

REVISTA  
Judiciária,  
DO PARANÁ



ISSN 2316-4212

REVISTA  
**Judiciária,**  
DO PARANÁ

**Diretor**

Joatan Marcos de Carvalho

**Editor**

Luiz Fernando de Queiroz

17

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

**Revista Judiciária do Paraná** – Ano XIV – n. 17 – Maio 2019

Versão digital: [www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

**EDITOR RESPONSÁVEL**

Luiz Fernando de Queiroz

**COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO**

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

**REVISÃO**

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

**PRODUÇÃO GRÁFICA**

Jéssica Regina Petersen

**DIAGRAMAÇÃO**

Josiane C. L. Martins

**ESTAGIÁRIO**

Henrique Junior Choinski

**CAPA**

Priory

**Edição, Publicação e Distribuição**

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

[sac@bonijuris.com.br](mailto:sac@bonijuris.com.br)

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do Paraná.— v. 1, n. 1— (jan. 2006)— .— Curitiba : AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

# REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

## CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Geraldo Dutra de Andrade Neto

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Alberto Junior Veloso  
Clayton de Albuquerque Maranhão  
Rogério de Vidal Cunha  
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

## CONSELHO EDITORIAL

Albino de Brito Freire  
Anita Zippin  
Cláudia Lima Marques  
Clèmerson Merlin Clève  
Edson Ferreira Freitas  
Fernando Antônio Prazeres  
Francisco de Oliveira Cardoso  
Ives Gandra da Silva Martins  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Jorge de Oliveira Vargas  
José Laurindo de Souza Netto  
José Sebastião Fagundes Cunha  
Juarez Cirino dos Santos  
Laurentino Gomes  
Luiz Edson Fachin  
Luiz Fernando Tomasi Keppen  
Manoel Caetano Ferreira Filho  
Mário Frota  
Miguel Kfourri Neto  
René Ariel Dotti  
Ricardo Hasson Sayeg  
Roberto Portugal Bacellar  
Teresa Arruda Alvim

## **APOIO INSTITUCIONAL**

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

([www.amatra9.org.br](http://www.amatra9.org.br))

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**

([www.apajufo.com.br](http://www.apajufo.com.br))

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

([www.emap.com.br](http://www.emap.com.br))

Escola de Magistratura Federal do Paraná – **ESMAFE**

([www.esmafe.com.br](http://www.esmafe.com.br))

Escola dos Magistrado do Trabalho do Paraná – **EMATRA**

([www.ematra9.org.br](http://www.ematra9.org.br))

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

([www.ejal.org](http://www.ejal.org))

Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**

([www.redlaj.net](http://www.redlaj.net))

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**

([www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br))

# ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

## DIRETORIA

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

2º VICE-PRESIDENTE

Helio Cesar Engelhardt

3º VICE-PRESIDENTE

Luiz Eduardo Asperti Nardi

4º VICE-PRESIDENTE

José Candido Sobrinho

5º VICE-PRESIDENTE

Antonio Lopes de Noronha

6º VICE-PRESIDENTE

Jeane Carla Furlan

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Mario Nini Azzolini

1º TESOUREIRO

Cesar Ghizoni

2º TESOUREIRO

Romero Tadeu Machado

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão, Ricardo

Henrique Ferreira Jentzsch, Roberto

Antonio Massaro, Guilherme de Paula

Rezende, Rodrigo Fernandes Lima

Dalledone, Marco Vinicius Schiebel,

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo,

Edison Luiz Trevisan, Astrid Maranhão de

Carvalho Ruthes, Frederico Mendes Júnior,

Antonio Lopes de Noronha Filho, Mario

Luiz Ramidoff, Fernando Bueno da Graça

## APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Jederson Suzin,

Alarico Francisco R. de Oliveira Junior,

Antonio Evangelista de Souza Netto,

Beatriz Fruet de Moares, Luciano Souza

Gomes, Jailton Juan Carlos Tontini, Vitor

Toffoli, Fernanda Monteiro Sanches

## DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – MEMBRO

Ferdinando Scremin Neto

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Fernando Bardelli Silva Fischer

BOAS PRÁTICAS – DIRETORA

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

BOAS PRÁTICAS – VICE-DIRETOR

Marcelo Quentin

BOAS PRÁTICAS – MEMBRO

Marcelo Marcos Cardozo

APOSENTADOS – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

APOSENTADOS – VICE-DIRETOR

Antonio Ivair Reinaldin

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Diego Santos Teixeira, Bruno Régio

Pegoraro

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – DIRETOR

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira, Adriano

Scussiatto Eyng, Rafael Altoé, Pedro

Roderjan Rezende, Marcel Ferreira

dos Santos, Marcelo Furlanetto da

Fonseca, Osvaldo Canela Junior, Raphael

Wasserman, João Guilherme Barbosa Elias

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Antonio da Cunha Araújo

ARTICULAÇÃO POLÍTICA

Anderson Ricardo Fonseca

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas, Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR

Ramon de Medeiros Nogueira

CULTURAL – MEMBRO

Rafaela Zarpelon

POLÍTICAS PARA MULHER – DIRETORA

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – PRESIDENTE

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – VICE-PRESIDENTE

Leonardo Bechara Stancioli

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA

Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA

Adriana Benini

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – PRESIDENTE

Eduardo Casagrande Sarrão

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO FERREIRA DA COSTA – PRESIDENTES

Marcos Antonio de Souza Lima

Eduardo Casagrande Sarrão

COMISSÃO LOCAÇÃO

Marco Antonio da Cunha Araújo, Francisco

Carlos Jorge, João Maris de Jesus Campos Araújo

COMISSÃO PERMANENTE DE ESTUDOS EM DIREITO DE FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE

Ivanise Maria Tratz Martins, Sergio Luiz

Kreuz, Luciana Assad Luppi Ballalai, Fábio

Ribeiro Brandão, Noeli Salete Tavares

Reback, Mario Luiz Ramidoff, Carlos

Eduardo Mattioli Kockanny, Rodrigo

Rodrigues Dias

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA – MEMBROS

Alberto Junior Veloso, Clayton de

Albuquerque Maranhão, Rosana

Andriquetto de Carvalho, Rogerio de Vidal

Cunha

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ATLETISMO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO

Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

INFORMÁTICA

Antonio Sergio B. David Hernandez

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Sigret Heloyna R. de Camargo Vianna

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Rafaela Zarpelon

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Mayra dos Santos Zavattaro

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO

Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA

Themis de Almeida Furquim Côrtes

OBRAS – DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Thiago Bertuol de Oliveira

PATRIMÔNIO

Francisco Carlos Jorge

PENSIONISTA

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Roberto Luiz Santos Negrão

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Flavia da Costa Viana

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

Andre Carias de Araujo, José Luiz

Dosciatti, Gilberto Ferreira, Raul Luiz

Gutmann

SOCIAL – DIRETORA

Nilce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA

Vanessa Jamus Marchi

**SOCIAL – MEMBROS**

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa, Andrea Fabiane Groth Busato, Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

**FUTEBOL – DIRETOR**

Eduardo Ressetti P. Marques Vianna

**SEDES**

**FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR**

Rodrigo Luiz Giacomini

**FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR**

Wendel Fernando Brunieri

**GUARATUBA – DIRETOR**

João Maria de Jesus Campos Araujo

**GUARATUBA – VICE-DIRETOR**

Marcos Antonio da Cunha Araújo

**LONDRINA – DIRETOR**

Leonardo Delfino Cesar

**CONSELHO FISCAL**

**PRESIDENTE**

Marcos Antonio de Souza Lima

**MEMBROS**

Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira, Jessica Valéria Catabriga Guarnier, Lourenço Cristóvão Chemim, Luzia Terezinha Grasso Ferreira, Rafaela Mari Turra, Pedro Ivo Lins Moreira, Tais de Paula Scheer

**COMISSÃO DE PRERROGATIVAS**

**PRESIDENTE**

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

**GMF**

**PRESIDENTE**

Diego Santos Teixeira

**FUTEBOL – VICE-DIRETOR**

Bruno Henrique Golon

**TÊNIS – DIRETOR**

Antonio Franco Ferreira da Costa Neto

**TÊNIS – VICE-DIRETOR**

Arthur Cezar Rocha Cazella Junior

**MARINGÁ – DIRETOR**

Antonio Mansano Neto

**MARINGÁ – VICE-DIRETOR**

José Camacho Santos

**PIRAQUARA – DIRETOR**

Anderson Ricardo Fogaça

**PIRAQUARA – VICE-DIRETOR**

Lorni Zaniolo

**PONTA GROSSA – DIRETOR**

Helio César Engelhardt

**PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR**

Gilberto Romero Periotto

**SUPLENTES**

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna, Denise Terezinha Corrêa de Melo Krueger, Tatiane Bueno Gomes, Sidnei Dal Moro, Cintia Graeff, Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro Mansano

**MEMBROS DA COMISSÃO**

Carlos Henrique Licheski Klein, Alexandre Gomes Gonçalves, Oswaldo Soares Neto, Ariel Nicolai Cesa Dias

**MEMBROS DA COMISSÃO**

Antonio Sergio Bernardinetti, Marcelo Marcos Cardoso, Ricardo Henrique Ferreira Jentzch, Fernando Bardelli Silva Fischer, José Orlando Cerqueira Bremer, Ariel Nicolai Cesa Dias, Lourenço Cristóvão Chemim, Cintia Graeff

## **EMAP**

DIRETOR GERAL

José Laurindo de Souza Netto

SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Clayton de Albuquerque Maranhão

COORD. GERAL DE CURSOS

Abelar Baptista Pereira Filho

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Antonio José Carvalho da Silva Filho

MEMBRO DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quintero Celegato

CURITIBA – DIRETOR

Eduardo Novacki

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Fábio Ribeiro Brandão

CASCAVEL – DIRETOR

Phellipe Muller

CASCAVEL – VICE-DIRETOR

Pedro Ivo Lins Moreira

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rogério de Vidal Cunha

LONDRINA – DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Marcos Caires Luz

MARINGÁ – DIRETOR

Marcel Ferreira dos Santos

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Rafael Altoé

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio Cesar Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Perito

## **JUDICEMED**

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Lúis Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Jederson Suzin

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz, Sigurd Roberto

Bengtsson

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim,

Nilson Mizuta, Hayton Lee Swain Filho,

Shiroshi Yendo, Antonio Loyola Vieira

## **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ**

[www.amapar.com.br](http://www.amapar.com.br)

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

## **ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA**

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

# APRESENTAÇÃO

Faz bastante tempo que publiquei o meu primeiro artigo. Foi uma ótima sensação. Prazer semelhante foi ter dirigido a publicação de uma revista; prazer e alegria que vem se renovando ao longo dos anos.

Se você já teve um texto publicado, deve ter ideia de como é inscrever sua apreciação sobre um determinado assunto na mídia impressa, periódica, convencional.

Como estamos sempre em contato com os muitos autores que prestigiam com seus artigos a nossa revista, podemos constatar que mesmo os mais renomados e multi publicados valorizam sobremaneira qualquer publicação.

A Revista da Associação dos Magistrados do Paraná ou a Revista Judiciária do Paraná, como passou a ser denominada depois de 2005, tem longa tradição e vem logrando mantê-la no que diz respeito à publicação impressa.

Mantemos e vamos aperfeiçoar, sempre mais, a nossa “página” na internet; contudo, procuraremos prosseguir oferecendo, para aqueles leitores já habituados, exemplares em impressão tradicional.

Sabemos que o meio digital é avassalador e há de encompassar, mais cedo ou mais tarde, toda e qualquer publicação em meio físico. Restará a lembrança e a nostalgia dos tempos idos.

A recordação daqueles que idealizaram e produziram as primeiras revistas e daqueles que as fizeram vicejar e as mantiveram, muitas vezes com adversidades, por todos estes quase cinquenta anos.

Restaram as saudades dos muitos autores que ilustraram suas páginas com seus saberes e dos leitores que apreciaram, criticaram e comentaram seus conteúdos.

A lembrança de todos aqueles que, quase sempre incógnitos, participaram efetivamente, compondo os textos, revisando o material, diagramando, ilustrando; enfim, produzindo e editando a revista.

Somos profundamente gratos a todos que direta ou indiretamente contribuíram para que continuemos a publicar a nossa revista, que como sabemos, vem se consolidando e tornando-se referência editorial.

Nosso agradecimento especial ao nosso Presidente Geraldo Dutra de Andrade Neto e ao nosso Editor Luiz Fernando de Queiroz, que compreendem a importância desta publicação e o carinho que têm em mantê-la regular, com qualidade gráfica, independente e responsável.

Se cremos que só existe liberdade quando há liberdade de imprensa, é preciso que se publique, para que circulem livremente as ideias.

Boa leitura.

**Joatan Marcos de Carvalho**

Diretor

# SUMÁRIO

## ANÁLISE

1. Os requisitos e os limites para aplicação das medidas coercitivas à luz do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil ..... 17  
*José Laurindo de Souza Netto*  
*Jenyfer Michele Pinheiro Leal*

## DOCTRINA

2. A questão disciplinar e a execução penal ..... 37  
*Mauricio Kuehne*
3. *Compliance* rural ..... 49  
*Mário Luiz Ramidoff*  
*Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff*  
*Guilherme Vidal Vieira*
4. A execução penal pela Justiça Federal ..... 55  
*Mauro Bley Pereira Junior*
5. A manutenção do ato administrativo nulo no mundo jurídico ..... 69  
*Luís Mauro Lindenmeyer Eche*
6. Ética judicial e corrupção ..... 85  
*Carlos Pedro Mondlane*
7. A questão da legitimidade passiva nas ações de condomínio ..... 105  
*Carlos Henrique Licheski Klein*  
*Alice Kelly de Meira Barros*
8. A estabilização da tutela antecipada antecedente: principais pontos controversos com o advento do CPC/2015 ..... 129  
*Ruy Alves Henriques Filho*  
*Bruno Henrique Olmo de Oliveira*

9. Diálogo entre o mercado de consumo transnacional e a prestação jurisdicional internacional. Breve abordagem sobre aprimoramento da segurança e confiança jurídica .....	165
<i>Javert Ribeiro da Fonseca Neto</i>	
10. Algumas considerações sobre o direito da antidiscriminação .....	189
<i>Denise Antunes</i>	
11. Conexão de antijuridicidade, racionalidade e decisão judicial .....	207
<i>Tiago Gagliano Pinto Alberto</i>	
12. <i>Standards</i> de prova no processo civil brasileiro .....	221
<i>Clayton Maranhão</i>	
13. Ação rescisória baseada em violação de norma jurídica .....	259
<i>Luiz Guilherme Marinoni</i>	
<b>EM DESTAQUE</b>	
14. Espírito de emulação (ou recursos processuais infundados) .....	303
<i>Albino Freire</i>	

# ANÁLISE



# Os requisitos e os limites para aplicação das medidas coercitivas à luz do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil

**José Laurindo de Souza Netto<sup>1</sup>**

Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná

**Jenyfer Michele Pinheiro Leal<sup>2</sup>**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter

**Resumo:** O presente artigo pretende estabelecer os requisitos para aplicação das medidas coercitivas do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil e, por consectário, indicar os possíveis tipos de medidas atípicas aplicáveis no processo de execução. Ainda, tem como propósito delinear a evolução da jurisdição, com o escopo de fazer uma relação com a atuação do poder jurisdicional e os limites das medidas coercitivas. Além disso, busca analisar o conflito entre normas à luz do artigo 489, § 2º, do diploma processual civil, a fim de verificar a subsistência da norma conflitante. E por fim, pretende-se explicitar acerca da ponderação no caso de colisão entre princípios e, por corolário, apresentar uma solução adequada à colisão entre eles.

## 1. Introdução

DE INÍCIO, É IMPRESCINDÍVEL DELINEAR QUE O OBJETO deste artigo é o estudo do dispositivo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, o qual prevê medidas atípicas para assegurar o cumprimento da ordem judicial.

Ressalta-se que o tema é de grande relevância tanto na ordem jurídica quanto na ordem social, pois essa inovação legislativa ampliou a atuação do magistrado no processo de execução, a fim de trazer maior efetividade ao processo e, por consectário, viabilizar a satisfação do crédito.

Por corolário dessa inovação, verifica-se que ainda há inúmeras divergências a respeito da sua aplicabilidade prática. Isso decorre devido à possibilidade de colisão entre princípios no caso concreto, v.g., o da dignidade da pessoa humana e do prazo razoável da atividade satisfativa; destarte, o escopo precípuo deste artigo é estabelecer algumas premissas que devem ser observadas para o deferimento de medidas executórias coercitivas.

Nesse contexto é que se pretende apontar alguns tipos de medidas atípicas aplicáveis no processo executório, como a da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), dos direitos políticos, apreensão do passaporte etc.

E mais, vale ressaltar a questão da jurisdição, tendo em vista que esse aspecto detêm relação com o tema ora abordado, pois o objetivo é fazer uma correlação com a atuação do poder jurisdicional no processo de execução, sob a ótica de quais são os limites das medidas coercitivas que o juiz poderá aplicar no caso concreto para alcançar a satisfação do crédito.

Além disso, é importante realizar uma análise do conflito entre as normas sob o enfoque do artigo 489, § 2º, do diploma processual civil. Não obstante, vale destacar que a norma será tratada de forma ampla, incluindo em seu bojo, portanto, regras e princípios. E por consectário, pretende-se delinear alguns critérios de ponderação nos casos de colisão entre princípios, com vistas a verificar a prevalência de um deles no caso concreto. A esse respeito, desde já, cabe ressaltar

que nos casos de conflitos entre regras, deverá ser feita uma análise sob o plano da validade. Isso quer significar que, se se aplicar uma regra, a outra será considerada inválida. Apesar disso, em se tratando de colisão entre princípios, deve-se observar o critério da ponderação, analisando-os sob o prisma da adequação da medida, da necessidade de sua aplicação e da proporcionalidade.

Feita essa contextualização dos aspectos a serem dissertados no presente artigo, passa-se à análise de cada ponto.

## **2. Jurisdição e os limites das medidas coercitivas**

Antes de iniciar a explanação acerca dos limites da aplicação das medidas coercitivas, é importante delinear a evolução da jurisdição e, por consectário, fazer uma relação com a atuação do poder jurisdicional.

Pois bem. A jurisdição é um instituto de substancial importância no direito processual; entretanto, ressalta-se que a sua concepção se modificou com o perpassar dos tempos. Destaca-se que, para Chiovenda (1925, p. 365), a jurisdição é tida como função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Em outras palavras, o juiz teria apenas o dever de aplicar a lei ao caso concreto.

De outro vértice, o doutrinador Carnelutti, em uma concepção contrária, defende basicamente que a jurisdição tem a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado (apud MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz, 2017, p. 44). Isso quer significar que a ideia de jurisdição está ligada à lide entre pessoas, isto é, somente haveria jurisdição quando existisse um conflito de interesses a ser resolvido pelo juiz.

Em contrapartida, sob uma perspectiva contemporânea, com o fim de demonstrar uma conceituação adequada sobre o tema, explica o doutrinador Daniel Amorim (2017, p. 59) que a jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação

de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social. Na percepção desse autor, verifica-se que a jurisdição não abarca aquela ideia de que a atuação estatal busca resolver apenas os conflitos, mas sim que se deve aplicar o direito objetivamente e, por consequência, dar uma solução à pretensão das partes.

De mais a mais, ainda há doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini e Antônio Carlos Cintra (2012, p. 32) que estudam a jurisdição sob três óticas, quais sejam, o poder, a função e a atividade. Sob o viés de poder, pode-se afirmar que é a soberania do Estado, que por corolário impõe decisões e concretiza as pretensões almeçadas pelos sujeitos da relação processual. Por outro lado, quanto à função, pode-se afirmar que é atribuição dos órgãos estatais que recebem encargos para atuar, com o escopo de alcançar a pacificação social. E por fim, quanto à atividade, verifica-se que são os diversos atos praticados pelos órgãos estatais.

Além desses ideários, em uma perspectiva de jurisdição transformadora, tem-se que a partir dos direitos fundamentais, exigiu-se da jurisdição tutela e proteção como deveres de atuação em prol da efetividade. A atuação judicial se tornou, pois, exigência de um direito à tutela efetiva, cabendo à jurisdição assegurá-la adequadamente.

Com a necessidade de extração do significado constitucional da norma, numa concepção semântica, alterou-se substancialmente o papel da jurisdição, fazendo a moral parte do ponto de vista interno do direito. Além de uma função técnico-científica, à jurisdição foi exigida uma função axiológica, voltada para os efeitos, trazendo como consequência o risco da falta de controle jurídico das decisões e a possibilidade de que casos iguais sejam tratados de maneira desigual, com a desestabilização das expectativas (NETTO, 2015, p. 14).

Diante dessa exposição acerca da evolução da jurisdição, é importante fazer uma correlação com a atuação do Poder Judiciário no processo de execução, sob a ótica de quais são as medidas coercitivas que o juiz poderá aplicar no caso concreto para alcançar a satisfação do crédito. A par dessas considerações, verifica-se que o artigo 139 do Código de Processo Civil confere poderes, deveres e responsabilidade aos juízes. Além disso, especificamente o inciso IV preconiza medidas

atípicas que o juiz poderá utilizar a fim de assegurar o cumprimento da decisão judicial.

Nota-se que o artigo supramencionado ampliou a atuação do magistrado para que este dê efetividade à atividade satisfativa e, ainda, que o próprio conceito de jurisdição se aperfeiçoou com o transcorrer dos tempos, devendo ser entendido não apenas como a aplicação da lei ao caso concreto, mas devendo-se realizar uma análise do direito à luz dos direitos fundamentais e, ainda, sob os princípios constitucionais.

Nesse contexto, é certo que o magistrado ao aplicar esse dispositivo normativo deverá fazer uma valoração dos direitos que estão em conflito, isto é, deve-se observar no caso concreto o princípio da dignidade da pessoa humana, mas, por outro lado, ponderar a satisfação do crédito e as garantias fundamentais do credor, com vistas a não violar o direito do mínimo existencial do devedor. Aplicar-se-á as medidas atípicas desde que não prejudiquem a subsistência do endividado e de sua família.

Nessa esteira, é relevante explicitar que há quem diga que esses poderes conferidos aos magistrados se revelam “uma carta branca para o arbítrio” (STRECK, 2016), sob o argumento de que o dispositivo legal serve de instrumento de medidas arbitrárias e autoritárias de restrição de direitos fundamentais, com o objetivo de apenas satisfazer dívidas pecuniárias. Em que pese esse posicionamento, não se pode vislumbrar desse preceito legal uma possibilidade de arbitrariedade. Pelo contrário, deve ser visto como uma oportunidade de tornar o processo de execução viável, isto é, aplicando-o nos casos em que se verifiquem empecilhos advindos do devedor, como o desinteresse em quitar o débito ou, ainda, quando este esteja camuflando o seu patrimônio.

Além disso, não se pode confundir a arbitrariedade com a discricionariedade, posto que esta existe quando há duas respostas jurídicas, cada qual igualmente correta no que tange ao direito, forçando

A jurisdição não abarca aquela ideia de que a atuação estatal busca resolver apenas os conflitos, mas sim que se deve aplicar o direito objetivamente

então o juiz a fazer sua escolha em conformidade até mesmo com padrões extrajurídicos (NETTO, 2015, p. 10).

A par desses ideários, é necessário ilustrar uma solução adequada com a finalidade de resolver possíveis conflitos existentes entre as normas (princípios e regras) no caso concreto.

### **3. Uma análise do conflito entre normas à luz do artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil**

O Código de Processo Civil de 2015 inovou o ordenamento jurídico com a inserção do artigo 489, § 2º, dispondo expressamente a maneira como o magistrado deverá proceder quando se deparar com o conflito de normas, seja entre regras, princípios, ou ainda entre princípios e regras. Cabe ressaltar que o dispositivo legal supramencionado preconiza em seu bojo que o magistrado deverá justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação realizada, e deverá enunciar as razões que possibilitem a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão<sup>4</sup>. Em síntese, isso significa que o juiz deverá expor as razões da aplicação de uma norma e, por consectário, explicitar o motivo do afastamento da outra.

Delineado o conteúdo dessa norma, surge uma possível dúvida de ordem prática, qual seja, como esse comando normativo deverá ser aplicado e resolvido no caso concreto? A partir dessa indagação, há a necessidade de analisar detidamente a diferenciação de regras e princípios.

À vista disso, é significativo expor a concepção de Robert Alexy (2008) a respeito desse tema, o qual defende que a principal diferença entre princípios e regras é a de que os princípios devem ser enfrentados como mandados de otimização a serem aplicados na maior medida do possível; já as regras devem ser aplicadas de modo a se efetivar exatamente o que elas prescrevem. Assim, essas devem ser analisadas no plano da validade.

Sob essa perspectiva, é possível afirmar que, quando aplicadas as regras isoladamente, surgem possibilidades de conflito entre elas,

então, para resolvê-lo, deverá ser feita uma análise no plano da validade, ou seja, aplicar uma delas e afastar a outra.

Em contrapartida, quando se tratar de colisão entre princípios, deverá ser realizada uma ponderação entre eles, a fim de constatar a prevalência de um deles. Assim, nesta ótica, deve-se realizar um sopesamento entre eles, com juízo de valores.

Diante dessas considerações, afirma-se que a análise desses critérios é de suma importância para estabelecer os requisitos de aplicação de medidas coercitivas em face do executado, pois no processo de execução deve-se ponderar, de um lado, o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB)<sup>5</sup> e o da primazia da resolução do mérito, que inclui a atividade satisfativa (art. 4º do CPC)<sup>6</sup>, e de outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 8º do CPC)<sup>7</sup>, da liberdade de locomoção (art. 5º, inciso XV, da CRFB)<sup>8</sup>, o da menor onerosidade ao executado (art. 805 do CPC)<sup>9</sup>, entre outros.

Destarte, cabe analisar as particularidades de caso a caso. É o que será explicitado no último ponto deste artigo.

### 3.1 Ponderação dos princípios constitucionais

A ponderação entre princípios constitucionais é justificável diante da possibilidade de colisões entre eles. Não obstante, antes de explicitar acerca desse sopesamento, é preciso descrever essa técnica de ponderação.

Na concepção de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23), ponderação é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.

Ainda, na percepção de Luis Roberto Barroso (2004, p. 358), a ponderação consiste em uma técnica jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

No mesmo sentido, o doutrinador Daniel Sarmento (2004, p. 55) explica que o equacionamento das tensões principiológicas só pode

ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicam ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. É a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas; é o método de ponderação de bens.

Sob essa perspectiva, a ponderação implica um método efetivo para sopesar enunciados normativos quando houver a incidência de interesses opostos.

O princípio da boa-fé exige um padrão ético e objetivo de honestidade, diligência e confiança oriundo de todos os sujeitos processuais

No caso em análise, pode-se destacar que os princípios que a priori poderiam estar em colisão são os da efetividade da entrega da prestação jurisdicional, preconizado no artigo 5º, inciso LXXVIII<sup>10</sup>, combinado com o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 4º do diploma processual civil, que prevê em seu bojo o princípio da primazia da resolução do mérito, mas acrescentando a atividade satisfativa. Isso quer

dizer que não basta a decisão de mérito, mas que se deve propiciar a satisfação do direito declarado pelo magistrado.

Além disso, o princípio da boa-fé, delineado no artigo 5º, do Código de Processo Civil, exige um padrão ético e objetivo de honestidade, diligência e confiança oriundo de todos os sujeitos processuais.

Nota-se ainda a necessidade da observância do princípio da cooperação processual exposto no artigo 6º do Código de Processo Civil, que preconiza que as partes devem participar do desenvolvimento do processo, de modo que se chegue ao objetivo da lide, nesse caso o da satisfação da dívida.

É importante ressaltar que há uma controvérsia na interpretação desse princípio, no aspecto de que se o dever de cooperação deve ser exigido apenas do magistrado ou também das partes que detêm interesses diversos. Mas, apesar dessa divergência, não se pretende nesse artigo explicitar profundamente acerca de cada princípio.

Registre-se que, como pode se verificar, o escopo precípua da ponderação é simplesmente sopesar os direitos acoplados aos princípios, a fim de verificar a predominância de um deles.

### **3.2 Resolução adequada à colisão de normas (regras e princípios)**

Como destacado anteriormente, a colisão pode se dar tanto entre regras ou entre princípios, quanto entre regras e princípios. Assim, tem-se que, no caso de conflito entre regras, deverá ser aplicada uma regra e afastada a outra (análise sob o plano da validade); entretanto, quando se tratar de colisão entre princípios, deve ser realizada uma ponderação sob o prisma da proporcionalidade.

Destaca-se que a análise efetiva da ponderação demanda a observância de alguns aspectos. O doutrinador Robert Alexy (2001, p. 160) indica algumas máximas da proporcionalidade a serem observadas no momento de sopesar os princípios. Explica ele que a ponderação é feita pelo princípio da proporcionalidade, e este contém três máximas que sempre devem ser observadas, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Expõe Alexy que a adequação significa que as medidas tomadas estão aptas para atingir o fim desejado. Por outro lado, a necessidade significa verificar se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é analisar se as vantagens superam as desvantagens.

Em outras palavras, para realizar uma ponderação justa e efetiva, deverão ser analisadas as circunstâncias no caso concreto, levando em consideração a adequação da medida, a necessidade de sua aplicação e a proporcionalidade.

Dito isso, e apresentado o critério de resolução no caso de conflito entre normas, principalmente entre princípios, que é o que mais interessa no presente caso, abordaremos os tipos de medidas atípicas aplicáveis no processo de execução e, por consectário, os requisitos para seu deferimento.

#### 4. Tipos de medidas atípicas aplicáveis no processo de execução

Diante da amplitude do dispositivo que regula a matéria, surgem questionamentos acerca de quais medidas atípicas poder-se-ia aplicar no processo de execução.

Tem-se que há várias possibilidades de determinar o executado a cumprir a decisão judicial: a determinação da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), dos direitos políticos, do exercício da profissão, apreensão do passaporte, bloqueio de cartões de crédito e de clube-vantagens, bem como a proibição de participação em licitações, concurso público, e ainda de contratar novos funcionários.

Dadas essas várias medidas coercitivas, cabe ao magistrado analisar as peculiaridades no caso concreto, ou seja, avaliar a atitude do executado, a situação financeira do devedor, os princípios da boa-fé (art. 5º, CPC), da cooperação processual (art. 6º), da primazia da solução do mérito que inclui a atividade satisfativa (art. 4º), da dignidade da pessoa humana, que determina a observância da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência (art. 8º), e ainda o princípio da eficiência (art. 37, CRFB).

Ressalta-se que, especificamente quanto à suspensão da carteira de habilitação, há quem defenda que em qualquer situação a suspensão do referido documento seria violação do direito de ir e vir, posto que tal direito está preconizado na Constituição da República. Nesse cariz, é primordial destacar a Ação Direita de Inconstitucionalidade 5.941, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, representada pelo Partido dos Trabalhadores, sob a relatoria do ministro Luiz Fux<sup>11</sup>.

A priori, o argumento empreendido na inicial foi o de que a busca pelo cumprimento das decisões judiciais não pode ocorrer em detrimento dos direitos fundamentais, v.g. a liberdade de locomoção e a dignidade da pessoa humana. Não obstante, o pedido cautelar não foi apreciado até o momento. Assim, aguarda-se o julgamento acerca da constitucionalidade ou não do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Noutro pórtico, já há decisões do Superior Tribunal de Justiça se posicionando no sentido de que tais medidas não ofendem o direito de locomoção.

A partir dessas concepções e da controvérsia acerca da constitucionalidade das referidas medidas, torna-se imprescindível expor alguns parâmetros para aplicação das medidas coercitivas supramencionadas.

## **5. Requisitos para aplicação das medidas coercitivas atípicas**

O que se extrai de todas as considerações explanadas no iter deste artigo é que não há um consenso acerca da aplicação das medidas coercitivas atípicas. A par disso, cabe assentar algumas premissas para fundamentar o deferimento de uma dessas medidas preconizadas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, é fundamental destacar que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) formulou o enunciado 48, no sentido de considerar constitucional a disposição preconizada no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, sob o argumento de que esse comando traduz poder de efetivação, permitindo-se a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento das ordens judiciais<sup>12</sup>.

Além disso, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) consignou no Enunciado 396<sup>13</sup> que as medidas coercitivas preconizadas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil podem ser aplicadas de ofício, observando-se o artigo 8º da mesma legislação.

Sob esse espectro de efetivação da atividade satisfativa é que se criou essa disposição normativa de medidas atípicas e, em razão dessa amplitude das medidas, tem o magistrado o dever de fundamentar corretamente o seu deferimento sob pena de violar as garantias dos sujeitos processuais.

À vista disso, o primeiro requisito a ser delineado é que se tenham esgotado todas as medidas executivas típicas, tendo, portanto, essas

medidas atípicas caráter subsidiário, ou seja, é imprescindível que tenham se esgotado as tentativas de bloqueio via Bacenjud, Renajud, In-fojud, penhora de imóveis, semoventes etc., para que assim possam ser aplicadas as medidas atípicas à execução. Dessa forma, indubitavelmente são afastadas as eventuais arbitrariedades. Nesse cariz, foi decidido no julgamento do Agravo de Instrumento 2017511-84.2017.8.26.0000, de relatoria do desembargador Adilson de Araújo, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>14</sup>, que as medidas atípicas detêm caráter subsidiário, ou seja, devem ser utilizadas após esgotados todos os meios tradicionais de execução.

O segundo requisito deve ser analisado sob o prisma dos princípios processuais constitucionais, como o princípio da cooperação processual, preconizado no artigo 6º do Código de Processo Civil<sup>15</sup>. Esse dispositivo prevê que as partes possuem o dever de cooperar entre si para que se alcance em tempo razoável uma decisão justa e efetiva.

A par disso, deve-se observar a participação do executado nos atos processuais, v.g., verificar se o executado atende as determinações judiciais, se o devedor busca de alguma forma tornar viável o pagamento do débito ao credor; entretanto, em caso negativo, poderá possibilitar a aplicação dessas medidas executórias. Aqui, pode-se incluir os casos em que todas as tentativas de busca de algum patrimônio são infrutíferas, mas desde que haja prova suficiente nos autos de que o executado tenta de alguma forma camuflar, dilapidar ou desviar o seu patrimônio.

O terceiro requisito a ser exposto é a necessidade de realizar um balanceamento entre os princípios, da mesma maneira como foi observado no julgamento do Recurso Especial 1.658.069/GO<sup>16</sup>, proferido pela relatora ministra Nancy Andrighi, em que se discutia a penhora de salário para satisfação de dívida não alimentar (trata-se de medida típica, mas importante trazer à discussão). Assim, ressaltou-se que é indispensável harmonizar as vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana: de um lado, o direito ao mínimo existencial e, de outro lado, o direito à satisfação executiva. Tal apreciação deve ser feita sob a análise das provas contidas nos autos.

Nota-se que não é adequado afirmar simplesmente que qualquer medida coercitiva fere a dignidade da pessoa humana. Deve-se realizar

uma ponderação dos direitos em questão, pois defender que o deferimento de uma medida coercitiva viola de plano os direitos fundamentais, sem ao menos fazer a devida ponderação, é uma expressiva violação a todos os outros comandos legais, que buscam a satisfação da dívida.

Ainda, o quarto requisito a ser delineado é que se deve aplicar o artigo 139, inciso IV, do CPC, em consonância com o artigo 8º do CPC (que enuncia a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, a proporcionalidade e a eficiência), e caso haja conflito com outro direito, deve-se observar o artigo 489, § 2º, do CPC (colisão entre normas), buscando resolver o conflito à luz de uma perspectiva constitucional.

Em outras palavras, no momento da aplicação de medidas atípicas, é necessário harmonizá-las com a razoabilidade da medida, verificar se ela é proporcional no caso concreto, e ainda observar a dignidade da pessoa do executado. Assim, por consectário, após a observância desses requisitos, e caso haja conflito entre esses princípios ou normas, deve o magistrado justificar a ponderação realizada e a prevalência do direito.

O quinto requisito a ser observado, especificadamente a respeito da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), é que para o seu deferimento é imprescindível que não interfira no sustento da família do devedor. Por exemplo, não seria razoável suspender a habilitação do taxista, do motorista de caminhão, de ônibus ou de Uber, se este for o seu meio de sobrevivência.

Destarte, é de suma importância a observância de todo esse conjunto de requisitos para eventual aplicação das medidas atípicas, com esteio no artigo 139, inciso IV, do diploma processual civil.

## Conclusão

Diante da explanação esposada no presente artigo, é possível afirmar que a aplicação das medidas coercitivas atípicas preconizadas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil ampliou a atuação do poder jurisdicional para que este dê efetividade ao processo de execução.

Nota-se que essa ampliação é corolária da evolução da jurisdição, pois atualmente esta deve ser entendida não apenas como a aplicação da lei ao caso concreto; impõe-se uma análise do direito à luz dos direitos fundamentais e ainda dos princípios constitucionais.

Diante dessa perspectiva, caberia ao magistrado fazer uma valoração quanto aos direitos que estão em conflito no momento da aplicação desse dispositivo. Deve observar o princípio da dignidade da pessoa

Quando se tratar de colisão entre princípios, deverá ser realizada uma ponderação justa e efetiva entre eles, levando em consideração a adequação da medida, a necessidade de sua aplicação e a proporcionalidade

humana, mas ponderar a satisfação do crédito e as garantias fundamentais do credor, com vistas a não violar o direito do mínimo existencial do endividado, ou seja, convém aplicar as medidas atípicas desde que não prejudique a subsistência do devedor e de sua família.

Além disso, observou-se que no momento da aplicação dessas medidas poderia ocorrer o conflito de normas. Destarte, com vistas a solucionar esse imbróglio, quando se tratar de conflito entre regras deverá ser feita uma análise no plano da validade, ou seja, aplicar uma delas e afastar a outra.

Não obstante, quando se tratar de colisão entre princípios, deverá ser realizada uma ponderação justa e efetiva entre eles, levando em consideração a adequação da medida, a necessidade de sua aplicação e a proporcionalidade, a fim de constatar a prevalência de um deles, isto é, sopesá-los no caso concreto.

E por fim, diante de toda essa temática, estabeleceram-se alguns requisitos mínimos que devem ser observados no momento de eventual deferimento das medidas coercitivas executivas, v.g. o esgotamento de todas as medidas executivas típicas, tendo, portanto, essas medidas atípicas caráter subsidiário, e também a análise à luz dos princípios processuais constitucionais, como o princípio da cooperação processual, preconizado no artigo 6º do Código de Processo Civil.

Ainda, deve-se realizar uma ponderação dos princípios constitucionais. Não seria adequado afirmar simplesmente que qualquer medida coercitiva feriria a dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, convém realizar uma ponderação dos direitos em questão, pois defender que o deferimento de uma medida coercitiva viola de plano os direitos fundamentais, sem ao menos fazer a devida ponderação, é uma expressiva violação a todos os outros comandos legais, que buscam a satisfação da dívida.

Além do mais, é primordial aplicar as medidas em consonância com a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, a proporcionalidade e a eficiência, e no caso de conflitos com outros direitos, observar o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil, buscando resolver o conflito à luz de uma perspectiva constitucional, ou seja, é necessário harmonizá-lo com a razoabilidade da medida, verificar se ela é proporcional no caso concreto, e ainda observar a dignidade da pessoa do executado.

Ademais, a respeito das medidas de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, tem-se que é possível apenas quando não interferir na subsistência do devedor ou de sua família.

Destarte, tem-se que é imprescindível observar esses parâmetros para que se chegue a uma decisão justa, mas ao mesmo tempo efetiva, com vistas a não violar os direitos fundamentais dos sujeitos da relação jurídica processual.

## Notas

1. José Laurindo de Souza Netto. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós-doutorado junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma “La Sapienza”, em programa vinculado ao Ministério da Educação – Capes. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná.
2. Jenyfer Michele Pinheiro Leal. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2017) e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Anhanguera (LFG).

3. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:  
IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
4. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
5. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).
6. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.
7. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.
8. XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
9. Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.  
Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.
10. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)
11. BRASIL. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941 Distrito Federal*. Disponível em <file:///C:/Users/05808843928/Downloads/texto\_314386886%20(1).pdf>. Acesso em: 29.06.2018.
12. *Enunciado n. 48*. O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.
13. *Enunciado n. 396 do FPPC*. (art. 139, IV; art. 8º) As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º. (Grupo: Poderes do juiz).
14. TJSP – Agravo de Instrumento n. 2017511-84.2017.8.26.0000. 31ª Câmara de Direito Privado. Relator Adilson de Araújo, 11.04.2017.
15. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

16. STJ – REsp. n. 1.658.069/GO. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andri-ghi, 20.11.2017.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941 Distrito Federal*. Disponível em <file:///C:/Users/05808843928/Downloads/texto\_314386886%20(1).pdf>. Acesso em: 29.06.2018.
- CARNELUTTI, Francesco, apud, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. 3. ed. rev., atual e ampl. Thompson Reuters, Revista dos Tribunais, 2017.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal*. Madrid: Reus, s/d.
- CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. *A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: a busca da cientificidade perdida*. Disponível em:<[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015\\_06\\_0717\\_0747.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0717_0747.pdf)>. Acesso em: 07.06.2018.
- STRECK, Lenio Luiz. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomm-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 06.03.2018.



# DOCTRINA



## A questão disciplinar e a execução penal

**Mauricio Kuehne<sup>1</sup>**

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

**Resumo:** O PAD – Procedimento Administrativo Disciplinar, conforme previsão do artigo 59 da Lei de Execução Penal é imprescindível, não podendo ser suprido pela audiência a que se refere o art. 118, § 2º. Pressuposto desta, em se tratando de falta disciplinar de natureza grave (art. 118, I, parte final), é a representação a que alude o parágrafo único do artigo 48 da já mencionada Lei de Execução Penal.

ESTABELECE O ARTIGO 47 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares. Vê-se que a questão é imperativa: *será!* Veremos adiante, entretanto, que os entendimentos são díspares.

Várias situações já foram enfrentadas pelos tribunais, sendo que, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ministro Roberto Barroso, entendeu:

Execução Penal. Recurso Extraordinário. Prática de falta grave. Prévio procedimento administrativo disciplinar. Desnecessidade. Repercussão geral reconhecida. 1. Nos termos das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Pú-

blico, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena. 2. Assim sendo, a apuração da prática de falta grave perante o juízo da Execução Penal é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF). 3. Reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada (RE 972.598 RG, Relator (a): Min. Roberto Barroso, julgado em 06/04/2017, Processo eletrônico DJe-227 divulg 03-10-2017 public 04-10-2017).

Ousamos, com a devida vênia, discordar do entendimento manifestado, e aguarda-se que o STF reconheça a imprescindibilidade do Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD).

Muito embora o mencionado artigo 47 estabeleça que o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa, não há como se excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer ato que exorbite as atribuições legais. Não é porque o artigo excepciona o princípio da jurisdicialização que o poder seja absoluto. Veja-se o que dispõe o art. 5º XXXV da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Precisa é a lição de Renato Flávio Marcão, em *seu Curso de Execução Penal*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84, *verbis*:

A decisão proferida nos autos do procedimento para apuração de falta grave deve ser motivada, e a Lei de Execução Penal não estabelece a possibilidade de recurso, visando submetê-la a apreciação do juiz da execução ou qualquer outro órgão,

Não obstante a ausência de previsão expressa na lei sobre a possibilidade de recurso das decisões proferidas pelo diretor do estabelecimento ou pelo conselho disciplinar, é possível a interposição de recurso eventualmente previsto na legislação local ou nos regulamentos dos presídios.

Mesmo na ausência de previsão expressa na legislação local ou nos regulamentos presidiários, é perfeitamente cabível, em muitos casos, a utilização dos remédios constitucionais, notadamente o habeas corpus e o mandado de segurança.

As faltas disciplinares estão previstas na Lei de Execução Penal (faltas graves), e no que atine às faltas médias e leves, assim como outras normas disciplinares, devem estar previstas em disposições regulamentares de competência dos Estados. O poder não é arbitrário, mas sim discricionário, sujeito ao que estabelece a ordem normativa em termos de lei federal ou estadual.

A questão do artigo 47 está a merecer, a nosso sentir, maior aprofundamento, dada a interpretação errônea que se vem fazendo no que pertine às faltas disciplinares de natureza grave.

A Súmula 533 STJ consigna: “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado” (REsp 1.378.557. DJe 15/06/2015 – RSTJ vol. 243 p. 1.073. Decisão: 10/06/2015).

O REsp referido está assim ementado:

Recurso especial representativo da controvérsia. Execução penal. 1. Reconhecimento de falta grave. imprescindibilidade de instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD). determinação expressa do art. 59 da lei de execução penal. poder disciplinar. atribuição do diretor do presídio (LEP, arts. 47 e 48). Direito de defesa a ser exercido por advogado constituído ou defensor público nomeado. Observância da garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. 2. Recurso não provido. 1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou

defensor público nomeado. 2. *Recurso especial não provido* (REsp 1378557/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 21/03/2014).

Há que se conjugar a disposição (súmula) em referência com o previsto no art. 59 da LEP (Lei de Execução Penal), que estabelece: “Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada”.

As disposições regulamentares referidas são editadas pelas unidades federadas, no âmbito da competência residual (Constituição Federal, art. 24, I). No Estado do Paraná o Estatuto Penitenciário, Decreto 1.276 de 31 de outubro de 1995, em seus artigos 51 *usque* 83 trata exaustivamente da questão disciplinar. Dentre outros estados, no Rio Grande do Sul ver Decreto 46.534, de 4 de agosto de 2009 (publicado no DOE n. 148, de 5 de agosto de 2009) com as alterações do Decreto 47.594, de 23 de novembro de 2010, que aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. No âmbito do Sistema Penitenciário Federal, ver Decreto 6.049/07, artigos 59 e seguintes.

Do exposto se infere a exegese do art. 47: O controle da legalidade não se *DISCIPLINA é matéria a ser decidida na órbita administrativa*. pode afastar da apreciação jurisdicional, quando provocado o Juízo respectivo ou nas hipóteses do parágrafo único do art. 48.

No particular aspecto das faltas graves, *deve ser decidida* a sua incidência ou não no âmbito administrativo, observado o art. 59 atrás citado. Os efeitos que daí decorrem subordinam-se à esfera administrativa, a qual prevê as sanções aplicáveis, consoante se deflui da regra do art. 49, que classifica as faltas disciplinares, delegando ao legislador estadual a especificação das faltas leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

É certo que o art. 53 e incisos estabelecem quais sanções poderão ser aplicadas quando da prática comprovada da falta disciplinar de natureza grave, e o art. 54 aduz que estas serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento, reservando à autoridade judiciária a inclusão no RDD (Regime Disciplinar Diferenciado).

Óbvio que, entendendo a defesa do réu a ilegalidade em relação à sanção aplicada, poderá ingressar em juízo, via incidente de execução, uma vez que estes – os incidentes – não são exaustivos.

Quanto a reflexos de ordem jurisdicional – e aqui entra a jurisdicionalização –, estabelece o parágrafo único do art. 48, *verbis*: “Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos arts. 118 inc. I, 125, 127, 181 §§ 1º, letra ‘d’ e 2º desta Lei”.

Observe-se que são situações distintas e dever-se-á verificar de que forma a representação será feita e os efeitos que podem ocorrer.

Parece-nos que, dentre outras situações, se infere uma linha divisória entre as esferas administrativa e jurisdicional em relação à disciplina. A representação que deverá ser feita pela autoridade administrativa é para aferição, aí sim, da autoridade judiciária, quanto à incidência dos dispositivos mencionados, os quais se relacionam a: regressão de regime; revogação do benefício de saída temporária; perda de dias remidos e eventual conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

O controle da legalidade não se disciplina, é matéria a ser decidida na órbita administrativa

São consequências sérias, afetando a situação executória, com alteração do rumo da execução em situações devidamente autorizadas pela LEP. Deve-se levar em conta a expressa disposição do art. 57, o qual determina que seja levada em consideração a natureza, motivos, circunstâncias e consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Se por um lado a autoridade administrativa considerou tais aspectos para aplicar as sanções de sua competência, por outro, a autoridade judiciária não poderá olvidar estes mesmos aspectos para impor, acolhendo a representação, as consequências que afetam a situação executório/penal. Vê-se, pois, que somente à autoridade judiciária compete a aplicação dos efeitos acima mencionados.

Tem-se usado a figura da “homologação” – ver a respeito os últimos decretos de indulto e comutação de pena –, figura esta que não logramos encontrar no âmbito da LEP. O que a Lei de Execução es-

tabelece é a necessidade de ser ouvido o condenado (art. 118, § 2º), podendo decorrer diferentes situações. Entendendo a autoridade judiciária a não configuração da falta grave, seus reflexos incidem na esfera administrativa, afastando as consequências nesta órbita. De igual sorte, entendendo que as consequências administrativas foram suficientes, não aplicará as medidas decorrentes da representação, ou poderá acolher em parte.

O ordenamento jurídico brasileiro garante o devido processo legal, a fim de que os princípios da ampla defesa e do contraditório sejam efetivados concretamente e materialmente

A indagação que se pode fazer é: não acolhida a representação ou acolhida em parte, desconfigurar-se-á a falta grave? Entendemos que não. O não acolhimento não significa a *inocorrência* da falta grave, mas a intensidade desta. Princípios constitucionais, entre estes os da razoabilidade e da proporcionalidade, além das circunstâncias do art. 57 da LEP, podem conduzir o magistrado a não aplicar as consequências jurisdicionais, entendendo que as sanções administrativas foram suficientes.

Veja-se que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave, conforme artigo 52 da LEP. Suponha-se réu cumprindo pena no regime semiaberto que se envolva em discussão com outro réu, e venha a causar neste lesão corporal de natureza leve. É falta grave? Sim.

Consequências administrativas poderão advir, mas haverá incidência de alguma das consequências previstas no parágrafo único do artigo 48 da LEP? Neste particular entendemos que não.

Com efeito, a prática do fato definido como crime doloso configurou falta grave; contudo, na hipótese, trata-se de infração penal de *pequeno potencial ofensivo*. A vítima poderá não ter interesse em causar qualquer consequência ao réu. Entretanto, resguardando o interesse da administração e a ordem no estabelecimento, medidas administrativas serão tomadas.

É certo que a autoridade administrativa determinará a instauração do procedimento próprio conforme previsão do artigo 59 já men-

cionado. Comprovada a falta disciplinar e não havendo razão para o réu se eximir da responsabilidade, aplicará a sanção correspondente segundo previsão do artigo 53, observado o artigo seguinte (54), exigindo *ato motivado do diretor do estabelecimento*. Para o *desideratum* referido, o procedimento deverá observar o direito de defesa, daí inferindo-se, por óbvio, o contraditório.

Definida a situação administrativa e com a representação a que alude o parágrafo único do artigo 48, a autoridade judiciária observará o procedimento judicial, de acordo com previsão dos artigos 194 e seguintes da LEP.

Observe-se que as implicações administrativas já foram decididas, restando agora, se for o caso, a aplicação das consequências previstas nos dispositivos mencionados no parágrafo único do art. 48 da LEP, a saber: regressão de regime; revogação de saída temporária; perda parcial de dias remidos e conversão de pena restritiva em privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal no RE 969.367, relator o Min. Celso de Mello, em que pese eventuais divergências, decidiu:

Recurso extraordinário – Execução penal – Falta grave – Impossibilidade de reconhecimento apenas em audiência de justificação – Imprescindibilidade de instauração do procedimento administrativo disciplinar (LEP, art. 59), em que se assegure o direito a ampla defesa – Precedentes – Agravo interno improvido. (RE 969367 AgR, Relator (a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/11/2016, Processo Eletrônico DJe-257 Divulg 01-12-2016 Public 02-12-2016).

*Da decisão em referência se extrai:* Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta Corte, a propósito de questão idêntica à que ora se examina nesta sede recursal (ARE 791.206/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes – RE 970.128/RS, Rel. Min. Roberto Barroso – RE 982.969/RS, Rel. Min. Teori Zavascki – RE 989.206/RS Rel. Min. Dias Toffoli, v.g.).

Mais adiante, reportando-se à decisão contida no ARE 709.383 lê-se:

Manifesto meu entendimento consoante o posicionamento doutrinário e jurisprudencial anterior. O procedimento administrativo disciplinar (PAD) deve ser garantido, como também sua regularidade deve ser resguardada. *Trata-se de violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a simples supressão do procedimento.* O ordenamento jurídico brasileiro, de forma mais evidente com relação às lei penal e execução penal, garante o devido processo legal, a fim de que os princípios da ampla defesa e do contraditório sejam efetivados concretamente e materialmente, haja vista o direito de ir e vir do indivíduo estar em jogo. O raciocínio delineado é simples: o procedimento administrativo disciplinar é o imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave. Esta corte já salientou que, conquanto presente o PAD, caso esteja eivado de nulidade (ex.: ausência de defesa técnica), esta deve ser reconhecida. (RHC 104.584, de minha relatoria, DJe 3.6.2011 e RE 398.269/RS, de minha relatoria, DJe 26.2.2010). Por conseguinte, se PAD eivado de irregularidade e a decisão que o homologou são nulos, quanto o mais a ausência deste. *A audiência de justificação com a presença de defesa técnica não tem o condão de suprir a nulidade do PAD, haja vista serem fases distintas, ambas com seus objetivos e competências descritas na lei, já salientados nos trechos do acórdão do STJ. Por isso mesmo, deve ser garantido o procedimento administrativo disciplinar regular ao apenado. (destaque não é do original)*

A Execução Penal entre nós, vigente desde janeiro de 1985 (sanccionada em 1984), pode-se afirmar, ainda não encontrou entendimento pacífico diante de inúmeras disposições. A natureza mista da execução (administrativa e jurisdicional) deve ensejar ao intérprete, frente a situações concretas, o necessário discernimento no sentido de demonstrar a *linha divisória* entre a atividade administrativa e a atividade jurisdicional.

A decisão referida no ARE acima, do STJ, a nosso sentir deslinda a questão de maneira irrefutável. Com efeito, o REsp 1.378.557, da relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, após exaustivo exame da matéria consignou:

Penso que o momento é oportuno para maior reflexão acerca da matéria discutida, devendo ser analisada e interpretada a Lei n. 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal, em sua integralidade, a fim de verificar se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para o reconhecimento de falta grave.

Da leitura da Seção III do Capítulo IV do referido diploma legislativo, que trata “Da Disciplina”, verifica-se que a Lei de Execução Penal estabelece em ordem cronológica: 1) a atribuição para o exercício do poder disciplinar (arts. 44 a 48); 2) a classificação das faltas disciplinares, bem como a “tipificação” das condutas correspondentes à falta de natureza grave (arts. 49 a 52); 3) as sanções respectivas (arts. 53 a 58); e 4) o procedimento que deverá ser adotado para apuração da falta disciplinar (arts. 59 a 60).

Nas disposições gerais da referida seção (Subseção I), os arts. 47 e 48 estabelecem que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, bem como na restritiva de direitos, será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado. Assim, no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, *verificar se a conduta corresponde à uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar, conforme disposto nos aludidos dispositivos legais.* (destaque não é do original)

Logo, a aplicação de eventual sanção disciplinar também será da atribuição do diretor do estabelecimento prisional, o qual deverá observar a regra do art. 57, *caput*, da LEP, corolário do princípio constitucional da individualização da pena, que dispõe: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

### Mais adiante:

Não se olvida que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, *d*, e § 2º).

Todavia, a regra geral estabelecida na Lei de Execução Penal é que a sanção disciplinar seja aplicada pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução apenas algumas medidas, conforme se depreende do parágrafo único do art. 48:

Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra *d*, e 2º desta Lei.

Veja que o dispositivo estabelece que a autoridade administrativa *representará* ao juiz da execução penal para adoção das sanções disciplinares previstas nos aludidos artigos.

Assim, antes dessa representação, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa.

Vale referir o ensinamento de Alexis Augusto Couto de Brito destacado na decisão:

Tratando-se de infração média e leve, assim consideradas aquelas previstas nos regulamentos, sua apuração e punição resolve-se no âmbito estritamente administrativo, anotadas no prontuário do infrator e sem a obrigação de comunicação ao juiz da execução, exceto nos casos em que forem solicitadas.

Na ocorrência de infração grave, além da *apuração e aplicação das sanções administrativas*, a autoridade responsável pela administração do estabelecimento deverá *comunicar* ao juiz da execução aquelas infrações consideradas graves e que possam acarretar a regressão de regime (art. 118), perda de benefícios como a saída temporária (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127), ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181). Nestes casos, apenas o juiz da execução poderá aplicar estas sanções, que ultrapassam a esfera administrativa da disciplina e penetram no controle jurisdicional do cumprimento da pena (BRITO, Alexis Couto de *Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 160/161).

No REsp 1.378.557, retromencionado, vê-se também:

Nesse sentido, assenta a doutrina especializada ao analisar o art. 47 da LEP: O presente dispositivo estabelece que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. E esse exercício pressupõe, evidentemente, a instauração do procedimento e a consequente decisão. Não pode o Juiz, bem por isso, invadir a esfera de atribuição dada ao administrador pela lei, sob pena de substituir por critérios próprios a opção dele quanto ao mérito administrativo. Só é dado ao Magistrado intervir para examinar a legalidade do ato, afastando vícios e resguardando direitos. (JULIOTTI, Pedro de Jesus. *Lei de Execução Penal anotada*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 79).

De forma objetiva, pois, e com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, pode-se afirmar que a interpretação dos dispositivos referidos na LEP, artigos 47 e 49, conduz à conclusão inarredável de que o poder disciplinar é da autoridade administrativa.

Em assim sendo, o PAD – Procedimento Administrativo Disciplinar, conforme previsão do artigo 59, é imprescindível, não podendo ser suprido pela audiência a que se refere o art. 118, § 2º. Pressuposto

desta, em se tratando de falta disciplinar de natureza grave (art. 118, I, parte final), é a representação a que alude o parágrafo único do art. 48 da já mencionada Lei de Execução Penal.

## Nota

1. Mauricio Kuehne. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Professor Emérito do Centro Universitário Curitiba.

## Compliance rural

### **Mário Luiz Ramidoff<sup>1</sup>**

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

### **Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff<sup>2</sup>**

Advogada. Mestre em Direito (PPGD-UNICURITIBA)

### **Guilherme Vidal Vieira<sup>3</sup>**

Acadêmico do Curso de Graduação em Direito (Universidade Positivo)

DIANTE DO FATO DO BRASIL SER O SEGUNDO MAIOR EXPORTADOR de alimentos no mundo, existe motivo para haver enorme preocupação com a produção de alimentos de qualidade, inclusive por pequenos e médios agricultores, devendo o governo garantir subsídios para que essa iniciativa se concretize na prática.

O agronegócio é representado pela produção agrícola, reúne um conjunto diverso de atividades econômicas, não somente produtivas, e, assim, deve ser visto de forma sistêmica e organizada, de onde resulta o seu conceito de sistema como agroindustrial ou em cadeias industriais<sup>4</sup>.

O agronegócio e sua evolução no Brasil assentam-se sobre o princípio da livre iniciativa, sendo muito expressivo no mercado em geral, uma vez que organismos internacionais responsáveis pela segurança alimentar, nos últimos anos, têm se curvado para o Brasil, colocando-o, no presente e no futuro, como principal produtor de alimento do mundo.

O ingresso da China, em 2001, na Organização Mundial de Comércio (OMC), transformando-se em uma economia de mercado de grande exponencial, e o enorme crescimento da população na Ásia fizeram com que o eixo do comércio de exportação de *commodities* se voltasse àquele continente. Atualmente, mais de 50% das exportações brasileiras tem como destino países asiáticos.

E aliado às condições de clima, solo e domínio da tecnologia tropical, o Brasil se tornou o grande responsável pela produção de alimentos em nível mundial, uma vez que nem todos os países produzem tanta variedade quanto o Brasil. Nesse sentido, os organismos internacionais apontaram a necessidade de aumentar em 25% a produção de alimentos até 2027.

Desses 25%, o Brasil será responsável por mais de 40%, segundo o ex-ministro da Agricultura e coordenador do Centro de Estudos do Agronegócio da FGV-EESP<sup>5</sup>, *in verbis*:

O Brasil tem que crescer 40% na produção de alimentos em 10 anos, para que o mundo cresça 20% [...]. Há uma demanda de fora para dentro, inédita na história contemporânea. [...] temos tecnologia, terra e gente para cumprir essa meta.

O governo federal não garante integral segurança ao setor, havendo deficiência no sistema de políticas agrícolas, gerando insegurança pela instabilidade do agronegócio. Trata-se de empresa a céu aberto, que depende de inúmeros fatores como clima, política de governo, mercado, além de problemas de força maior como aconteceu em 2018 com as operações da Polícia Federal e a greve dos caminhoneiros.

A principal preocupação com o crédito rural é que esse fomento possa promover o desenvolvimento da atividade objeto de destinação final, devendo o financiador observar as regulamentações legislativas e as demais normas pertinentes à modalidade específica do mútuo, por exemplo. E isso certamente exigirá um comportamento totalmente diferente daquele desempenhado em contratos comuns, motivo pelo qual o eventual programa de integração (*compliance*) também deverá ser diferenciado, passando, assim, a contemplar comportamentos e expectativas que se vinculem a interesses coletivos e indisponíveis.

A finalidade do mútuo, por exemplo, é o de fomentar a atividade agrícola, fortalecer economicamente o produtor rural e colaborar decisivamente para o bem-estar de toda a população brasileira. Pois, como se sabe, o Estado, ao conseguir desenvolver as suas atribuições legais contando com condições necessárias para o cumprimento do dever (legal) de organização o abastecimento alimentar<sup>6</sup>, consoante preconiza o inc.

VIII do art. 23 da Constituição da República de 1988, certamente antecipará a integridade; enfim, a observância voluntária das “Leis de Regência”, independentemente dos programas de fidelidade à lei (*compliance*).

Em se tratando do Brasil, terceiro maior produtor agrícola do mundo, tendo em conta as inúmeras dificuldades do setor, o país carece de políticas preventivas, ou seja, de linhas de financiamentos especiais destinadas à produção agrícola, bem como programas internos nas fazendas e agroindústrias, frente à enorme fragilidade da atividade agropecuária e à responsabilidade de abastecimento alimentar.

Ademais, como é de conhecimento, as fontes de recursos que podem suprir o crédito rural, no Brasil, são diversas, conforme dispõe a Lei 4.829/65, e subdividem-se em duas grandes vertentes (fonte interna e fonte externa); inclusive, como é possível observar, todos os recursos que podem ser utilizados nas operações de crédito rural são controlados pelo Conselho Monetário Nacional, o qual também poderá criar outras fontes de recursos, para além daquelas instituídas na legislação especial – como, por exemplo, a caderneta de poupança rural<sup>7</sup>.

De acordo com o art. 15 da Lei 4.829/65, o crédito rural poderá contar com suprimentos provenientes das seguintes fontes<sup>8</sup>:

**I – Internas:**

- a) recursos que são ou vierem a ser atribuídos ao Fundo Nacional de Refinanciamento Rural instituído pelo Decreto n. 54.019, de 14 de julho de 1964;
- b) recursos que são ou vierem a ser atribuídos ao Fundo Nacional de Reforma Agrária, instituído pela Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964;
- c) recursos que são ou vierem a ser atribuídos ao Fundo Agroindustrial de Reconversão, instituído pela Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964;
- d) dotações orçamentárias atribuídas a órgãos que integrem ou venham a integrar o sistema de crédito rural, com destinação específica; [...]
- f) recursos próprios dos órgãos participantes ou que venham a participar do sistema de crédito rural, na forma do art. 7º;

- g) importâncias recolhidas ao Banco Central da República do Brasil pelo sistema bancário, na forma prevista no § 1º do art. 21;
- h) produto da colocação de bônus de crédito rural, hipotecário ou títulos de natureza semelhante, que forem emitidos por entidades governamentais participantes do sistema, com características e sob condições que o Conselho Monetário Nacional autorize, obedecida a legislação referente à emissão e circulação de valores mobiliários;
- i) produto das multas recolhidas nos termos do § 3º do art. 21;
- j) resultado das operações de financiamento ou refinanciamento;
- l) recursos outros de qualquer origem atribuídos exclusivamente para aplicação em crédito rural;

E diante dos últimos escândalos políticos que o país vem enfrentando com inúmeras operações deflagradas, em se tratando da principal fonte de economia nacional, é certo que será impactada, mas por ser um setor extremamente estratégico, essas políticas internas preventivas devem se tornar algo habitual dentro das agroindústrias, para procurar reduzir os impactos.

O que tem sido constantemente denominado como “compliance” pode ser descrito como mecanismos (estratégias, programas etc.) que servem como ferramentas preventivas, por exemplo, de orientação e fiscalização da atividade empresarial, para fins de evitar a prática de condutas legalmente previstas como crimes – v.g., corrupção; lavagem de capitais; sonegação fiscal; etc. –, através da promoção e do fomento do efetivo cumprimento das “leis de regência” e das normas internas da empresa, a título de transparência e ética profissional.

Dessa maneira, a empresa se afasta das concepções exclusivamente subjetivistas (lucro) para, assim, cumprir a sua função social, mediante a produção e circulação de bens e serviços, a criação e manutenção de postos de trabalho sob a perspectiva de pleno emprego (planos de carreira) e receitas fiscais (tributárias).

Essa espécie de autorregulação empresarial (compliance rural) alinha-se político, econômico, social e juridicamente ao que tem sido descrito como estado democrático (constitucional) de direito, inclusive para

que a programação estabelecida por compliance pela própria empresa não sirva apenas como mais um fator/critério para a plus valia.

Enfim, que não se reduza o “compliance rural” a um mero valor agregado – vale dizer, a uma nova espécie de sistema de padronizações (ISO) – para acrescentar margem maior de lucro (valor fetichizado) a bens, produtos e serviços colocados em circulação.

O “compliance rural”, de outro lado, não pode, de forma perversa, servir de critério para valoração negativa/excludente de produtores e empresas rurais, que ainda não possuam autorregulação preventiva, transparência e ética no desenvolvimento de suas atividades técnicas-profissionais e, mesmo assim, não se envolvam em acontecimentos ilícitos. Pois, do contrário, retornar-se-ia ao subjetivismo – excludente, que apenas visa o lucro a qualquer custo – a orientar o desenvolvimento de atividade agrícola-empresarial, agora autorregulada para fins nem tanto de transparência e da ética, quanto para obtenção de maior e mais lucro.

O agronegócio  
é responsável  
pelas principais  
respostas positivas  
da economia  
brasileira

Essa nova categoria jurídico-legal, isto é, o “compliance rural”, na verdade deve se constituir em um programa ou em um projeto específico de autogestão regulamentativa que se destine ao incremento de atividades agrícola-empresariais, em conformidade com as leis e regras internas da empresa, enquanto proposta político-econômica de transparência e de ética empresarial com responsabilidade social.

Para além dos legítimos interesses privados, é certo que, hoje, na atual conjuntura global, a empresa não pode olvidar de sua função social; senão, aqui, destacadamente, a de cunho agropecuário, em virtude mesmo da sua importância para a economia pública (interesse coletivo), como, por exemplo, nas relações consumeristas, trabalhistas e tributárias (fiscais).

Essa nova sistemática normativa, que passou a demandar a criação de programas e projetos de autocontrole da atividade empresarial (Leis 12.683/12 e 12.846/13), funda-se na ideia de prevenção (geral) relativamente ao aumento de condutas que são legalmente classificadas como

crimes, infrações administrativas ou ilícitos civis, que, invariavelmente, se destinam à obtenção indevida, por assim dizer, “de lucro”, quando não praticadas sob a perspectiva exclusivamente subjetivista “a título de lucro”.

É necessário evidenciar a importância do tema para a sociedade. O agronegócio é responsável pelas principais respostas positivas da economia brasileira, cujos efeitos são sentidos na geração de empregos em toda a cadeia, na segurança do abastecimento de alimentos e no controle da inflação, no comércio internacional altamente superavitário, na geração de receitas fiscais nas esferas municipais, estaduais e federais, dentre outros impactos relevantes.

O agronegócio tem sido relegado às políticas públicas que assegurem seu potencial de crescimento como inestimável instrumento estratégico ao país, sendo a assistência técnica prestada pelo Estado praticamente extinta. O que resta são algumas instituições estatais que atuam estritamente no campo da pesquisa, muito importantes para o setor, mas que também carecem de novos recursos.

## Notas

1. Mário Luiz Ramidoff. Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestre (PPGD-UFPR) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR). Professor Universitário (PPGD-UNINTER e UNICURITIBA).
2. Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff. Advogada. Mestre em Direito (PPGD-UNICURITIBA).
3. Guilherme Vidal Vieira. Acadêmico do Curso de Graduação em Direito (Universidade Positivo). Estagiário de Graduação em Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
4. MORAIS, Ezequiel; e BERNARDINO, Diogo. *Contratos de crédito bancário e de crédito rural*. São Paulo: GEN, 2010, p. 12.
5. Brasil tem que crescer 40% na produção de alimentos em 10 anos. *Jornal O Estadão*. 2018, p. 1. Disponível em < <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Agricultura/noticia/2018/07/brasil-tem-que-crescer-40-na-producao-de-alimentos-em-10-anos.html>>. Acesso em 12 out 2018.
6. PEREIRA, Lutero de Paiva; LUZ, Tobias Marini de Salles. *Financiamento rural*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 63 (Coleção Direito do Agronegócio).
7. PEREIRA, Lutero de Paiva. *Crédito rural legal*. Vol. 5. Curitiba: Juruá, 2017, p. 70-71 (Coleção Direito do Agronegócio).
8. BRASIL. Lei n. 4.829, de 5 de novembro de 1965. Crédito Rural.

# A execução penal pela Justiça Federal

**Mauro Bley Pereira Junior<sup>1</sup>**

Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná

**Resumo:** A execução penal pelo juízo federal em presídios estaduais atende a cessão de uso e o princípio da unicidade processual.

O ART. 65 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL ESTABELECE: “A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”. Tendo em conta a existência de juízos de execuções penais, cabe a estes, dentro de sua competência, decidir sobre matérias de execução penal como progressão de regime, livramento condicional, remição, faltas disciplinares, transferência de presos e outras medidas ou benefícios.

A competência do juiz da execução se inicia, em regra, com a possibilidade de que se execute a pena, seja pelo trânsito em julgado da sentença condenatória, seja pelo cumprimento das condições estabelecidas para a execução provisória da pena. É também possível aplicar as disposições da Lei de Execução Penal para conceder benefícios nas situações em que o agente está preso preventivamente e, condenado em primeira instância, aguarda o julgamento do recurso. Neste caso, todavia, é o próprio juiz da condenação quem decide, pois ainda não há processo de execução formado.

Quanto ao local competente para a execução, a orientação firmada pela Terceira Seção do STJ é no sentido de que a competência se firma,

em regra, de acordo com as leis de organização judiciária do juízo da condenação. Neste sentido:

A jurisprudência desta Corte, com fundamento no art. 65 da Lei de Execuções Penais, firmou entendimento de que o juízo competente para a execução penal é o indicado na lei local de organização judiciária do Juízo da condenação. É evidente que o fato de o processo executivo ser de competência de juízo que não corresponda ao do domicílio do réu não impede, por si só, que a pena possa ser cumprida neste último local, sob a supervisão de juízo que deve ser deprecado para essa finalidade. 3. A despeito de otimizar a ressocialização do preso e de humanizar o cumprimento da reprimenda, pela maior proximidade do preso aos seus familiares, a transferência de presídio depende da existência de vaga. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no CC 143.256/RO, j. 08/06/2016).

No entanto, um caso em que a competência se modifica é aquele em que o agente foi condenado pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, mas a pena é cumprida em estabelecimento sujeito a administração estadual. Nesta situação, como dispõe a Súmula 192 do STJ, a execução da pena compete ao juízo de execução penal do Estado.

Súmula 192: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.”

E averiguam-se inúmeros casos de condenação pela Justiça Federal em que a pena é executada em estabelecimentos estaduais, haja vista a ausência de estabelecimentos prisionais federais em todos os estados brasileiros. A competência da execução penal, nestes casos, cabe à Justiça Estadual para evitar tumulto na execução penal. Todavia, há dúvidas e questionamentos em relação à transferência de competência. Nesse sentido:

*Ementa:* Agravo regimental em conflito negativo de competência. Pena aplicada pela Justiça Federal. Cumprimento em estabeleci-

mento estadual. Progressão de regime para o aberto. Manutenção da competência do juízo estadual. Incidência da Súmula 192 do STJ.

1. A execução penal compete ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença. Sem ferir o art. 109 da CF/88, o verbete n. 192 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça excepciona referida disciplina, nos casos em que o apenado, condenado pela Justiça Federal, encontrar-se em estabelecimento penitenciário estadual.

2. Transferida, de início, para a Justiça Estadual a competência para o processo de execução penal, em virtude da permanência do condenado em estabelecimento penitenciário estadual, tem-se que a competência não se transfere de volta, automaticamente, pela simples progressão a regime no qual não seja mais necessário o encarceramento.

3. Admitir que a progressão remeta os autos à Justiça Federal e a regressão os devolva à Justiça estadual geraria desnecessário tumulto à execução penal.

4. Mantida, assim, a competência do Juízo de Direito da Vara de Execução de penas e medidas alternativas de Foz do Iguaçu/PR, ora suscitado, para dar continuidade à execução de pena imposta pela Justiça Federal, mesmo após a progressão de regime para o meio aberto.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no CC 139.877/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015).

*Ementa:* Processual penal. Agravo em execução penal. Ré condenada por juiz federal e recolhida em presídio estadual. Processamento da execução. Competência. Justiça Federal. Aplicação da Súmula 192 do STJ afastada. Precedentes jurisprudenciais. Competência da Justiça Estadual apenas para questões administrativas em matéria penitenciária.

1. Uma linha forte da jurisprudência dos egrégios Tribunais Regionais Federais vem se posicionando no sentido de que a competência para o processamento da execução da pena nos crimes processados e julgados perante a Justiça Federal quando o réu se encontre reco-

lhido em estabelecimento prisional estadual é da Justiça Estadual.

2. No sentido da competência da Justiça Estadual, há vários precedentes Jurisprudenciais: Primeira Turma, AGEXP 1222/RN, Relator: Des. Federal Emiliano Zapata Leitão – Substituto, julg. 12/02/2009, publ. 18/03/2009, pág. 458, decisão unânime; TRF4, Relator: Des. Federal Tadaaqui Hirose, julg. 17/07/2007, publ. D.E. 25/07/2007, decisão unânime; TRF3, HC32059/SP, Relator: Juiz Johansom Di Salvo, julg. 02/12/2008, publ. DJ: 15/12/2008, pág. 94, decisão unânime; TRF1, AGEXP 200701990294120/MG, Relator: Des. Federal Cândido Ribeiro, julg. 26/09/2007, publ. DJ: 09/11/2007, pág. 77, decisão unânime).

3. Entretanto, há uma corrente na jurisprudência que defende a competência da Justiça Federal para apreciar os incidentes processuais da execução, tais como: cumprimento da pena, livramento condicional, sursis, indulto, anistia etc.”, nos casos em que a sentença penal condenatória houver sido proferida por juiz federal. Competindo ao Juízo estadual, tão somente o exame dos aspectos administrativos da execução da penal.

4. Precedentes: Agravo em Execução Penal n. 92.02.144333-8-RJ, TRF/2ª Região, Rel. Desembargador Federal Clélio Erthal, ‘in’ ‘LEX – JSTJ e TRF, n. 49, pág. 447; Agravo em Execução Penal n.º. 98030908022-SP 2ª Turma. TRF/3ª Região. Rel. Desª. Fed. Sylvia Steiner. DJU – 22/08/01, P. 291. 5. Por outro lado, o art. 1º da Resolução n. 018/89, que já vigorava quando da edição da Súmula 192 do STJ estabelece que é da competência da última Vara em cada sede da Seção Judiciária, na 5ª Região, a competência para o processamento das execuções penais. 6. Ademais, a resolução n. 09/99 desta Corte que determinara a instalação da 4ª Vara Federal de Sergipe reconheceu que a 3ª Vara Federal de Sergipe continuaria detentora da competência para a execução penal. 7. Por sua vez, a Resolução n. 01/2004 e 03/2005 que determinaram respectivamente, a instalação das 6ª e 7ª Varas Federais de Sergipe, entre outras providências, reconheceram a competência das respectivas Varas, no âmbito de suas jurisdições, para o processamento das execuções penais. 8. Em vista do exposto, há de se afastar a aplicação da Súmula 192 do

STJ e reconhecer a competência da Justiça Federal para executar as penas relativas aos crimes por ela processados e julgados, independentemente do réu estar cumprindo pena em estabelecimento prisional estadual, ressaltando, entretanto a competência da Justiça Estadual para questões administrativas de matéria penitenciária, como bem ressaltou o ilustre Procurador Regional da República em parecer, acostado aos autos. 9. Agravo em execução penal provido (TRF-5 – Agravo em Execução Penal AGEXP 1320 SE 0000627-24.2009.4.05.8500 (TRF-5) 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Data de publicação: 19/08/2009).

Ementa: Processual penal e constitucional. Agravo em execução penal. Sentença condenatória proferida por juiz federal. Condenado recolhido em presidio estadual. Processamento da execução. Competência. Justiça Federal. Aplicabilidade da Súmula 192 afastada.

A competência dos Juízes Federais para atuarem em processos criminais abrange não apenas o julgamento das ações penais, mas, também, a execução da respectiva pena, como decorrência óbvia do sistema de competência jurisdicional disciplinado na Carta Magna (art.109). A despeito da redação da Súmula 192 do eg. STJ não existe, em nosso ordenamento, qualquer diploma legal que fixe a competência da Justiça Estadual na execução de sentença criminal proferida por Juiz Federal, ainda que a reprimenda tenha de ser cumprida em estabelecimento estadual – Agravo em Execução Penal provido para reconhecer-se a competência da Justiça Federal para o processamento da execução penal de que se ocupam os autos (TRF-5 Agravo em Execução Penal AGEXP 1317 SE 0000625-54.2009.4.05.8500. (TRF-5). Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo. Data da publicação: 14/01/2010).

STJ. RESP 1294989. DECISÃO MONOCRÁTICA

Com efeito, esta Corte Superior de Justiça há muito pacificou entendimento de que “a competência para a execução da pena não se encontra atrelada à natureza do delito praticado, tampouco à categoria do juízo processante, mas sim à jurisdição a que se encontra subordinado o estabelecimento penal do custodiado” (CC 93.777/RJ, Rel. Ministro Félix, 3ª S. DJe 1º/10/2008) (...) À vista do exposto,

com fundamento no art.557, § 1º, do Código de processo Civil, c/c art.3º do Código de processo Penal, dou provimento ao recurso especial para determinar, no caso concreto, a competência da Justiça Estadual (Brasília, 27/02/2015. Ministro Rogerio Schietti Cruz).

Pela análise dos julgados, afere-se que a Súmula 192 não trouxe entendimento suficiente para resolver questões de competência. Ademais, com a evolução legislativa e a crise no sistema penitenciário, observam-se dúvidas sobre competência em situações complexas, como a do regime semiaberto harmonizado e até mesmo de progressão e regressão de regime sem vaga no sistema penitenciário.

Analisando sob o ponto de vista doutrinário e dos princípios do direito processual, a Súmula 192 não observa conceito básico da administração pública, estabelecido na chamada cessão de uso, bem como não atende a necessidade de unicidade processual que é princípio elementar da administração da justiça.

Quando a Justiça Estadual e a administração penitenciária estadual autorizam que a Justiça Federal utilize área ou celas dentro de unidade penitenciária estadual ocorre o que é a denominada cessão de uso. A cessão de uso é a transferência gratuita e temporária da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize segundo a sua normal destinação, por tempo certo ou indeterminado. Trata-se de ato de colaboração entre repartições públicas, em que aquela que tem bem cede o uso a outra que está precisando, nas condições estabelecidas em termo de cessão.

Ensina Caio Tácito (Bens Públicos – Cessão de Uso, RDA 32/482) que esta cessão se inclui entre as modalidades de utilização de bens públicos, não se confundindo com qualquer forma de alienação. Trata-se apenas de uma transferência de posse, do cedente para o cessionário, mas ficando sempre a administração-proprietária com o domínio do bem cedido para retomá-lo a qualquer momento, ou ao término do prazo de cessão.

A cessão importa em outorgar ao cessionário o uso exclusivo e a consequente administração e fiscalização do bem, assemelhando-se ao comodato, sendo contrato unilateral (pois apenas o comodatário assu-

me obrigações), gratuito, pelo qual o comodante entrega ao comodatário coisa infungível para ser usada temporariamente e depois restituída.

A cessão de uso entre órgãos da administração pública federal e estadual em tese exigiria autorização legislativa e não é possível através de mera decisão judicial ou administrativa, ou de termo entre os órgãos da administração estadual e federal. Todavia, presume-se que, considerando que é dever de toda administração pública buscar o melhor atendimento de seus serviços, adotou-se a prática de cessão de uso de vagas em presídios pela administração penitenciária estadual à Justiça Federal mediante mera solicitação e encaminhamento de cartas de guia de execução. Com esses procedimentos, entende-se que houve transferência da execução penal à Justiça Estadual.

Contudo, tal situação ofende o conceito de cessão de uso, posto que, como anteriormente mencionado, o cessionário, ou seja, o juízo federal, deve ter o direito de uso exclusivo, de administração e fiscalização, o que importa em exercer a atividade de execução penal.

E nesse sentido, vem sendo observado pelo noticiário nacional o efetivo interesse da Justiça Federal na execução penal, posto que juízes federais determinam cumprimento de execução de penas em prédios da Polícia Federal, efetuam atos de correição em presídios estaduais e decidem sobre transferências de presos, observando-se pertinente que seja ponderada a possibilidade de atribuir à Justiça Federal a competência para a execução penal de sentenciados por aquele órgão jurisdicional, reconhecendo-se que na transferência de presos a presídios estaduais ocorre tão somente a cessão provisória de uso de áreas ou celas em presídios estaduais para cumprimento das penas de condenados.

A atribuição de competência ao juízo federal evitaria possibilidade de decisões conflitantes, como se percebe em situação recentemente julgada na 2ª Câmara Criminal, bem como em outras situações em que se vê a existência de conflitos de competência gerados por dúvidas sobre progressão ou regressão de regime, como se observa:

A Justiça Federal  
tem plenas  
condições para o  
regular exercício  
de jurisdição  
em matéria de  
execução penal

HC 0025276 – 85.2018.8.16.0000 da 1ª Vara de Execuções Penais do Foro central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Impetrante: Pedro Paulo Guerra de Medeiros (Advogado) Paciente: Delúbio Soares de Castro (Réu preso) Autoridade coatora: Juízo da 1ª Vara de Execuções Penais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba Relator: Desembargador José Maurício Pinto de Almeida Relator Subst.: Juiz Substituto em 2º Grau Mauro Bley Pereira Junior. *Habeas corpus. Execução penal provisória. Sentença condenatória da Justiça Federal. Pleito de transferência de presídio indeferido pelo magistrado federal. Recurso pendente de remessa ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pedido idêntico formulado posteriormente perante o juízo estadual de execução, o qual não foi conhecido. Decisão escoreita e possibilidade de decisões conflitantes* (TJPR – 2ª Câmara Criminal. Unânime. Relator: Juiz Subst. 2º grau Mauro Bley Pereira Junior. Julgado em 02/08/2018).

Também é de se constatar a *necessidade de unicidade processual*, sendo notório que os juízes federais e estaduais têm filosofias diferentes de execução penal, motivadas pela natureza diversa dos crimes que são julgados por eles.

A unicidade processual é elementar e necessária à execução penal, e é o princípio que estabeleceu a mencionada regra do artigo 65 da Lei de Execução Penal, que determina que cabe ao juiz da sentença a execução da pena imposta na condenação.

A unicidade processual se revela como o princípio que vem ditando as mais recentes normas de competência, pois a regra a respeito da competência do juízo da condenação vem sendo aplicada inclusive na execução de penas restritivas de direitos. O STJ firmou a tese de que a transferência de domicílio do condenado não provoca a alteração da competência, razão por que o juízo competente para a execução apenas expede carta precatória para que a fiscalização do cumprimento seja feita no local em que o condenado reside:

Quanto à execução de penas restritivas de direitos, “esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que a competência para a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento do cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência” (CC 113.112/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp) (CC 137.889/PR, j. 11/03/2015).

O mesmo se aplica para o cumprimento da pena em regime aberto. Caso o condenado mude seu endereço, a pena pode ser cumprida em Casa do Albergado localizada no local do respectivo endereço, mas àquele juízo cabe apenas a fiscalização; a execução permanece no juízo da condenação:

Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que ao Juízo da condenação compete a execução da pena, não havendo deslocamento desta competência pela mudança voluntária de domicílio do condenado à pena em regime aberto, devendo ser deprecada ao Juízo do domicílio do apenado a supervisão e acompanhamento do cumprimento da reprimenda determinada (CC 131.468/RS, j. 26/02/2014).

E verifica-se que a Justiça Federal tem plenas condições para o regular exercício de jurisdição em matéria de execução penal, observando-se notícias na imprensa nacional neste sentido, conforme se reproduz:

#### *Justiça Federal abre execução da pena de Lula*

A Justiça Federal, no Paraná, abriu nesta segunda-feira, 9, o processo de execução provisória da pena de prisão de Luiz Inácio Lula da Silva condenado a 12 anos e 1 mês, em regime fechado, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro no caso do triplex do Guarujá (SP).

A juíza federal Carolina Moura Lebbos será a responsável por decidir se mantém o ex-presidente na sala reservada para seu encar-

ceramento na Polícia Federal, em Curitiba, ou se transfere o petista para outro lugar e quando ele progredirá de regime.

Juíza substituta da 12.<sup>a</sup> Vara Federal de Curitiba – responsável pela área de execução das penas dos presos, será ela que determinará, à partir de agora, as condições em que Lula será mantido: como deve ser tratado, o que pode – e não pode – fazer no período em que estiver cumprindo a pena e as regras de progressão, em que terá direito a diminuir os anos que terá que cumprir, conforme seu comportamento, atitudes e passar do tempo.

A juíza é a mesma que conduz o processo de execução penal do empresário e delator Marcelo Odebrecht, que no início do ano progrediu para o regime de prisão domiciliar, com tornozeleira eletrônica, depois de uma temporada de 2 anos e meio encarcerado em Curitiba, o berço da Lava Jato (*Estadão* 09/04/218, consulta realizada através do site: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-federal-abre-execucao-da-pena-de-lula/>).

*Discreta, técnica, rígida: quem é a juíza que cuida da prisão de Lula.* Responsável pelas decisões sobre a custódia do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT), a juíza Carolina Moura Lebbos, da 12.<sup>a</sup> Vara Federal de Curitiba, é tida como uma magistrada discreta, técnica e rígida por advogados cujos clientes foram presos na Operação Lava Jato.

Juíza federal desde 2011, Carolina tomou uma decisão que gerou polêmica menos de 24 horas após a ação de execução penal provisória de Lula ter chegado às suas mãos. Foi ela quem negou a visita de governadores ao ex-presidente na última terça-feira (10). O UOL solicitou uma entrevista com a juíza, mas a Justiça Federal do Paraná informou que ela não fala com a imprensa.

A juíza seguiu o regramento da carceragem na Superintendência da PF (Polícia Federal) em Curitiba, que permite a visita de apenas três familiares aos detentos em apenas um dia da semana, entre 8h30 e 11h30 e 13h30 e 17h30. A Lei de Execução Penal prevê que o direito de visita poderá “ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento”. No caso, o comando da carceragem da PF. “Com efeito, não há fundamento para a flexi-

bilização do regime geral de visitas próprio à carceragem da Polícia Federal. Desse modo, deverá ser observado o regramento geral. Portanto, incabível a visitação das pessoas indicadas, decidiu Carolina sobre o pedido dos governadores (UOL 12/04/2018, por Bernardo Barbosa e Nathan Lopes, consulta realizada através do site <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/04/12/discreta-tecnica-rigida-quem-e-a-juiza-que-cuida-da-prisao-de-lula>).

#### *STJ define competências de juízos de execução*

Cabe ao juiz de execução penal de origem o encaminhamento de detento a presídio federal de segurança máxima ou a renovação do prazo de sua permanência. E cabe ao juiz com jurisdição sobre o presídio conceder benefícios ao apenado. O entendimento é da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que julgou Conflito de Competência envolvendo juiz de Execução Penal do Rio de Janeiro e o juiz federal de Execução Penal do Presídio Federal de Porto Velho onde está preso um dos líderes do Comando Vermelho, facção criminosa que atua no Rio de Janeiro.

Isaías Costa Rodrigues, o Isaías do Borel, foi condenado pela Justiça estadual do Rio a penas que somam 36 anos e 11 meses de reclusão, dos quais cumpriu mais de 22 anos. Em setembro, conseguiu liberdade condicional graças a uma decisão da Justiça Federal de Rondônia, onde cumpria pena em presídio federal.

A Justiça do Rio, que ordenara a transferência do preso para Rondônia, havia renovado o prazo de detenção no presídio federal. Em contrapartida, a Justiça Federal de Rondônia questionou os motivos da renovação ao conceder a condicional. “Tirar-lhe [do preso] a esperança da possibilidade de um dia adquirir a liberdade contrastaria com o princípio da dignidade da pessoa humana [...], além de frustrar os objetivos da lei de execução penal no tocante à ressocialização”, afirmou o juiz federal Marcelo Meireles Lobão, da 3ª Vara Federal de Rondônia. “Ao se conceder o benefício, não se está atestando que o preso não voltará a delinquir. Aqui o juízo é de mera probabilidade. Todavia, nem por isso deve-se protelar ou vedar a concessão de algum benefício.”

O juiz exigiu, como condição para progredir de regime, no entanto, que o detento obtivesse ocupação lícita dentro de prazo razoável; comunicasse periodicamente sua ocupação à Justiça; não saísse da comarca do juízo de execução ou mudasse de residência sem autorização; ficasse em casa entre as 23h e as 6h e não frequentasse lugares de “duvidosa reputação”.

A Justiça fluminense protestou em Conflito de Competência dirigido ao STJ. Segundo ela, não cabe “juízo de valor, por parte do magistrado federal, acerca dos motivos alinhados pelo juiz de execução como fundamento para a transferência, mas apenas recusar a solicitação se evidenciadas condições desfavoráveis ou inviáveis da unidade prisional”, afirmou o juízo de execução penal do Rio, citando acórdão no Conflito de Competência 118.834, julgado em dezembro de 2011 pela 3ª Seção do STJ.

Além disso, para a Justiça do Rio, o fato de o detento cumprir pena no presídio federal de outro estado apenas por tempo determinado tira do juízo federal a competência para conceder benefícios ao condenado. “Muito menos quanto tal reconhecimento vier a ocasionar seu prematuro retorno ao estado de origem, em afronta aos motivos de interesse da segurança pública que nortearam sua transferência”, disseram as juízas Roberta Barrouin Carvalho de Souza e Juliana Benevides Araújo no pedido ao STJ de deferimento do Conflito de Competência, assinado no dia 1º de outubro. Segundo elas, a concessão de liberdade condicional equivale a retorno antecipado do apenado, sem que o prazo determinado pela Justiça seja cumprido. O motivo da renovação da detenção, segundo a Justiça do Rio, é que o condenado, mesmo detido, continua liderando a facção criminosa. Segundo a Secretaria de Segurança Pública do Rio, Isaías participou de planos para desestruturar a segurança pública do estado, para voltar a dominar comunidades pacificadas – o que a defesa nega. Segundo seu advogado, José Carlos de Carvalho, trata-se de “um homem preso desde janeiro de 1990, doente, portador do vírus HIV” – clique aqui para ler a argumentação da defesa.

Em agosto, o STJ entendeu que a competência não é do local onde o detento cumpre pena, mas do juízo de origem da execução pe-

nal. “Não pode o magistrado federal que processa a execução penal avaliar, de ofício, a motivação do referido decisum, mormente invalidá-lo, pois não detém qualquer competência, hierarquia ou jurisdição para tanto”, afirmou a 3ª Seção, em acórdão publicado em agosto. No entanto, a corte manteve a competência do juízo rondoniense para processar a execução durante o período em que Isaías estiver na Penitenciária Federal de Porto Velho, pelo prazo legal de 360 dias – o que, segundo a defesa, na prática, chancela o livramento condicional.

No dia 9 de outubro, a ministra Laurita Vaz, relatora do caso, negou o pedido formulado pelo juízo do Rio. “Nada mais há a prover nos presentes autos, pois a 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado (Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia)”, afirmou em despacho (*Conjur*, 13 de outubro de 2012, 6h11, por Alessandro Cristo, consulta realizada através do site <https://www.conjur.com.br/.../stj-define-competencias-juizos-execucao-presos-perigosos>).

Finalmente, cabe atentar que não somente os presos condenados da Justiça Federal estão abrigados em presídios estaduais, mas também os presos provisórios.

Os presos provisórios da Justiça Federal são encaminhados a unidades penitenciárias estaduais após autorização de juízes estaduais de execução penal, porém sem dar-se transferência de competência processual, observando-se situações de dúvidas e constrangimento em razão da diversidade de entendimentos nas atividades correcionais dos presídios pelo juiz estadual de execução e pelo juiz federal, e mesmo nas determinações de condições administrativas das unidades, obrigações dos presos, visitas, transferências e benefícios.

Assim, na busca de solução pragmática aos litígios em matéria de execução penal, propõe-se o reconhecimento de que *a cessão de uso de áreas, celas ou setores de presídios estaduais para abrigar presos da Justiça Federal, provisórios e condenados, trata-se de cessão administrativa, e não é razão para transferência da execução penal, que, de acordo*

*com o princípio da unicidade processual, deve permanecer com o juízo federal.*

O acolhimento de presos provisórios e condenados em tais condições estabeleceria a possibilidade de administração e execução penal pela Justiça Federal, evitando-se dúvidas e tumultos, e certamente beneficiaria a execução penal e o réu, com solução certa e adequada de seus pleitos.

## Nota

1. Mauro Bley Pereira Junior. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Graduado pela Universidade Federal do Paraná em 1982. Mestrado pela Universidade Federal do Paraná em 1992. Magistrado desde 06/01/1987.

## Referências

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal – Teoria Crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROMANO, Rogerio Tadeu. *Autorização de Uso, Concessão de Uso, Concessão de Direito Real de Uso e Cessão de Uso*. disponível em <http://jus.com.br/artigos/54103>. Publicado em 11/2016.
- VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Bens públicos – Cessão de Uso. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, pág. 482. Rio de Janeiro. 1998.

# A manutenção do ato administrativo nulo no mundo jurídico

**Luís Mauro Lindenmeyer Eche<sup>1</sup>**

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

**Resumo:** O ato administrativo nulo tende a ser considerado impassível de convalidação e manutenção no mundo jurídico. Há um entendimento de primazia do princípio da legalidade em sede de direito administrativo. Porém, há outros princípios de igual importância que também devem ser sopesados ao se examinar a pertinência da manutenção do ato administrativo nulo. A segurança jurídica e a boa-fé se cuidam de princípios de índole constitucional que devem sofrer juízo de ponderação juntamente com o princípio da legalidade para fins de analisar se o ato administrativo, mesmo maculado por vício grave, deve ou não ser mantido no ordenamento jurídico.

## Introdução

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É REGIDA POR PRINCÍPIOS com feições próprias, que se prestam a limitar o poder inerente à condução da *res publica*, sempre com o desiderato de atender ao interesse público. O princípio da legalidade, em particular, possui especial destaque nessa limitação do poder. Isso porque, na administração da *res publica*, é imperativo que o administrador atue nos exatos termos da lei sob pena de o ato praticado ser considerado maculado.

É justamente por conta da rigidez desse princípio que se entende que qualquer ato administrativo que viole a legalidade tem por desfecho a declaração de sua nulidade/anulabilidade. Seria, em tese, incompatível com o sistema que tem como baluarte um princípio tão rígido cogitar da manutenção de um ato viciado. Contudo, se cuida de uma visão *prima facie* e que acaba por afastar regras balizares do direito que também se aplicam na seara da administração pública.

O direito administrativo também é informado por princípios gerais do direito, dentre os quais se incluem e se destacam os princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Cuidam-se de princípios com assento constitucional, o que legitima e impõe sua incidência no campo da administração pública.

É regra geral do direito que, havendo conflitos entre princípios, deve-se valer do postulado normativo da ponderação no intuito de verificar no caso concreto se há uma forma de salvaguardar os princípios aparentemente em conflito, impedindo a adoção de um entendimento que importe o total desprezo de um dos princípios em detrimento de outro.

E é por conta da obrigatória aplicação do postulado da ponderação que se evidenciará que um ato administrativo ilegal não tem que obrigatoriamente ser declarado nulo, devendo ser observadas as peculiaridades do caso concreto para realizar esse juízo de invalidação.

## 1. Do ato administrativo

Não há uma definição uniforme sobre o que seria um ato administrativo. Ela varia de acordo com a ótica sobre a qual é analisado o tema e de acordo com a formação jurídica do doutrinador que se propõe a estudar a matéria<sup>2</sup>. Não obstante, nos interessa no presente estudo a definição de ato administrativo como espécie de ato jurídico em sentido estrito.

Nesse âmbito, cabe transcrever, inicialmente, o conceito proposto por Hely Lopes Meireles, que traz uma perspectiva ampla de ato administrativo, encampando diversos aspectos que usualmente são apontados como imprescindíveis para a adequada apreensão da expressão. Define o ilustre administrativista o ato administrativo como “toda ma-

nifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (2003, p. 145).

Não obstante o brilhantismo, alguns aspectos merecem ser acrescentados e destacados. Com efeito, é de se grifar que os efeitos oriundos do ato administrativo são preestabelecidos em lei. Isso porque ao administrador público só é dado atuar nos exatos limites da lei, face ao princípio da legalidade.

Outrossim, é de se pontuar que nem todo o ato praticado pela administração pública é um ato administrativo, assim como há a possibilidade de um ato administrativo ser praticado por pessoa diversa da administração pública, desde que essa pessoa esteja investida em função administrativa que lhe atribua poderes para tanto.

Logo, em resumo, pode-se definir o ato administrativo como o ato jurídico praticado por quem esteja no desempenho da função administrativa, sob um regime jurídico especial de direito administrativo, cujos efeitos jurídicos sejam legalmente preestabelecidos. Essa definição aparentemente sumarizada de ato administrativo, proposta por Rafael Maffini<sup>3</sup>, condensa o que há de essencial para a apreensão do tema.

## **2. Do princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo**

É regra comezinha do direito que o princípio da legalidade, na seara do direito administrativo, possui contornos próprios que lhe garantem certa autonomia em relação ao princípio da legalidade geral.

Com efeito, se na administração da coisa particular é viável que se pratique qualquer ato não proibido pela lei, na administração pública as rédeas da legalidade são justas: ao administrador somente é dado atuar nos exatos limites dispostos na lei, sendo restrita sua autonomia. “Significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato

inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal” (MEIRELLES, 2003, p. 86).

Daí porque o princípio da legalidade, no âmbito do direito administrativo, possui especial destaque. Ao agir o agente público em descompasso com a lei, *contra legem* ou *praeter legem*, o ato praticado será considerado ilegal e, por conseguinte, nulo, com todos os nefastos reflexos legais daí decorrentes.

Cuida-se de princípio de suma importância para a própria manutenção do estado democrático de direito, “tendo em vista que ele tem o condão de combater o poder arbitrário do Estado, na medida em que os conflitos devem ser resolvidos pela lei e não por meio da força” (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 40).

### 3. Dos atos administrativos viciados

A administração pública, por conduzir seu agir nos estritos termos da lei, possui a obrigação de anular os atos administrativos viciados por ilegalidade ou ilegitimidade por expressa disposição legal (art. 2º, parágrafo único, inc. I, da Lei 9.784/99). Aliás, a própria atuação do administrador público é regida pelo princípio da autotutela, o que lhe obriga a rever os atos tomados por ilegalidade.

É de se destacar, por oportuno, que as definições de ilegalidade e ilegitimidade que podem redundar na invalidação do ato administrativo não são restritas à mera violação direta do texto da lei. Cuida-se de conceito amplo que engloba não apenas a afronta direta, como também o abuso pelo excesso, desvio de poder, violação de princípios e todo o arcabouço normativo que rege a administração pública. “Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada dos princípios do Direito, o ato administrativo padece de vício de ilegitimidade e se torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário, por meio de anulação” (MEIRELLES, p. 198).

A doutrina, de forma geral, leciona ser viável a convalidação de atos administrativos ilegais que padeçam de anulabilidade, isto é, atos

cujo vício seja de somenos importância, consistente em mácula passível de correção por ato posterior. Por isso, consideram-se convalidáveis os atos administrativos que foram praticados com inobservância das regras de competência (desde que não se trate de competência exclusiva<sup>4</sup>) ou que não observaram alguma formalidade na execução e constituição do ato, desde que ela não fosse da essência dele. Por outro lado, seriam desfeitos à convalidação os atos administrativos nulos, isto é, que possuam vício relativo aos elementos da finalidade, motivo, objeto ou conteúdo.

Ocorre que deve ser superada essa visão formalista e estagnada acerca da impossibilidade de manutenção de atos administrativos nulos no mundo jurídico. Embora essa divisão rígida funcione no âmbito acadêmico e sirva para apreender a problemática de forma global, ela não garante uma resposta certa para a resolução de todas as hipóteses que podem ser constatadas no mundo fenomênico.

Outrossim, não se pode passar despercebido que o ato administrativo nulo produzirá efeitos jurídicos concretos até que sobrevenha a declaração de sua ilegalidade. É que os princípios que regem a administração pública fazem presumir a idoneidade do ato exarado, bem como gera nos cidadãos uma expectativa legítima de conduta, ainda mais quando o ato administrativo lhes é benéfico. Ricardo Marcondes Martins bem pontua que todo o ato viciado é uma norma existente no ordenamento jurídico, tem um conteúdo e uma forma. Além disso, tem um objeto existente no mundo fenomênico, um mínimo de eficácia social, seu conteúdo não importa em intolerável injustiça e seu editor apresenta a administração pública (2008, p. 261). Portanto, os reflexos materiais não podem ser simplesmente desprezados quando do exame da legalidade e legitimidade do ato administrativo, particularmente por parte do Poder Judiciário.

Consideram-se convalidáveis os atos administrativos que foram praticados com inobservância das regras de competência ou que não observaram alguma formalidade na execução e constituição do ato

#### **4. Da obrigatoriedade da aplicação do postulado da ponderação entre os princípios da legalidade, da confiança e da boa-fé no exame em concreto do ato administrativo viciado**

Como já foi escrito, o administrador público está limitado pela letra da lei. É compreensível, portanto, sua atuação mais rígida no tocante ao autocontrole (autotutela) de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. Assim deve ser, até mesmo para evitar casuísmos e subjetivismos, o que contrariaria os princípios que devem reger a própria Administração Pública (princípios da isonomia e da impessoalidade).

Ao Poder Judiciário, por outro lado, não é dado adotar postura exacerbadamente positivista, quanto mais quando constatar o conflito aparente de princípios aplicáveis à espécie. É assente na doutrina constitucional que, quando há atrito entre princípios constitucionais, não se deve sacrificar um em detrimento de outro. Jorge Miranda (1990, p. 228-9) ensina que a “contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios; deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade; os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher seu verdadeiro significado”. Outrossim, mesmo persistindo o aparente conflito com essas regras de interpretação, deve ser invocado o postulado normativo da ponderação e encontrada, na medida do possível, uma solução que equalize e viabilize a convivência harmônica desses princípios<sup>5</sup>.

Ademais, deve ser abandonada a vertente doutrinária que eleva o princípio da legalidade a dogma jurídico no âmbito da administração pública. Malgrado seja deveras relevante, por vezes ele terá que ceder e se adaptar ao caso concreto, de modo a garantir a convivência com outros princípios de igual grandeza. O professor Almiro de Couto e Silva bem apreendeu a problemática envolvendo a aplicação indiscriminada do princípio da legalidade. Constatou o ilustre jurista que “a invariável

aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos”. Prossegue destacando que apenas no começo dos anos 2000 “é que passou a considerar-se que o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como incontestável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis” (SILVA, 2003, p. 14-5).

Portanto, o princípio da legalidade deve ser sopesado com os princípios da segurança jurídica e da boa-fé (e os deveres anexos a ela atrelados<sup>6</sup>) para, após um juízo de ponderação, se verificar se a declaração de nulidade do ato administrativo é ou não a melhor solução para colmatar os princípios em debate.

Veja-se que, em dados casos, a observância indiscriminada da legalidade, sem sopesar os reflexos da declaração de invalidade do ato, pode gerar uma situação ainda mais gravosa do que se verificaria caso se mantivesse o ato nulo no mundo dos fatos. Tal postura acabaria por malferir situações jurídicas postas e sedimentadas no tempo, podendo atingir indivíduos que sequer participaram ou deram causa à invalidade do ato impugnado. O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já se deparou com situação similar, concluindo pela impossibilidade de se declarar a ilegalidade do ato quando tal fato importar em danos ainda mais drásticos<sup>7</sup>.

Além disso, é de ser considerado que, contrariamente ao que pode parecer num exame apressado do tema, a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegal não é a única maneira de se corrigir o vício constatado. Há formas outras de corrigir a ilegalidade. Formas essas preferíveis quando, além de espancaram a mácula, salvaguardam os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, criando um ambiente harmônico de convivência entre os princípios. A doutrinadora Weida Zancaner (2008, p. 64-5), ao se debruçar sobre o tema, conclui que se poderia “supor que o princípio da legalidade imporia sempre à Admi-

nistração o dever de invalidar seus atos eivados de vícios, para restaurar a ordem jurídica por ela mesma ferida. A suposição, todavia, não procede, pois a restauração da ordem jurídica tanto se faz pela fulminação de um ato viciado quanto pela correção de seu vício. Em uma e outra hipóteses a legalidade se recompõe. O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido.

No mesmo sentido são as lições do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo ele, sendo viável a sanção do vício sem a declaração de nulidade do ato, preservando-se as situações consolidadas e os direitos dos terceiros de boa-fé, ela é preferível por atender de modo mais extenso os interesses da administração pública e da própria Justiça. “As asserções feitas estribam-se nos seguintes fundamentos. Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer. A decadência e a prescrição demonstram a importância que o Direito lhe atribui. Acresce que também o princípio da boa-fé – sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade – concorre em prol da convalidação, para evitar gravames ao administrado de boa-fé” (MELLO, 2003, p. 469).

Aduza-se que esse entendimento foi encampado pelo Supremo Tribunal Federal. Por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 26.117, ponderando os valores em espeque, o STF concluiu que a anulação de um ato administrativo de forma tardia, após a consolidação de uma situação de fato e de direito, ofende o princípio da segurança jurídica, de modo que a situação deve ser preservada<sup>8</sup>.

Essa ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, de um lado, e do princípio da legalidade, de outro, com prevalência dos primeiros, não se cuida de solução doméstica. Trata-se de solução há muito encampada por diversos países europeus. A título de exemplo, Alemanha, França, Itália e Portugal adotam como critério objetivo para fins de convalidação do ato administrativo ilegal o decurso de prazo razoável de tempo e a boa-fé dos beneficiários, segundo informa o professor Almiro de Couto e Silva<sup>9</sup>.

Logo, deve ser fixado como premissa que a modificação de um ato administrativo maculado por ilegalidade (nulo ou anulável) deve ser limitada pelo interesse público e, em especial, pela (i) preservação da boa-fé objetiva, pela (ii) garantia da prevalência da segurança jurídica e pelo (iii) resguardo dos direitos de terceiros. Ou seja, ainda que nulo o ato administrativo, ele não seria suscetível de declaração de invalidade caso tal ato irradiasse benefício a terceiros que estejam em situação de boa-fé, e caso tal situação se perpetuasse por lapso temporal considerável. O princípio da legalidade, nessas hipóteses, deve ceder lugar aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, reforçando os anseios depositados por todos cidadãos perante a administração pública e na presunção de regularidade dos atos por ela praticados.

De forma mais elucidativa, cabe transcrever as ponderações exaradas por Márcio Nunes Aranha (1997, p. 66): “A necessidade da manutenção dessa confiança do administrado na legalidade dos atos emanados pelo Poder Público fornece a importância de um aspecto da segurança jurídica evidenciado na preservação de um ato, mesmo que originalmente viciado de ilegalidade, preservação essa em respeito à inércia daquele Poder. Surge, então, um segundo elemento, que, somado à boa-fé, impõe a convalidação do ato nulo, qual seja, o do transcurso razoável de tempo. Já dizia Bobbio que o tempo sana as feridas da história, e é com base nisso que a segurança jurídica, a despeito da legalidade estrita, triunfa para salvaguardar os atos administrativos evitados de vícios, vícios esses originais ou adquiridos posteriormente, e que se consolidaram em uma sua perpetuação temporal pacífica. Preenchidas as condições de boa-fé do particular e do razoável transcurso de tempo, torna-se imperativa a preservação do ato administrativo para

salvaguarda da segurança jurídica. Intenta-se, pois, um esforço, nunca demais, de relembrar que, no direito, a aplicação rígida de um princípio, muitas vezes, leva a injustiças, e que, nos casos de complacência do Poder Público, ou mesmo de entendimento seu modificado, há outro princípio a ser levado em conta para que não persista a injustiça em nome de uma pretensa legalidade. Tal princípio é a manifestação concreta da segurança jurídica, razão fundamental do direito, que, sem desprezo do perigo de supervalorização da autoafirmação, detém seu significado em preservar, manter, salvar, dar sobrevida àquilo que se perpetuou no tempo pelo simples fato deste, auxiliado pela inexigibilidade de comportamento diverso – boa-fé –, galgar posição digna de proteção jurídica.”

No que pertine ao que se consideraria *lapso temporal razoável*, para afastar, na medida do possível, subjetivismos, é de se adotar, por analogia, a regra insculpida no art. 54 da Lei Federal 9.784/99, que trata justamente da possibilidade de a administração pública revisitar seus atos. Referida norma instituiu um prazo decadencial de cinco anos para a anulação de atos administrativos pela própria administração, salvo se comprovada a má-fé, quando não haveria prazo para a desconstituição do ato. A regra, por ser clara, objetiva e por contar com previsão legal, deve irradiar seus efeitos no campo das nulidades dos atos administrativos sem maiores intempéries.

## **5. Da ressalva necessária: dos reflexos no âmbito da improbidade administrativa em razão da manutenção do ato administrativo nulo**

A prática de um ato administrativo nulo por ilegalidade *lato sensu* ou ilegitimidade, regra geral, resultará na prática de um ato ímprobo, seja por violação de princípios, seja por ensejar dano ao erário ou enriquecimento ilícito, consoante artigos 11, 10 e 9º da Lei 8.429/92. E, como tal, o ato deve ser punido, ainda que se conclua pela manutenção do ato administrativo viciado no mundo jurídico.

Como restou esclarecido, a manutenção do ato maculado deriva de um juízo de ponderação de valores e princípios voltados à proteção do terceiro que suporta (suportou) os efeitos do ato administrativo. Além disso, se exige inclusive a boa-fé desse terceiro para que essa convalidação forçada seja-lhe aplicável.

Essa ponderação, de forma alguma, tem ou poderá ter a qualidade de irradiar efeitos benéficos ao agente público, particularmente o de isentá-lo da responsabilidade civil e administrativa decorrente da edição desse ato que não atendeu aos ditames legais. Conclusão em contrário engendraria a subversão do sistema de ponderação, afora acabar por malferir outros princípios constitucionais, como e principalmente o da proibidade administrativa.

É bem verdade que isso não quer dizer que a manutenção de um ato administrativo viciado não irradiará qualquer efeito na seara do agente ímprobo. Há reflexos orbitais que podem, sim, interferir na esfera de responsabilidade do agente público e que deverão ser observados justamente para garantir a harmonia de todo o sistema de regras e princípios do ordenamento jurídico. Um exemplo pode elucidar com maior riqueza a conclusão. Determinado candidato à reeleição, visando angariar ilegítimo apoio político da classe de professores, edita norma conferindo aos professores com especialização um acréscimo remuneratório, no período que antecede 60 dias o pleito eleitoral. A prática é vedada expressamente pela lei das eleições (art. 73, inc. V, da Lei 9.504/97), configurando ato de improbidade administrativa por violação a princípios (§ 7º do art. 73 da Lei 9.504/97). Ajuizada ação de improbidade administrativa pelo Ministério Público, sobrevém sentença de parcial procedência, reconhecendo-se a ilegalidade do ato, mas determinando a manutenção, *ex tunc*, do ato viciado após juízo de ponderação. Nesse caso, é evidente que o agente ímprobo deverá responder pela prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 12, III, da Lei 8.429/92. Todavia, considerando a manutenção do ato

A prática de um ato administrativo nulo por ilegalidade *lato sensu* ou ilegitimidade, regra geral, resultará na prática de um ato ímprobo

nulo com efeitos *ex tunc*, seria inviável condenar o agente ímprobo a reparar o dano material, em tese, suportado pelo município. Ao concluir pela manutenção do ato, o valor adicional pago aos professores com especialização não importou em prejuízo ao erário uma vez que os serviços foram prestados e se reconheceu por legítimo o pagamento desse acréscimo patrimonial. Conclusão em sentido contrário redundaria em enriquecimento ilícito do município. Outrossim, resultaria em uma condenação *ad eternum* do agente público, que apenas cessaria com o falecimento dos professores quando deixariam de receber o adicional. Ambas as hipóteses são impensáveis.

Em resumo, conquanto a manutenção do ato administrativo nulo no mundo jurídico, após juízo de ponderação, não importe em irresponsabilidade civil e administrativa do agente ímprobo, deve ser atendido que alguns aspectos dessa manutenção podem irradiar efeitos orbitais ou reflexos na penalização do agente ímprobo, o que deverá ser analisado casuisticamente.

## Conclusão

O princípio da legalidade tem especial destaque no âmbito da administração pública, não podendo ser desconsiderado pelo agente público e muito menos pelo Poder Judiciário.

É de ser realizada, todavia, uma leitura constitucional do direito contemporâneo. A Constituição Federal, afora o princípio da legalidade, garante em seu bojo a tutela de outros princípios de igual hierarquia como o da segurança jurídica e o da boa-fé. Havendo conflito entre princípios constitucionais, é regra comezinha que a solução do litígio se resolva no campo da ponderação e não na simples escolha de um princípio em detrimento de todos os demais.

Se o princípio da legalidade é deveras relevante para a administração pública, jamais se deve desprezar que a relação público-privada existente entre a administração e o cidadão é regida pelos princípios da confiança depositada na validade e legitimidade dos atos administrativos, na estabilidade das realizações postas e criadas, além dos princí-

pios anexos à boa-fé, que servem de baliza para toda a relação jurídica, desde o seu nascedouro até depois do seu fim.

Nessa quadra, ainda que viciado um ato administrativo por vício grave, é impositivo que o julgador se atente para as peculiaridades do caso concreto e, por meio de ponderação, avalie se a manutenção do ato maculado não será mais benéfica para todos aqueles por ele atingidos, harmonizando os princípios e direitos em conflito. A sanção do vício não necessariamente deverá ser realizada por meio de declaração de invalidade do ato administrativo nulo.

Por fim, a manutenção de um ato administrativo viciado no mundo jurídico de modo algum equivale a isentar o agente público da responsabilidade pela prática de um ato, em tese, ímprobo. A manutenção de um ato viciado serve para resguardar direitos e interesses de terceiros de boa-fé, nos quais, logicamente, não se inclui o agente considerado ímprobo. Não obstante, essa permanência do ato pode refletir, secundariamente, no âmbito da responsabilidade civil e administrativa, podendo, inclusive, reduzir penalidades ou obstar que uma ou outra espécie de pena seja aplicada, o que deverá ser examinado em cada caso concreto.

## Notas

1. Luís Mauro Lindenmeyer Eche. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.
2. Rafael Maffini chega à conclusão semelhante: “Os atos administrativos podem ser definidos de várias formas, através de várias perspectivas (em sentido amplo, em sentido estrito, etc.). Ademais, a falta de uma regra legal que conceitue o que seja um ato administrativo leva a que existam tantos conceitos quantos são os doutrinadores que dele se ocupam” (Direito Administrativo, 2008, p. 81).
3. Ob. cit. p. 81-4.
4. Embora seja o entendimento majoritário da doutrina (ver, por exemplo, Maria Sylvia Zanella de Pietro, *Direito administrativo*, p. 237), há entendimento em contrário, no sentido de que mesmo o ato administrativo eivado de vício de incompetência absoluta estaria sujeito à convalidação, bastando que a autoridade competente repetisse o ato. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior *in Curso de direito administrativo*, p. 146.

5. Ver, por todos, Humberto Ávila *in Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87 e seguintes.
6. Cite-se a confiança, o direito à informação, a lealdade, a transparência e a cooperação.
7. Recurso ordinário em mandado de segurança. Isonomia salarial concedida pelo poder público com base em parecer da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Verba de representação conferida aos peritos criminais desde 1993. Supressão por ausência de previsão legal. Preponderância do princípio da segurança jurídica e da razoabilidade. Convalidação dos efeitos jurídicos. Interregno de mais de dez anos. redutibilidade significativa dos proventos. Recurso ordinário provido. 1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado, e na convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas conseqüências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação. 2. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre a sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular. 3. O poder da Administração, dest'arte, não é absoluto, na seara da invalidação de seus atos, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo ou a convalidação dos efeitos jurídicos, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração. 4. O art. 54 da Lei 9.784/99, aplicável analogicamente ao presente caso, funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles nulos ou anuláveis) e permitindo, a *contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno mínimo quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício. 5. A efetivação do ato que reconheceu a isonomia salarial entre as carreiras de Perito Legal e Delegado de Polícia do Estado do Acre, com base apenas em parecer da Procuradoria-Geral do Estado, e o transcurso de mais de 5 anos, por inusitado que se mostre, consolidou uma situação fática para a qual não se pode fechar os olhos, vez que produziu conseqüências jurídicas inarredáveis. Precedente do Pretório Excelso. 6. Recurso Ordinário

- provido, para cassar o ato que suprimiu a verba de representação percebida pelos recorrentes (RMS 24.430/AC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 03/03/2009, DJe 30/03/2009).
8. Mandado de segurança. Constitucional. Competência. Tribunal de Contas da União. Art. 71, III, da CONstituição do Brasil. Fiscalização de empresas públicas e sociedades de economia mista. Possibilidade. Irrelevância do fato de terem ou não sido criadas por lei. Art. 37, XIX, da Constituição do Brasil. Ascensão funcional anulada pelo TCU após dez anos. Ato complexo. Inexistência. Decadência administrativa. Art. 54 da Lei n. 9.784/99. Ofensa ao princípio da segurança jurídica e da boa-fé. segurança concedida. (...). 5. A anulação tardia de ato administrativo, após a consolidação de situação de fato e de direito, ofende o princípio da segurança jurídica. Precedentes [RE n. 85.179, Relator o Ministro BILAC PINTO, RTJ 83/921 (1978) e MS n. 22.357, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJ 5.11.04]. Ordem concedida (MS 26117, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-03 PP-00590 RIP v. 11, n. 58, 2009, p. 253-267).
  9. Ob. Cit. p. 24-7.

## Referências

- ARANHA, Márcio Nunes. Segurança jurídica stricto sensu e legalidade dos atos administrativos: Convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal. *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, abr./jun. 1997, p. 66.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo, Editora Malheiros, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

- SILVA, Almiro de Couto e. Princípios da Legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 57, p. 14-15, 2003, acessado em 06/02/2019, no sítio [www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201707/06143930-rpge57livrocadernosalmiro.pdf](http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201707/06143930-rpge57livrocadernosalmiro.pdf).
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

# Ética judicial e corrupção

**Carlos Pedro Mondlane<sup>1</sup>**

Juiz de Direito

**Resumo:** O presente artigo debruça-se sobre a violação das regras de ética no domínio do exercício da judicatura pelo juiz. Constituindo a ética verdadeira bússola orientadora da atuação do juiz, sua violação provoca danos irremediáveis para o complexo da administração da justiça e para as políticas públicas relacionadas. Iremos circunscrever a ética no modelo societário do tipo capitalista em que o juiz está inserido, com todos os desafios e constrangimentos para sua afirmação. Apreciaremos o quadro deontológico orientador da condição de juiz, aludindo aos seus deveres e ao regime sancionatório e institucional aplicável em caso de violação das normas ético-deontológicas.

## 1. Introdução

EM 1989, A QUEDA DO MURO DE BERLIM trouxe mudanças profundas no panorama geopolítico mundial. De um mundo bipolar, onde os blocos capitalista e socialista faziam a história da humanidade, assente nas linhas ideológicas prosseguidas, passou, então, o mundo para uma fase em que se afirmou a hegemonia do capitalismo e a queda do socialismo.

A queda do Muro de Berlim foi apresentada como a vitória do povo sobre a tirania; das liberdades sobre a opressão. O sistema capitalista

passou, então, a dominar o mundo inteiro, com pouquíssimas exceções. Apesar de haver países socialistas, a economia deles se vê forçada a ter que seguir os modelos capitalistas, como é o caso da China, um país com política comunista, mas que tem uma economia praticamente capitalista. Tanto que hoje é uma das maiores potências econômicas emergentes do mundo.

O capitalismo, de resto, afirma-se pela ideologia como um sistema social e econômico de mercado em que atingir o lucro é o principal objetivo. No domínio das empresas, o sistema é positivo porquanto a economia de mercado, seu principal estandarte, favorece a livre concorrência, o que provoca um desenvolvimento e investimento maior e mais rápido.

O capitalismo afirma-se pela ideologia como um sistema social e econômico de mercado em que atingir o lucro é o principal objetivo

o que provoca um desenvolvimento e investimento maior e mais rápido.

Se o capitalismo é bom na variante das empresas, apontam-se muitos problemas na variante social para o tipo de sociedade que a adota. A sociedade não distribui os recursos de igual para todos. A consequência imediata é a estratificação social. Como fruto do sistema, há uma minoria da população – que é burguesa – que ganha tudo. A

grande maioria fica sem nada.

Outro fato que importa mencionar é que o sistema capitalista fez surgir a sociedade do consumo. Ou seja, fez com que a sociedade adotasse o ato de consumir incontrolavelmente, fazendo da população alienada pela tentação de consumir. Alguém diz: “eu tenho um celular. O meu é da última geração e o seu não é”. Isto já dá um *status* social. O mesmo acontece com as viaturas, as casas de praia e outros bens de consumo.

Passamos a viver numa sociedade em que o ter vale mais que o ser.

Outra consequência do sistema capitalista é o individualismo. A estrutura social é medida pelo capital. Hoje é tudo visto e aceito na perspectiva individual. Pronomes possessivos “meu” e “minha” substituem “nosso” e “nossa”.

Hoje é assim. No passado era diferente. Nossos avós conversavam, davam-se sal. Ajudavam-se, cumprimentavam-se; hoje, paga-se. Se

preciso de sal, tenho que pagar. Se o vizinho me cumprimenta fico até perturbado. Por que está me cumprimentando?

Mais do que nunca a questão da sustentabilidade na exploração dos recursos disponíveis entrou no léxico cotidiano. A sustentabilidade desta geração é regida pelo desejo. Todos os dias pessoas são bombardeadas pela ideia do desejo.

Pode se perguntar: por que falar do capitalismo em temas tão caros para os magistrados como a questão da ética e da integridade do juiz?

A razão é simples. É que o juiz é produto do meio socioeconômico e cultural onde atua. Pensar a ética no direito, na magistratura é o mesmo problema em qualquer outra área social. Não existe uma única área. Existe a ética.

A legitimidade da atuação do juiz é questionada quando sua atuação se faz reger por interesses próprios, contrários ao ideal da transparência, responsabilidade e honestidade. A corrupção, em particular, em todas as suas manifestações, é o grau mais elevado da antítese ética, gerando antipatia e desconfiança pelo sistema da administração da justiça e, fundamentalmente, pelos seus principais ativos: os juízes.

## 2. Etimologia da palavra ética

A palavra “ética” vem do grego *ethos*, que significa “modo de ser”, “carácter”.

Diferentemente dos outros animais que são conduzidos pelo instinto, obedecendo a regras que são anteriores e superiores a eles, o homem é dotado de autonomia, agindo por reflexão, decisão e juízo.

Esse conjunto de princípios e valores é usado para responder a três grandes perguntas da vida humana: Quero? Devo? Posso?

Há coisas que a pessoa quer, mas não deve. Há coisas que ela deve, mas não pode. Há coisas que pode, mas não quer.

A pessoa tem paz de espírito quando aquilo que ela quer é o que deve e o que pode. As vezes, aquilo que ela quer não é aquilo que ela deve; ou, aquilo que ela deve não é o que ela pode; ou, ainda, aquilo que ela pode não é o que ela quer, então, ela vive um conflito, que muitas vezes é um dilema.

A ética surge como fruto de um esforço do espírito humano para estabelecer princípios que iluminam a conduta das pessoas, dos grupos, das comunidades, dos países, segundo um critério de Bem e de Justiça.

Aristóteles, em sua obra *Ética*, diz que “toda a ação e eleição parecem tender a um bem. Por isso, definiu com toda a beleza o bem quem disse ser aquilo o que todas as coisas aspiram”. O fim das criaturas e das coisas é a perfeição e, portanto, o bem. O bem é que faz um ser perfeito, de acordo com sua natureza.

Para José Renato Nalini<sup>2</sup>, a ética aristotélica é uma teoria de virtudes e o mérito de Platão foi sistematizar o quadro das quatro virtudes denominadas cardeais, pois, sobre elas se baseia e se desenvolve toda a vida moral. A virtude é o hábito do bem. E o bem é o objeto dessas quatro virtudes: a *prudência*, como determinação racional do bem; a *justiça*, como o estabelecimento ou a instituição do bem; a *fortaleza*, que é a firmeza para aderir a ele; e a *temperança*, que é a moderação nos prazeres, para se afastar do mal.

A busca da felicidade é a luta pela concretização dos valores elencados como primordiais em cada existência.

João Baptista Herkenboff<sup>3</sup> estatui: “Por ética podemos entender todo o esforço do espírito humano para formular juízos tendentes a iluminar a conduta das pessoas, sob a luz de um critério de bem e de justiça”.

A ética procura alcançar o que é bom para o indivíduo e para a sociedade. Ela não surge espontaneamente. O Bem e a Justiça são uma busca constante...

### 3. Figuras afins

Miguel Reale<sup>4</sup>, na esteira dos ensinamentos do filósofo alemão Max Scheler, enuncia a ética do *dever pelo dever*, ou seja, uma *ética material de valores*. Nesse sentido, ela possui um conteúdo axiológico e toda e qualquer atividade humana, enquanto intencionalmente dirigida à realização de um valor, deve ser considerada conduta ética.

Segundo este autor, a ética pode ser vista sob dois aspectos diferentes. O primeiro aspecto está relacionado ao valor da *subjetividade do autor da ação* e, deste modo, se verifica a partir da consciência individual. Assim, o indivíduo age de acordo com a sua consciência. Não pode existir um ato moral forçado, pois este é fruto de uma vontade inerente ao indivíduo. A ética vista sob esse ângulo toma o nome de *moral*.

Há muita confusão acerca das distinções entre o que é ética e o que é moral, sendo que na linguagem comum e mesmo culta, ética e moral são tratados como sinônimos, razão pela qual se diz: “aqui há um problema ético” ou “um problema moral”. Porém, ética e moral não são sinônimos. A ética é parte da filosofia. Considera concepções de fundo, princípios e valores que orientam pessoas e sociedades. Uma pessoa é ética quando se orienta por princípios e convicções. Dizemos, então, que tem carácter e boa índole. A moral é parte da vida concreta. Trata da prática real das pessoas que se expressam por costumes, hábitos e valores aceitos. Uma pessoa é moral quando age em conformidade com costumes e valores estabelecidos que podem ser, eventualmente, questionados pela ética. Uma pessoa pode ser moral (segue costumes) mas não necessariamente ética (obedece a princípios).

O segundo aspecto reflete o valor da *coletividade* em que o indivíduo atua. Ou seja, quando a ação é analisada em função das relações sociais. Este é o domínio da política e do direito.

Ética, moral, política e direito, não obstante serem categorias diferentes, estão todas relacionadas às ciências da cultura e fazem parte integrante da conduta humana. Citando Osvaldo Ferreira de Melo<sup>5</sup>, “cabe à ética decidir qual seja a resposta sobre o que é moralmente correto; ao direito sobre o que seja racionalmente justo e à política, sobre o que seja socialmente útil”.

Nos termos da teoria do “mínimo ético”, tudo que é jurídico também é moral, no entanto, nem tudo que é moral pertence ao mundo

A ética procura alcançar o que é bom para o indivíduo e para a sociedade. Ela não surge espontaneamente. O Bem e a Justiça são uma busca constante...

jurídico. Ou seja, o direito seria um círculo concêntrico dentro do círculo da moral.

Não obstante as críticas que se fazem à teoria do mínimo ético, é inegável perceber que há muitas zonas de convergência entre normas jurídicas e morais. O direito seria uma parte da moral cercada de garantias específicas (sanção). Dessa forma, como ensina Clarissa Pereira Borges<sup>6</sup>, pode-se presumir que para a edição de uma norma jurídica, o legislador leva em conta as apreciações ou valorações sociais. Nesse sentido, as normas jurídicas, na maioria das vezes, contêm um forte conteúdo moral. Essa ideia de vinculação entre a ética e as normas jurídicas resulta da percepção de que o direito se acha ao serviço da realização da justiça.

Não se deve, igualmente, confundir ética com costume. Enquanto a ética exprime o ideal filosófico do bem e da justiça a ser prosseguido pelo ser humano no sentido de aperfeiçoamento pessoal e, a partir daí, coletivo, o costume nada mais é que o conjunto de práticas existentes no meio social que se reproduzem e repetem com caráter de obrigatoriedade. O costume é positivo se concordante com os ditames da lei, mas também pode ser contra a lei.

Não se deve também confundir ética com reputação. A ética, como referido, é o carácter do indivíduo, sua integridade. O que o indivíduo é, sem condicionantes externas. A reputação, por seu turno, é o indivíduo como é olhado pela sociedade.

A reputação tem a ver com a idoneidade e a aparência de idoneidade, tanto profissional quanto pessoal. No caso do juiz, o que importa mais não é o que um juiz faz ou não faz, mas o que os outros pensam que o juiz fez ou pode fazer. Por exemplo, um juiz que tem longas conversas privadas com um litigante em um caso pendente aparentará estar dando àquela parte uma vantagem, mesmo que de fato a conversa seja completamente sem relação ao caso. Já que o público espera um alto padrão de conduta por parte do juiz, ele deve, quando em dúvida sobre comparecer a um evento ou receber um presente, ainda que pequeno, fazer a seguinte pergunta: “Como isso poderá parecer aos olhos do público?”

## 4. Ética das profissões

Todas as profissões têm sua ética. Desde o motorista de táxi que sentado ouve uma conversa entre os ocupados. A ética dita a que faça segredo sobre o que ouviu. O ginecologista, que vê uma mulher nua em doença de foro embaraçoso e se obriga a não comentar com terceiras pessoas. O padre, que ouve a confissão e diante de aspectos incômodos vindos da sua ovelha guarda para si e Deus o teor revelado. O advogado que na defesa do seu cliente não vai atraiçoa-lo porque a outra parte hipoteticamente quer lhe oferecer mais dinheiro para abandonar essa causa.

Muitos autores definem a ética profissional como um conjunto de normas de conduta que deverão ser postas em prática no exercício de qualquer profissão<sup>7</sup>. É a ação reguladora da ética agindo no desempenho das profissões, que faz com que o profissional respeite seu semelhante no exercício da sua profissão.

A ética profissional estuda e regula o relacionamento do profissional com seus clientes, visando a dignidade humana e a construção do bem-estar no contexto sociocultural, em que exerce sua profissão, de modo que quando falamos de ética profissional, estamos a nos referir ao caráter normativo e até jurídico que regulamenta determinada profissão, a partir de estatutos e códigos específicos. As leis de cada profissão são elaboradas com o objetivo de proteger os profissionais, a categoria como um todo e as pessoas que dependem daquele profissional.

É hoje uma verdade inquestionável que a fase da escolha de uma profissão deve ser permeada pela reflexão sobre quais ações é necessário realizar quando do exercício da prática profissional.

A escolha de uma profissão é optativa, mas ao escolhê-la, o conjunto de deveres profissionais passa a ser obrigatório. Geralmente, quando a pessoa é jovem, escolhe sua carreira sem conhecer o conjunto de deveres que está prestes a assumir, tornando-se parte daquela categoria que escolheu.

## 5. Ética da magistratura

Ao completar a formação no nível superior, sobretudo em direito, a pessoa faz um juramento, que significa sua adesão e seu comprometimento com o grau acadêmico alcançado. No mesmo sentido, ao ingressar na magistratura, a pessoa faz um juramento em compromisso de honrar e servir fielmente a categoria profissional em que formalmente ingressa. Isto caracteriza o aspecto moral da chamada ética profissional.

Ensina Baptista Herkenhoff<sup>8</sup> que a ética do magistrado é mais que uma ética profissional, a magistratura é mais que uma profissão. A sociedade exige dos magistrados uma conduta exemplarmente ética. Atitudes que podem ser compreendidas, perdoadas ou minimizadas, quando são assumidas pelo cidadão comum, são absolutamente inaceitáveis quando partem de um magistrado.

No mesmo sentido situa-se Nancy Andrighi<sup>9</sup>, para quem, ao ser investido nas funções jurisdicionais, o juiz agrega ao seu ser a responsabilidade da imagem da instituição que representa, de sorte que a imagem do homem-juiz, no ser, no estar e no participar, sempre estará de maneira indissolúvel e permanente associada à do Poder Judiciário. O juiz é um espelho social onde o jurisdicionado se observa e encontra justificção para agir de tal e qual forma, isto porque, no seu modo de ver crítico, é permitido concluir que “se o juiz assim age, mais do que nunca eu, que sou um simples cidadão, posso fazê-lo”.

Os juízes representam, para a sociedade, modelos de cidadãos que devem encarnar o referencial maior da justiça pela qual anseiam todos os homens, razão pela qual deles se espera e se exige um comportamento segundo os padrões éticos que enriquecem o espírito humano.

Está, de todo, cristalizado em nossa cultura a ideia do juiz como um super-homem, intangível, dotado de poderes quase sobrenaturais, posicionado acima do bem e do mal. Isso porque ele exerce uma profissão superior, que de certo modo encerra atributos do próprio Deus.

A propósito, disse Carnelutti:

No mais alto da escala está o juiz. Não existe um ofício mais elevado que o seu, nem uma dignidade mais imponente. Os juízes são como

os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quer que os crentes percam a fé.

É preciso, porém, relativizar a ideia grandiosa que se tem do juiz, porquanto, de certa forma, não traduz a realidade do ser humano fático, limitado, frágil e que se expõe às mesmas vicissitudes de que padecem seus concidadãos. Diz que a simples investidura no cargo não o transforma, e a beca, por si só, não é capaz de torná-lo imaculado.

Os principais deveres e preceitos éticos da magistratura são encontrados na Constituição da República, no Estatuto dos Magistrados Judiciais e nos códigos de processo. Também relevam outros instrumentos jurídicos que cuidam da probidade do servidor público.

Com as normas éticas aplicáveis aos magistrados, procura-se fortalecer a confiança da sociedade no sistema da administração da justiça, conferindo legitimidade às decisões tomadas pelo juiz.

## 6. Deveres do juiz

Ao integrar-se na carreira, o juiz assume o compromisso de se comportar de acordo com os instrumentos de ética e disciplina, adotando um estatuto ético, não inteiramente codificado, mas não menos cogente.

Compulsando a Constituição da República está expresso o princípio de que “No exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à lei”<sup>10</sup>.

Este é o princípio orientador da atuação do juiz; a submissão aos ditames da lei e da sua consciência<sup>11</sup>.

A mesma Constituição dá dignidade fundamental e exclusividade na prestação jurisdicional, conquanto

Os Magistrados Judiciais, em exercício, não podem desempenhar quaisquer outras funções públicas ou privadas, exceto a atividade de docente ou de investigação jurídica ou outra de divulgação e publicação científica, literária, artística e técnica, mediante prévia autorização do Conselho Superior da Magistratura Judicial<sup>12</sup>.

É, porém, no Estatuto dos Magistrados Judiciais<sup>13</sup>, onde estão fixados os deveres do juiz, subsumíveis em princípios deontológicos. Entre eles, encontramos os deveres relativos ao ingresso na carreira da magistratura, os critérios de promoção e progressão, a dedicação exclusiva à profissão, a imparcialidade e a igualdade de atenção no exame das causas, a abstenção política, a fundamentação das decisões, a proibição de evocação da sua qualidade para benefícios privados e a proibição de recebimento de contribuições pecuniárias de pessoas físicas ou jurídicas, em razão da função.

Professor Juan Carlos Mendoza<sup>14</sup> procurou enunciar um Código de Ética Judicial, colocando a tônica nas seguintes características a serem prosseguidas por um juiz:

- 1. Honestidade** – O conteúdo necessário do direito são os valores morais, pelo que não se pode conceber um ordenamento jurídico que não responda a um princípio ético. Para que a autoridade possa aplicar-se aos homens, a honestidade é o primeiro e essencial do ministério a ser guia orientador do juiz.
- 2. Sobriedade** – é um valor que perpetua na vida privada e profissional do juiz. Como critério orientador das decisões e do equilíbrio de alma, a sobriedade é uma exigência da função a partir da qual se alcança o respeito pelos semelhantes.
- 3. Paciência** – exprime a parte mais sensível e humana da missão de julgar. Permite aferir que quem vai ao tribunal em busca da justiça, pelas atribulações e ansiedades que leva, deve encontrar no julgador um homem que o compreenda como semelhante.
- 4. Trabalho** – o juiz deve se esforçar em alcançar um ideal de justiça rápido, emprestando o estudo. Impõe-se que trabalhe no pleito mais insignificante com a mesma dedicação aplicável ao pleito mais importante, considerando sempre que o que está em jogo é a própria Justiça.
- 5. Imparcialidade** – da mesma forma que o litigante luta pelo seu direito, o juiz deverá lutar pela justiça. Não se deixa o juiz levar pelas simpatias, antipatias, conveniências ou paixões, nem por temor ou misericórdia. A imparcialidade significa a coragem de de-

cidir contra os poderes, mas também o valor muito maior de decidir contra o fraco.

**6. Respeito** – o respeito deverá traduzir a enlevação da dignidade alheia e da própria dignidade. O respaldo nos atos e palavras. Todo o direito é dignidade. Está dirigido à dignificação da pessoa humana e não pode conceber esvaziado dela. O juiz deve estar consciente da imensa responsabilidade do seu ministério e da enorme força que a lei põe nas suas mãos.

**7. Justiça** – a procura constante pela justiça serve de guia orientador do juiz no exercício das suas funções. Antes de mais, vai o juiz, nos conflitos, verificar onde está a Justiça. De seguida, deverá fundamentá-la no direito. Do ponto de vista técnico, há que fazer um esforço para que a verdade formal coincida com a verdade real e para que a decisão seja a expressão viva de ambas.

**8. Amar o direito** – se a advocacia é um nobre apostolado que exige um profundo amor ao direito, a magistratura é um apostolado mais nobre ainda, isento de enganos e refúgios, que exige para o direito uma devoção maior porque não dará triunfos nem riquezas.

**9. Independência** – os fundamentos de atuação jurisdicional hão-de vir necessariamente da lei e da consciência do julgador. O juiz deve estar independente de outros poderes ou forças que possam condicionar a sua atuação.

**10. Defesa da liberdade** – considerando o fim lógico para que foi criada a ordem jurídica, que é a defesa da justiça, cujo conteúdo essencial é a defesa da liberdade, o juiz deve agir considerando sempre essa premissa.

Defender a liberdade não é fazer política, senão preservar a saúde da sociedade e o destino das instituições que a justificam.

Os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial sintetizam nos valores de independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência os pilares de afirmação da ética judicial. Os caracteres referidos consagram não só a integridade e honorabilidade pessoal dos juízes, mas, igualmente, padrões de comportamento a serem seguidos. Reforçando esses padrões, agudiza-se a crença no sistema.

## 7. Desvios éticos e corrupção

Os juízes, assim como os demais seres humanos, estão sujeitos a paixões humanas. A diferença consiste no fato de que, pela sua posição e relevante função no Estado e na sociedade, os magistrados esforçam-se por manter sua conduta dentro de um padrão ético, cujas regras vêm positivadas no Estatuto dos Magistrados Judiciais, leis de organização judiciária e nos códigos de processo.

A verdade é que, de quando em vez, deparamo-nos com algum magistrado, tanto em tribunal de 1ª instância, como em tribunal superior, que foge ao padrão ético esperado.

Antônio Lima<sup>15</sup> chega a afirmar que:

Os motivos que levam o magistrado ao desvio ético podem ser: 1) de ordem econômica, nem sempre em proveito próprio ou de seus familiares, mas, por simpatia às classes abastadas (bancueiros, usineiros, fazendeiros, industriais, empresários do ensino e do setor de transportes); 2) de ordem social, para demonstrar prestígio, marcar presença na mídia e inflar o próprio ego; 3) de ordem política, quando atua dentro do Judiciário, como a longa manus do Poder Executivo de um partido com quem tenha afinidade ideológica.

No meio forense são conhecidos os fazendários, apelido que se dá aos juízes que sempre decidem e votam a favor da Fazenda Pública, ainda que a razão esteja com a parte contrária.

Há, também, os juízes adeptos do direito alternativo, caminho que pode levar ao arbítrio e à colisão com o princípio da segurança jurídica, que em nome dos “novos tempos” mas, sem poder legisferante para tanto e fazendo tabula rasa da separação dos poderes, derrogam a lei, como, por exemplo, a que protege a família, deixando de aplicá-la.

A possibilidade de ganho pecuniário, material ou imaterial, constitui nas mais das vezes a moeda de troca que os agentes, sob a capa de juiz, usam em troca de uma decisão judicial.

A corrupção, entendida como utilização do poder ou autoridade para conseguir obter vantagens e fazer uso das oportunidades públicas para o interesse próprio, de um integrante da família ou amigo, é das maiores calamidades do setor público moçambicano, incluindo o judiciário<sup>16</sup>.

Constitui dever do magistrado, nos termos do artigo 39º, n. 2, alínea a) do Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ), aprovado pela Lei 7/2009, de 11 de março, “desempenhar a sua função com honestidade, seriedade, imparcialidade e dignidade”.

Conjugando este dever com o vertido no artigo 45.º, n.º 2, alínea h) do Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado, aprovado pela Lei 10/2017, de 1 de agosto, aplicável por força do artigo 147.º do EMJ, resulta que o juiz está vedado de “utilizar o poder conferido pela função nem a influência dele derivado para obter vantagens pessoais, proporcionar favores ou benefícios indevidos a terceiros”.

O artigo 9.º da Lei da Proibidade Pública, aprovada pela Lei 16/2012, de 14 de agosto, prescreve que “o servidor público observa os valores de boa administração e honestidade no desempenho da sua função, não podendo solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, direta ou indiretamente, quaisquer presentes, empréstimos, facilidades ou quaisquer ofertas que possam pôr em causa a liberdade da sua ação, a independência do seu juízo e a credibilidade e autoridade da administração pública, dos seus órgãos e serviços.”

Destes comandos resulta que qualquer enriquecimento obtido neste jaez é ilícito, expressando o mais alto grau de desvio das regras ético-deontológicas.

O servidor público observa os valores de boa administração e honestidade no desempenho da sua função, não podendo solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, direta ou indiretamente, quaisquer presentes, empréstimos, facilidades ou quaisquer ofertas que possam pôr em causa a liberdade da sua ação

Uma forma relacionada de comportamento corrupto frequentemente mencionada é o tráfico de influência. Esta conduta é iniciada com mais frequência por pessoas influentes, tanto do setor privado quanto público, bem como pessoas comuns que contam com laços políticos ou familiares ou redes de colegas de estudo, bem como entre membros do poder judiciário. Durante processos judiciais, juízes, advogados e escrivães podem ser abordados para influenciar o resultado do caso, postergá-lo ou acelerá-lo, retirar acusações ou influenciar o veredito final do juiz. Uma vez que uma decisão tiver sido proferida, os advogados poderão ser subornados para não recorrer.

Os funcionários dos tribunais normalmente são mal pagos ou pelo menos recebem significativamente menos que juízes ou advogados, o que aumenta potencialmente os incentivos ao comportamento antiético.

Os juízes, individualmente, poderão aceitar ou exigir subornos de figuras políticas, advogados, litigantes ou outros agentes externos de modo a adulterar um caso ou conceder acesso a serviços jurídicos de outra forma não concedido.

Os advogados podem desempenhar um papel ativo na corrupção. Por exemplo, os advogados podem exigir que seus clientes paguem honorários adicionais para que eles, por sua vez, possam subornar um ou mais profissionais jurídicos para influenciá-los indevidamente a favorecer o interesse de seu cliente. Advogados também poderão eles mesmos aceitar subornos para manipular casos ou cobrar “honorários” adicionais para agilizar ou postergar casos ou para direcionar clientes a juízes conhecidos por receber subornos para proferir decisões favoráveis. Em outras situações, o papel dos advogados é mais passivo ou cúmplice, por exemplo, quando são coagidos a certo tipo de comportamento ao serem confrontados com ameaças à sua reputação.

Os funcionários judiciais ou de regime geral atuam em papéis fundamentais ao garantir um processo judicial tranquilo, ao mesmo tempo em que também mantêm um perfil discreto. Eles também podem desempenhar um papel fundamental ao se envolverem em irre-

gularidades no processo judicial. Poderão surgir vários riscos característicos de funcionários de tribunais: escrivães e assistentes jurídicos normalmente têm acesso direto e em grande parte não controlado a documentos relevantes, como evidências, relatórios, decisões judiciais e assim por diante.

Os funcionários dos tribunais normalmente são mal pagos ou pelo menos recebem significativamente menos que juízes ou advogados, o que aumenta potencialmente os incentivos ao comportamento antiético. As oportunidades de corrupção dos funcionários de tribunais podem estar relacionadas a processos judiciais e a administração de processos. Por exemplo, muitos têm a oportunidade de adulterar o processo judicial ao aceitar suborno para perder ou alterar arquivos deliberadamente, influenciar a administração de processos ou permitir a acesso a decisões judiciais antes que sejam oficialmente disponíveis para comunicação. Eles também poderão solicitar subornos para manipular atas, bem como para forjar números ou favorecer empresas de seguro específicas com relação à prestação de caução.

Alguns estudos de processos publicados sugerem que funcionários de tribunais ainda podem atuar como intermediários de juízes e/ou advogados e solicitar ou fingir solicitar subornos em seu nome. Visando benefícios individuais, eles poderão ser tentados a cobrar honorários não autorizados por serviços de tribunais ou inflar taxas administrativas existentes e poderão extorquir dinheiro para trabalhos que devem fazer de qualquer forma.

## **8. Responsabilidade disciplinar**

O juiz, como conhece bem as técnicas de julgar, pode se aparelhar para abusar do direito ou abusar do seu poder.

Importa, neste propósito, distinguir entre o juiz instituição e o juiz indivíduo, sendo que a instituição ou o sistema não claudicam, mas a pessoa por trás do papel social do juiz.

A própria instituição deve criar mecanismos para repreender o juiz, indicando-lhe o caminho certo a seguir ou, se se justificar, fazer cessar o seu vínculo com o Estado.

Atento ao que dispõe o artigo 220.º da Constituição, percebe-se que os desvios éticos cometidos devem ser apurados e punidos pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial, em cumprimento da sua missão institucional de controlar administrativa e disciplinarmente o poder judicial e aperfeiçoar o serviço público na prestação da Justiça.

O artigo 128.º, n.º 1 do EMJ, estatui que “o Conselho Superior da Magistratura Judicial é o órgão de gestão e disciplina dos magistrados judiciais”.

A opção por um modelo de autogoverno do poder judicial tem como significado a libertação da condução dos assuntos judiciais da esfera do poder executivo, colocando-a fora do seu controle e o reforço da independência quer no plano externo, quer no plano interno, diminuindo o poder hierárquico das jurisdições superiores.

O Conselho Superior da Magistratura é composto pelo presidente e pelo vice-presidente do Tribunal Supremo, dois membros designados pelo presidente da República, cinco membros eleitos pela Assembleia da República, sete juizes de diversas categorias e funcionários da justiça (artigo 221.º, n.º 1, da Constituição).

Cabe ao Conselho Superior da Magistratura Judicial, entre outras, nos termos do artigo 222.º, alínea *a*), da Constituição, exercer a ação disciplinar sobre os magistrados judiciais.

As penas disciplinares variam de advertência, multa, despromoção, demissão até a expulsão (artigo 64.º do EMJ). A pena de expulsão é aplicada, entre outros, a casos de corrupção do juiz, implicando a impossibilidade de ser provido em quaisquer funções ou cargos no Estado durante oito anos<sup>17</sup>.

## Conclusão

A escolha por uma profissão inclui a reflexão prévia acerca dos compromissos éticos que deverão ser honrados em face da categoria profissional eleita. Aquele que busca apenas ter um bom emprego, estabilidade e alto salário não deve optar pela magistratura – carreira de elevada importância para o estado democrático de direito. O juiz deve

estar na magistratura por vocação, pois a sociedade sempre exigirá dele uma conduta exemplarmente ética, pautada no referencial maior da justiça que todos anseiam. Por essa razão, o “homem-juiz” deve ter princípios sólidos e integridade preservada, além da consciência de que carregará consigo a responsabilidade de ter a sua imagem de maneira indissolúvel e permanente associada à instituição que representa.

A ambição, que faz a humanidade crescer, lícita é ao magistrado, porém da ganância – mecanismo de apodrecimento ético – deve ele se afastar, bem como não deve ser seduzido pela ética capitalista vigente, esta que prega que bom é o que permite acumular mais com menos investimento e no menor tempo possível.

A corrupção no sistema judicial tem um impacto expressivo sobre os cidadãos e pode comprometer seriamente a legitimidade e estabilidade de instituições democráticas. Cabe ao juiz obstar cair em tentação, mas também ao Estado evitar colocá-lo em uma situação de vulnerabilidade. É necessário proteger os profissionais jurídicos – e outros – da influência indevida de qualquer natureza no cumprimento de suas funções, ao mesmo tempo em que se promovem mecanismos de monitoramento e transparência adequados para garantir que a conduta jurídica adira aos mais altos padrões de imparcialidade e justiça.

A integridade jurídica é de suma importância, porquanto um processo judicial justo e imparcial pode ser considerado uma pré-condição para que uma governação governança e medidas de proteção de combate à corrupção tenham efeito.

No nível da sociedade, a integridade do sistema judicial de um país também tem uma função preventiva e catalisadora: profissionais jurídicos imparciais que garantem que o devido processo legal seja respeitado para deixar claro que irregularidades são punidas, comba-

Não devemos nos preocupar com os juízes corruptos porque estes são a minoria. Preocupemo-nos, antes, com os juízes probos, cujos exemplos deverão se estender para toda a classe de profissionais jurídicos e judiciários, influenciando-os

tem, assim, não só a corrupção dentro do sistema judicial, mas também em todos os níveis da sociedade.

Não devemos nos preocupar com os juízes corruptos porque estes são a minoria. Preocupemo-nos, antes, com os juízes probos, cujos exemplos deverão se estender para toda a classe de profissionais jurídicos e judiciários, influenciando-os.

O apelo que se deixa aos juízes é que façam como diz Gandhi: “Que sejam a mudança que querem ver no mundo”.

## Notas

1. Carlos Pedro Mondlane. Juiz de Direito. Mestre em Direito. Presidente da Associação Moçambicana de Juízes.
2. In José Renato Nalini, *Uma nova ética para o juiz*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 87.
3. João Baptista Herkenhoff, *Ética para um mundo melhor – vivência, experiência testemunhos*, Thex Editora, Rio de Janeiro, 2001. p. 11.
4. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 27ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 37.
5. Osvaldo Ferreira de Melo, *Fundamentos da política jurídica*, 1ª. ed., Fabris editor, Porto Alegre, 1994, p. 58-59.
6. Clarissa Pereira Borges, *A ética do juiz: análise aprofundada sobre o texto ético geral e profissional de José Renato Nalini*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55071&seo=1>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
7. Neste sentido, José Soares Filho, *Deontologia da Magistratura*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24992-24994-1-PB.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019 e Cristiane Yuka, *Ética Profissional*. Disponível em: <<http://professorbacchelli.spaceblog.com.br/r10583/Etica-Geral-e-Profissional/>>. Acesso em: 30 mar. 2019.
8. João Baptista Herkenhoff, *Ética dos magistrados: A sociedade exige uma conduta exemplar*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-06/sociedade-exige-magistrados-conduta-exemplarmente-etica>>. Acesso em: 29 mar. 2019.
9. In <[http://www.researchgate.net/publication/28766115\\_A\\_tica\\_na\\_Magistratura](http://www.researchgate.net/publication/28766115_A_tica_na_Magistratura)>. Acesso em: 29 mar. 2019.
10. Artigo 217, n. 1 da CRM.
11. Esta sujeição do juiz à lei e à consciência constitui a primeira garantia de independência do sistema judicial vista no plano interno.

12. Artigo 219
13. Em Moçambique, o EMJ foi aprovado pela Lei n. 7/2009, de 11 de Março
14. In José Renato Nalini, *Uma Nova Ética para o Juiz*, Revista dos Tribunais, *op. cit.*, pp. 93-95
15. Antônio Sebastião de Lima, *Ética e jurisprudência*. Disponível em: <[http://members.tripod.com/Minha\\_Tribuna/art30.htm](http://members.tripod.com/Minha_Tribuna/art30.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2019.
16. O Presidente da República, Filipe Jacinto Nyusi, proferiu no dia 13 de outubro de 2017, o discurso “Por uma administração pública íntegra, contra a corrupção e orientada para resultados” por ocasião de uma reunião nacional com os membros dos conselhos consultivos dos ministérios e convidados. A verdade é que, a grosso modo, Moçambique não tem estado a melhorar nos índices de percepção da corrupção da Transparência Internacional. Dados de 2018 colocam o país na posição 165 em 185 países, sendo que face a igual período do ano transato caiu 4 posições.
17. Assim, artigo 94.º, n.º 1, alínea f) do EGFAE, aplicável por força do artigo 147.º do EMJ.

## Referências

- ANDRIGHI, Nancy, *A ética na magistratura*. Disponível em: <[http://www.researchgate.net/publication/28766115\\_A\\_tica\\_na\\_Magistratura](http://www.researchgate.net/publication/28766115_A_tica_na_Magistratura)>. Acesso em: 29 mar. 2019.
- BORGES, Clarissa Pereira. *A ética do juiz: análise aprofundada sobre o texto ética geral e profissional de José Renato Nalini*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 Jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55071&seo=1>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*, Editora UnB Brasília, 2008.
- FILHO, José Soares. *Deontologia da Magistratura*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24992-24994-1-PB.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Ética dos magistrados: A sociedade exige uma conduta exemplar*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-06/sociedade-exige-magistrados-conduta-exemplarmente-etica>>. Acesso em: 29 mar. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Ética para um mundo melhor – vivência, experiência testemunhos*, Thex Editora, Rio de Janeiro, 2001.
- INICIATIVA DE INTEGRIDADE JURÍDICA DA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Sistemas judiciais e Corrupção*, Basel Institute of Governance, s/l, 2016.

- LIMA, Antônio Sebastião de. *Ética e jurisprudência*. Disponível em: <[http://members.tripod.com/Minha\\_Tribuna/art30.htm](http://members.tripod.com/Minha_Tribuna/art30.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2019.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, 1ª. ed., Fabris editor, Porto Alegre, 1994.
- NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.
- REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, 27ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2005.
- SOARES, José, *Deontologia da Magistratura*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24992-24994-1-PB.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2019.
- YUKA, Cristiane, *Ética Profissional*. Disponível em <<http://professorbacchelli.spaceblog.com.br/r10583/Etica-Geral-e-Profissional/>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

# A questão da legitimidade passiva nas ações de condomínio

**Carlos Henrique Licheski Klein<sup>1</sup>**

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau do Tribunal de Justiça do Paraná

**Alice Kelly de Meira Barros<sup>2</sup>**

Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná

## 1. Introdução

O PRESENTE ARTIGO SE ORIGINA DA ATIVIDADE JUDICANTE e das dificuldades encontradas para estabelecer, com precisão, a responsabilidade pelo pagamento de despesas de condomínio, em especial, tomando em consideração a jurisprudência conflitante, mesmo ante o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.345331/RS, representativo de controvérsia, que, na opinião deste julgador, acrescenta dificuldade ao tema, olvidando a primazia do interesse coletivo, que sempre orientou julgados sobre a questão.

Para apresentação do voto e do estudo, houve a imprescindível colaboração de minha assessoria, com a qual divido a responsabilidade pelas conclusões e pela subscrição do artigo, estendendo aos demais membros de meu gabinete – do passado e os atuais –, o agradecimento pela sempre inestimável colaboração.

Sem me alongar em demasia com notas introdutórias, cumpre dizer que uma das principais consequências do fenômeno da urbanização é, sem dúvida, o surgimento dos conjuntos habitacionais e comerciais, notadamente sob a forma de edifícios verticais, na medida em que, além de segurança e praticidade, comportam maior número de indivíduos

por m<sup>2</sup>, amenizando os efeitos negativos do *superávit* populacional nos grandes centros<sup>3</sup>.

Nas últimas décadas, o mercado imobiliário ocupou lugar de destaque na economia nacional, o que se atribui, precipuamente, às vantagens oferecidas por programas governamentais de incentivo à aquisição da casa própria, como financiamentos e arrendamentos a longo prazo, juros baixos e outras espécies de subsídio, em sua maioria direcionadas à população de baixa renda<sup>4</sup>. As migrações temporárias para fins profi-

O abrandamento das penalidades aplicáveis ao condômino devedor, em especial, a limitação da multa moratória a 2% sobre o valor da dívida (art. 1.336, § 1º do CC), foi uma das principais causas do aumento da inadimplência

fissionais e estudantis, por sua vez, intensificaram a busca por contratos de aluguel<sup>5</sup>.

Assim, é cada vez mais comum o exercício independente da posse e da propriedade sobre os imóveis e, diretamente proporcionais à multiplicação dos condomínios edilícios, são as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno das obrigações nascidas desta relação, em especial, do pagamento das cotas condominiais, dada sua importância para a subsistência do ente coletivo.

Muito se discute quanto à natureza jurídica da contribuição para o rateio das despesas mensais ordinárias e extraordinárias – se obrigação *propter rem* ou ônus real –, bem como a responsabilidade pelo encargo e, sob o aspecto processual, os limites patrimoniais à satisfação do crédito.

Aludidos temas serão enfrentados neste trabalho, com base em duas hipóteses recorrentes no cotidiano forense, quais sejam, as *promessas de compra e venda* e os *contratos de alienação fiduciária em garantia*. O estudo terá por objeto julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça e sua repercussão no tribunal paranaense, revisando-se, simultaneamente, a disciplina legal e a bibliografia especializada sobre a matéria.

## 2. Antecedentes normativos e doutrinários

Até a publicação do Código Civil de 2002, o condomínio em edificações era tratado com exclusividade pela Lei 4.591/64, inexistindo regulamentação específica no diploma legal revogado.

Em linhas gerais, mantiveram-se os preceitos consagrados na referida lei, com as adaptações necessárias frente às mudanças sociais e econômicas das últimas décadas do século 20, a exemplo da responsabilização do adquirente pelos encargos condominiais deixados pelo alienante (art. 1.345 do CC) – tal como dispunha o art. 4º, parágrafo único, da Lei 4.591, em sua redação original –, no intuito de resguardar o direito de sequela.

Digno de nota, sob a influência do Código de Defesa do Consumidor, o abrandamento das penalidades aplicáveis ao condômino devedor, em especial, a limitação da multa moratória a 2% sobre o valor da dívida (art. 1.336, § 1º do CC), foi uma das principais causas do aumento da inadimplência.

Nesse sentido:

Como se temia, houve preocupante aumento do nível de inadimplência, com graves prejuízos para os demais condôminos, que são obrigados a cobrir o déficit provocado pela mora de um deles, pois não é possível deixar de pagar as despesas comuns, como os salários dos empregados, conservação de elevadores, consumo de água e tudo mais que é indispensável para a normalidade da vida condominial.<sup>6</sup>

Dito isto, seguindo o raciocínio exarado no artigo 9º da Lei 4.591, prevê o art. 1.334 do atual diploma civil que a cota proporcional a cada unidade autônoma e a forma de pagamento das contribuições ordinárias e extraordinárias serão estipuladas na convenção condominial, *equiparando-se* aos proprietários, neste aspecto, os promissários compradores e os cessionários de direitos relativos aos imóveis.

A respeito do alcance da norma, os comentários do ministro Luiz Edson Fachin:

Prevê o § 2º do art. 1.334, por derradeiro, que se equiparam aos proprietários, para efeitos do artigo em comento, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas. Isso implica dizer que, ao referir-se ao “condômino”, não está o dispositivo legal pretendendo *restringir* sua eficácia àquele que já adquiriu a unidade autônoma por meio da competente transcrição, mas sim, *estender* seus efeitos àqueles que figuram na condição de promitente comprador ou cessionário de cada uma das unidades autônomas.<sup>7</sup>

E, acrescenta J. Nascimento Franco:

O vocábulo ‘condômino’ abrange também o promitente comprador e o cessionário de direitos relativos às unidades autônomas (art. 1.334, § 2º, do Código Civil), bem como, por analogia, o usufrutuário, o nu-proprietário, o fiduciário, ou qualquer outro titular de direito à aquisição das unidades autônomas do edifício.<sup>8</sup>

Na mesma linha, em excerto reportado do voto condutor do recurso repetitivo 1.345.331/RS (p. 7), a seguinte lição:

A doutrina não vacila ao afirmar que ‘o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para o pagamento das despesas indispensáveis e inadiáveis, podendo o credor escolher o que mais prontamente poderá cumprir com a obrigação, ficando ressalvado ao adquirente o direito de interpor ação regressiva em face do alienante, a fim de reaver tais valores, sob pena de enriquecimento sem causa por parte deste.’<sup>9</sup>

As discussões concernentes à titularidade dos débitos condominiais partem, em regra, da polêmica em torno de sua natureza jurídica: se obrigação *propter rem* ou ônus real, sem descuidar, por certo, o sentimento de injustiça que eventualmente se pode nutrir, considerando que a cobrança se volta contra aquele que, querendo se desvincular do imóvel e respectivas obrigações, o prometeu a terceiro.

O terceiro, é certo, frui da coisa, sendo, em princípio, razoável e justo que responda pelas obrigações decorrentes. Mas, não se pode olvidar que o condomínio não pode ser penalizado pelos riscos do negócio celebrado pelo proprietário do imóvel, nem compelido ao permanente acompanhamento da situação jurídica do ajuste para, então, direcionar a cobrança e alcançar o bem que, em última instância, na prática, acaba respondendo pela dívida.

Voltando ao tema proposto, os fundamentos que denotam o *caráter híbrido* das obrigações *propter rem* são abordados de maneira irretocável por Caio Mário da Silva Pereira:

*A obligatio propter rem* somente encorpa-se quando é acessória a uma relação jurídico-real, ou se objetiva numa prestação devida ao titular do direito real, nesta qualidade (*ambulat cum domino*). E o equívoco dos que pretendem definir a obrigação *propter rem* como pessoal é o mesmo dos que lhe negam a existência, absorvendo-a na real. Ela é uma obrigação de caráter misto, pelo fato de ter como a *obligatio in personam* objeto, consistente em uma prestação específica; e como a *obligatio in re* estar sempre incrustada no direito real.<sup>10</sup>

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, lista significativas diferenças entre o instituto e os ônus reais:

Embora controvertida a distinção entre ônus reais e obrigações *propter rem*, costumam os autores apontar as seguintes diferenças: a) a responsabilidade pelo ônus real é limitada ao bem onerado, não respondendo o proprietário além dos limites do respectivo valor, pois é a coisa que se encontra gravada; na obrigação *propter rem* responde o devedor com todos os seus bens ilimitadamente, pois é este que se encontra vinculado; b) os primeiros desaparecem, perecendo o objeto, enquanto os efeitos da obrigação *propter rem* podem permanecer, mesmo havendo perecimento da coisa; c) os ônus reais implicam sempre uma prestação positiva, enquanto a obrigação *propter rem* pode surgir como uma prestação negativa; d) nos ônus reais, a ação cabível é de natureza real (*in rem scriptae*); nas obrigações *propter rem*, é de índole pessoal.<sup>11</sup>

E, complementa Sílvio de Salvo Venosa:

Vimos ser bastante controvertida a distinção entre ônus real e obrigação real. Apontamos, contudo, que no ônus real a responsabilidade é limitada ao bem onerado, ao valor deste, enquanto na obrigação *propter rem* o devedor responde com seu patrimônio em geral, sem limite. O ônus desaparece, esvaindo-se seu objeto. Por outro lado, os efeitos da obrigação reipersecutória podem permanecer, enquanto não satisfeita, ainda que desaparecida a coisa. Apontamos também como diferença que o ônus real se apresenta sempre como obrigação positiva, enquanto a obrigação real pode surgir como obrigação negativa.<sup>12</sup>

Partindo desse raciocínio, a obrigação *propter rem* diz respeito, exclusivamente, à relação jurídica estabelecida entre o *proprietário* e a *coisa*, de modo que, reconhecida sua condição de devedor, responderá pela dívida com todo o seu patrimônio e não apenas com o imóvel que originou o débito, embora isto seja o mais recorrente nas demandas de condomínio. Já os ônus reais de garantia impõem à *coisa*, e *somente a ela*, o gravame de responder pela obrigação, qualquer que seja a titularidade.

A confusão entre os institutos é ordinária, e tem implicações diretas nas ações condominiais, notadamente na fase satisfativa, como pontua Eduardo Sarmiento Filho:

Costuma-se afirmar, também equivocadamente, que ‘a unidade condominial sempre responde pelo débito em razão de sua natureza *propter rem*’. Essa afirmação tornou-se verdadeiro dogma, sendo feita, inclusive, pelos especialistas na matéria e pelas altas cortes brasileiras, apesar da inexistência de previsão legal nesse sentido. Provavelmente tenha contribuído para isto o fato de haver confusão entre os conceitos de ônus real, direito real de garantia e obrigação *propter rem*, mas também o fato de que a unidade autônoma é, normalmente, alienada em hasta pública para pagar a dívida (isto porque integra o patrimônio do devedor e não porque seja a dívida garantida pela coisa). Recorrendo à lição de Messineo e Torrente, Maria Helena Diniz, ao cuidar da distinção entre obrigação *propter rem* e o ônus real, ensina

que ‘na obrigação *propter rem* é a pessoa que se encontra vinculada, respondendo, portanto, o devedor com todos os seus bens’, asseverando que somente responde a coisa quando se estiver diante de um ônus real.<sup>13</sup>

Do breve apanhado, extraem-se relevantes conclusões, sobretudo, que o dever de participar do rateio das despesas do condomínio advém da lei e independe da vontade do condômino ou de quem lhe faça as vezes (*elemento pessoal*), pressupondo, ademais, o exercício de direito real sobre a unidade (*elemento real*), qualidades inerentes às obrigações *propter rem*.

### 3. Estudo de caso – promessa de compra e venda

Não obstante o legislador de 1964 já consignasse expressamente que o adimplemento das taxas condominiais incumbe *tanto ao proprietário quanto ao possuidor* do imóvel, os parâmetros desta responsabilidade eram indefinidos, oscilantes, até meados de 2015, quando do julgamento do REsp 1.345.331/RS pela Segunda Seção do STJ, de acordo com a metodologia do art. 543-C do diploma processual de 1973.

No acórdão, relatado pelo ministro Luís Felipe Salomão, foram consolidadas as seguintes teses:

- a) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação;
- b) Havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto;
- c) Se ficar comprovado que o promissário comprador se imitira na posse e que o condomínio teve ciência inequívoca da transação,

afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador.<sup>14</sup>

Vislumbrando as condições delimitadas no precedente, o tribunal da cidadania tem reconhecido a *ilegitimidade passiva* do promitente vendedor em diversas ações de cobrança de taxas condominiais<sup>15</sup>. Na mesma linha, segue o Tribunal de Justiça do Paraná<sup>16</sup>.

No entanto, tendo integrado aquele quórum, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino buscou elucidar o paradigma enquanto relator do REsp 1.442.840/PR, alertando que, ao contrário do que a leitura apresada da ementa pudesse sugerir, a Seção Cível não afastou a responsabilidade do promitente vendedor pelos débitos executados naqueles autos, mesmo com a ciência inequívoca do condomínio quanto à imissão na posse da unidade devedora pelo pretense comprador.

Imperioso reproduzir o teor da ementa, que demonstra a pertinência da questão:

Recurso especial. Civil e processual civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Débitos condominiais posteriores à imissão na posse. Responsabilidade do vendedor e do comprador. Imputação do débito ao comprador. Caráter 'propter rem' da obrigação. Interpretação do RESP 1.345.331/RS, julgado pelo art. 543-C do CPC. 1. Controvérsia acerca da responsabilidade do promitente vendedor (proprietário) pelo pagamento de despesas condominiais geradas após a imissão do promitente comprador na posse do imóvel. 2. Caráter 'propter rem' da obrigação de pagar cotas condominiais. 3. Distinção entre débito e responsabilidade à luz da teoria da dualidade do vínculo obrigacional. 4. Responsabilidade do proprietário (promitente vendedor) pelo pagamento das despesas condominiais, ainda que posteriores à imissão do promitente comprador na posse do imóvel. 5. Imputação ao promitente comprador dos débitos gerados após a sua imissão na posse. 6. Legitimidade passiva concorrente do promitente vendedor e do promitente comprador para a ação de cobrança de débitos condominiais posteriores à imissão na posse. 7. Preservação da garantia do

condomínio. 8. Interpretação das teses firmadas no REsp 1.345.331/RS, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC. 9. Recurso Especial desprovido. (REsp 1442840/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 21/08/2015)

Na mesma linha, segue ementa relatada pela ministra Maria Isabel Galotti, em hipótese de cuja votação, inclusive, participou o ministro Luís Felipe Salomão:

Agravo interno. Recurso especial. Ação de cobrança. Taxas de condomínio. Legitimidade. Inovação incabível. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. 1. Não se admite a adição, em sede de agravo interno, de tese não exposta no recurso especial, por importar em inadmissível inovação. 2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ). 3. A jurisprudência desta Corte evoluiu no sentido de que, uma vez demonstrado que o promissário comprador imitiu-se na posse do bem e sendo comprovado que o condomínio teve ciência inequívoca da transação, há legitimidade passiva concorrente de ambos os contratantes para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1219742/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017)

Para compreender o exato alcance do deliberado no recurso repetitivo, é fundamental examiná-lo em cotejo com a solução dada àquele caso concreto, que envolvia o julgamento de *embargos de terceiro*, intentados pelos *promissários compradores*, que não haviam figurado no processo de conhecimento, alegando, justamente, que eram estranhos ao feito no qual se autorizou a *penhora do imóvel*, ou seja, em princípio, a legitimidade passiva do *promitente vendedor* sequer era objeto da controvérsia.

Todavia, negando provimento ao recurso especial para manter a constrição sobre a unidade devedora, certo que o julgado acabou por *estender a responsabilidade* pelo débito aos pretensos compradores e atuais proprietários – sem o registro do título translativo na matrícula imobiliária – que, reforço, não haviam integrado o polo passivo da demanda.

Em outras palavras, embora afirmado que a responsabilidade dos promissários compradores nasceu com a imissão na posse e o conhecimento deste fato pelo condomínio, a penhora efetuada sobre a respectiva unidade – da qual ainda era titular o promitente vendedor, réu na ação de cobrança – *permaneceu hígida*, sendo os embargos de terceiro *julgados improcedentes*.

Nas observações do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a aparente contradição entre o desfecho da lide e as teses firmadas se resolve com a aplicação da *teoria da dualidade das obrigações*, desenvolvida na plenitude por Otto von Gierke, segundo a qual, estas se subdividem em débito (*Schuld*) – *dever de prestar*, e responsabilidade (*Haftung*) – *sujeição do devedor ou de terceiro à quitação da dívida*.

Os preceitos germânicos foram tratados com clareza por Miguel Maria de Serpa Lopes, conforme escólio a seguir:

Nessa conformidade, estes dois elementos passivos e distintos – *dívida* e *responsabilidade* – correspondem no credor a dois direitos igualmente distintos: 1º) *o direito à prestação*; 2º) *o direito de garantia* ou *o direito de execução*; o primeiro (*dívida*), perfazendo-se mediante o cumprimento voluntário por parte do devedor; o segundo (*responsabilidade*) realizando-se por meio da intervenção dos órgãos jurisdicionais e através da *execução forçada*. Assim, quando a obrigação passa a essa segunda fase – *a da execução forçada* – não se encontra mais em causa um direito de crédito propriamente dito, um direito à prestação, pois este exige o concurso da vontade do devedor, mas um direito correspondente à responsabilidade que onera o patrimônio do obrigado.<sup>17</sup>

Vale anotar, outrossim, a interpretação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Inicialmente, *Schuld* guarda um sentido abrangente: não representa apenas o dever de prestar, mas também o direito sobre a prestação. É a partir da noção de dever que o conteúdo legal da relação obrigacional (*Schuldverhältnisse*) é definido. Se o devedor pagou o que deveria

ter pago e o credor recebeu, na mesma medida, o que deveria ter recebido, não há direito a repetição de indébito. Se, entretanto, não houve o cumprimento regular da prestação, uma outra qualidade de relação jurídica se impõe, com conteúdo de poder, para dar efetividade ao direito de obrigações. E é nesse contexto que se estabelece a função da relação de responsabilidade (*Haftungverhältnisse*).

*Haftung* é responsabilidade. *Haftung*, no sentido do direito alemão, é a sujeição daquele que deveria ter cumprido a prestação ao poder de intervenção daquele que tinha direito de receber a prestação e não a recebeu. [...]. A dívida, ou *Schuld*, é o dever de prestar, ou seja, de realizar uma prestação (*Leistensollen*). Ligado a esse dever existe um outro, o dever de conduta (*Haltensollen*), profundamente ligado ao sentido de lealdade e boa-fé objetiva.<sup>18</sup>

Assim, sob a égide da referida teoria, a dívida condominial deve ser imputada àquele que se beneficiou diretamente dos serviços que deram origem ao encargo e que, em ambos os precedentes ora analisados, era o promissário comprador e possuidor dos respectivos imóveis. No entanto, o promitente vendedor e legítimo proprietário da unidade também segue responsável pelo débito enquanto conservar sua titularidade, que só cessará com o registro do título translativo (art. 1.245 do CC).

A justificativa para que o proprietário, mesmo não usufruindo dos serviços que originaram a taxa, por ela continue respondendo, é exatamente sua natureza *propter rem*; afinal, é o maior interessado na conservação e na valorização do imóvel que, *legalmente*, ainda lhe pertence e pode, *de fato*, voltar ao seu domínio, com a rescisão da promessa de compra e venda, situação habitual no cotidiano forense.

Retomando os ensinamentos de Caio Mário, as obrigações condominiais têm natureza jurídica heterogênea (*peçoal-real*), pois derivadas da faculdade de exigir de certo alguém, com base em direito real, determinada prestação. Logo, na condição de *responsável solidário* pela dívida, inclusive após a imissão na posse do compromissário comprador e a ciência inequívoca do condomínio, o promitente vendedor segue legitimado para figurar como réu na ação de cobrança, havendo, nessas hipóteses, *legitimidade passiva concorrente*.

Hoje ainda minoritária, esta foi a posição defendida pelo ministro Paulo Sanseverino e acolhida pela Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp 1.442.840/PR meses depois do acórdão paradigma, bem como, posteriormente, pela Quarta Turma, no REsp 331.433/MG, relatado pela ministra Maria Isabel Gallotti, cujas ementas acima foram mencionadas.

Se a lei atribui ao proprietário – por ser a obrigação *propter rem* – a responsabilidade pelos débitos condominiais, nada mais razoável que atue no processo ou na fase de conhecimento, para que exerça a ampla defesa e o contraditório e, se de rigor, figure como devedor solidário no título executivo.

Esta orientação pode ser extraída, dentre outros, do REsp 1.273.313/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Restava saber, naquela oportunidade, se não integrado o polo passivo originário pelo promitente vendedor, era admissível que, no cumprimento de sentença, a penhora recaísse sobre o imóvel que ainda lhe pertencia.

Deliberou a Terceira Turma que, não obstante a legitimidade passiva de ambos, o condomínio optou por demandar somente em face do promissário comprador, *limitando*, com isso, os bens passíveis de expropriação na fase subsequente.

Cito, por oportuno, fragmento do aresto:

Não se pode autorizar a penhora de unidade condominial sobre a qual o executado possui apenas direito aquisitivo e, portanto, não ostenta a condição de proprietário. Concretamente, é possível apenas e tão somente a constrição do direito do promissário comprador do imóvel, e não da propriedade em si. Admitir entendimento contrário equivaleria a aceitar que bem de terceiro (proprietário) responda por dívida em processo no qual ele não figurou como parte, circunstância que, inclusive, desafia o disposto nos artigos 568, I, e 591 do CPC [...]. Assim, aperfeiçoado o título executivo judicial, por sentença transitada em julgado, impossível a constrição de bem pertencente ao patrimônio de pessoa que não faz parte da demanda, restando possível apenas a penhora de bens e direitos que se encontrem dentro da esfera de disposição do executado, de modo que sejam respeitados os limites subjetivos da lide.

De fato, a lei processual estabelece a vinculação entre o polo passivo da ação (ou fase) de conhecimento – na qual se forma o título –, e o polo passivo da ação (ou fase) executória, inclusive nas hipóteses de cobrança de taxas condominiais, eis que não há reserva normativa nesse sentido.

Sobre os limites subjetivos da coisa julgada, ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero:

Certamente, não é lógico admitir que, uma vez julgada certa demanda entre duas partes, todas as outras pessoas fiquem impedidas de discutir a sentença, mesmo que tenham sido diretamente prejudicadas pela decisão. [...]. A princípio, portanto, tomando-se a regra geral, tem-se que somente as partes ficam acobertadas pela coisa julgada. Autor e réu da ação ficam vinculados à decisão judicial, já que participaram do contraditório que resultou na prolação da decisão judicial.<sup>19</sup>

Vale lembrar que, em se tratando de obrigação solidária, possui o credor a liberalidade de escolher contra qual dos codevedores irá demandar em juízo (art. 275 do CC), restringindo, em contrapartida, o alcance da sentença prolatada naqueles autos às partes litigantes (art. 506 c/c art. 513, § 5º do NCPC).

Ainda sobre a matéria, complementa Humberto Theodoro Júnior:

Ao devedor cobrado individualmente, todavia, cabe um incidente (chamamento ao processo) por meio do qual provoca a inserção de outros codevedores da mesma obrigação, a fim de obter título para, se for o caso, ratear o que vier a pagar com todos os corresponsáveis pela dívida ajuizada (NCPC, art. 130, III). A condenação ocorrida após o chamamento gera coisa julgada para o devedor primitivo e aqueles que a ele se agregaram por meio da intervenção de terceiros (NCPC, art. 132). Se, porém, o demandado não cogitar de incluir os demais coobrigados no processo pendente, correrá o risco de não poder exercer o direito de regresso em situações como aquela em que o devedor ausente, embora solidário, tenha defesa ou exceção pessoal oponível ao credor (CC, art. 281). É que a coisa julgada, sem a presença do codevedor solidário, só produz eficácia em face do demandado.<sup>20</sup>

Nessas circunstâncias, tudo indica que o propósito dos ínclitos julgadores da Segunda Seção, no acórdão paradigma, foi estabelecer o *termo inicial* da responsabilidade do possuidor pelos encargos condominiais, independentemente do registro do compromisso de compra e venda na matrícula imobiliária, uma vez que a *solidariedade* da obrigação decorre da legislação civil (art. 9º, § 2º da Lei 4.591 e art. 1.334, § 2º, do CC), e já era reconhecida não só pela corte superior como pelos tribunais *a quo*, inclusive o paranaense<sup>21</sup>.

Admitir o contrário significaria retirar dos deveres condominiais sua natureza *propter rem* e colocar em risco a efetividade do processo, obstando a penhora do imóvel que originou a dívida, por integrar o patrimônio de terceiro que, apesar de proprietário da unidade, é estranho ao título executivo.

Sobre a efetividade como pressuposto do direito constitucional de ação, assinala a doutrina especializada:

A tutela jurisdicional tem que ser efetiva. Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é fácil perceber que a força normativa do direito fica obviamente combatida quando esse carece de atuabilidade. Não por acaso a efetividade compõe o princípio da segurança jurídica – um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se conhece.

A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito ao resultado do processo. Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material [...].<sup>22</sup>

Por fim, ainda que o Código de Processo Civil vigente tenha incluído o crédito referente às despesas ordinárias e/ou extraordinárias do condomínio edilício no rol de títulos extrajudiciais (art. 784, X, do NCPC), o problema persistirá, limitando-se o polo passivo da execução ao sujeito expressamente indicado, razão pela qual, com a devida vênia à corrente oposta, filiamo-nos aos que defendem a solidariedade da obrigação e a legitimação processual concorrente.

#### 4. Estudo de caso – alienação fiduciária em garantia

A alienação fiduciária de bem imóvel está disciplinada na Lei 9.514/97, sendo conceituada no artigo 22 como “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

Estabelece o artigo 27, § 8º, da referida lei que, nas hipóteses em que, pelo inadimplemento, consolidar-se a propriedade em favor do credor fiduciário, até a data de sua imissão na posse, quaisquer encargos que recaiam ou venham a recair sobre o bem – inclusive os condominiais – são de *inteira* responsabilidade do devedor fiduciante.

Outrossim, recentemente foi acrescentado ao Código Civil o art. 1.368-B, segundo o qual “a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor”, dispondo o parágrafo único do mesmo dispositivo que, uma vez consolidada a propriedade, o credor fiduciário responde pelas despesas condominiais relativas ao imóvel.

Com base em tais enunciados, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando sua jurisprudência no sentido de que a legitimidade passiva do credor fiduciário nas ações de cobrança pressupõe, invariavelmente, a *consolidação da propriedade*.

A título exemplificativo, dois acórdãos contemporâneos da Terceira Turma, relatados pelos ministros Nancy Andrighi e Ricardo Villas Bôas Cueva:

Direito civil processual civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Despesas condominiais. Imóvel objeto de alienação fiduciária. Responsabilidade do credor fiduciário. Solidariedade. ausência. Verbas de sucumbência. 1. Ação de cobrança de despesas condominiais. 2. Ação ajuizada em 05/05/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é definir se há responsabilidade solidária do credor fiduciário e dos devedores fiduciantes quanto: i) ao pagamento das despesas condominiais que recaem sobre imóvel objeto de garantia fiduciária; e ii) ao pagamento das verbas de sucumbência. 4. O art. 27, § 8º, da Lei 9.514/97

prevê expressamente que responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. 5. Ademais, o art. 1.368-B do CC/02, veio, de forma harmônica, complementar o disposto no art. 27, § 8º, da Lei 9.514/97, ao dispor que o credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem. 6. Aparentemente, com a interpretação literal dos mencionados dispositivos legais, chega-se à conclusão de que o legislador procurou proteger os interesses do credor fiduciário, que tem a propriedade resolúvel como mero direito real de garantia voltado à satisfação de um crédito. 7. Dessume-se que, de fato, a responsabilidade do credor fiduciário pelo pagamento das despesas condominiais dá-se quando da consolidação de sua propriedade plena quanto ao bem dado em garantia, ou seja, quando de sua imissão na posse do imóvel, nos termos do art. 27, § 8º, da Lei 9.514/97 e do art. 1.368-B do CC/02. A sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação resume-se, portanto, à condição de estar imitado na posse do bem. 8. Na espécie, não reconhecida pelas instâncias de origem a consolidação da propriedade plena em favor do ITAU UNIBANCO S.A, não há que se falar em responsabilidade solidária deste com os devedores fiduciários quanto ao adimplemento das despesas condominiais em aberto. 9. Por fim, reconhecida, na hipótese, a ausência de solidariedade do credor fiduciário pelo pagamento das despesas condominiais, não há que se falar em condenação solidária do recorrente ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios. 10. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1731735/SP, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

Recurso especial. Ação de cobrança. Condomínio. Alienação fiduciária. Imóvel. Pagamento. responsabilidade. Despesas condominiais. Devedor fiduciante. Posse direta. Art. 27, § 8º, da Lei 9.514/1997. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o credor fiduciário, no contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, tem responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais juntamente com o devedor fiduciante. 3. Nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais recai sobre o devedor fiduciante enquanto estiver na posse direta do imóvel. 4. O credor fiduciário somente responde pelas dívidas condominiais incidentes sobre o imóvel se consolidar a propriedade para si, tornando-se o possuidor direto do bem. 5. Com a utilização da garantia, o credor fiduciário receberá o imóvel no estado em que se encontra, até mesmo com os débitos condominiais anteriores, pois são obrigações de caráter propter rem (por causa da coisa). 6. Na hipótese, o credor fiduciário não pode responder pelo pagamento das despesas condominiais por não ter a posse direta do imóvel, devendo, em relação a ele, ser julgado improcedente o pedido. 7. Recurso especial provido. (REsp 1696038/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/08/2018, DJe 03/09/2018)

Na mesma linha, segue a doutrina especializada:

A ampliação da utilização do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel, criada pela Lei 9.514/97, ensejou novos questionamentos a respeito da legitimidade passiva nas ações que visam a cobrança das despesas condominiais vencidas e não pagas. O § 8º do art. 27 da Lei 9.514/97 dispõe que: 'Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse', logo, o devedor fiduciante responde pelo pagamento das contribuições con-

miniais até a data em que o credor fiduciário seja imitado na posse do imóvel, até porque não existe solidariedade entre credor-fiduciário e devedor-fiduciante, de modo que, enquanto perdurar o regime da alienação fiduciária, nada justifica a inserção do credor-fiduciário no polo passivo de demanda.<sup>23</sup>

Ocorre que, tanto a Lei 9.514 quanto o artigo 1.368-B do Código Civil disciplinam, unicamente, a relação jurídica firmada *entre as partes* contratantes da alienação fiduciária em garantia, impondo-lhes direitos e obrigações recíprocas, decorrentes do negócio.

Quanto à responsabilidade pelos débitos condominiais, não há qualquer previsão específica, seja no códex ou na Lei 4.591, de modo que, a princípio, o tratamento normativo dado aos contratos de alienação fiduciária não impede que a pretensão de cobrança seja deduzida em face do proprietário do imóvel, titular por excelência da obrigação.

Leciona Orlando Gomes que, mediante alienação fiduciária, o credor ostenta o sobre o bem do devedor. Porém, como no próprio título de constituição do direito está prevista a causa de sua extinção, o credor detém a *propriedade restrita e resolúvel*, não a propriedade plena<sup>24</sup>.

Esclarece o doutrinador, ademais, que:

Propriedade resolúvel, ou revogável, é, na excelente definição de Clóvis Beviláqua, a que, no próprio título de sua constituição, encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o termo. O traço característico da propriedade resolúvel reside na previsão de sua extinção no próprio título que a constitui. [...].

A resolução, prevista no título de constituição do domínio, opera-se em favor do próprio alienante, de seu sucessor, ou de terceiro, pouco importando quem seja o beneficiário. Interessa saber que o domínio se extingue com o advento do termo ou o implemento da condição. O titular do direito de propriedade resolúvel é um proprietário sem certeza do destino final da propriedade, mas é um proprietário. Se a condição se verifica, perde a propriedade, mas, se falha, consolida-se em definitivo.<sup>25</sup>

Partindo destas premissas, o credor fiduciário é o detentor da propriedade sobre o bem alienado pelo devedor fiduciante, pouco importando que a consolidação futura da propriedade seja incerta, pois, ainda que temporariamente, é aquele que possui o domínio sobre a coisa.

Em outras palavras, uma vez registrado o contrato com garantia de alienação fiduciária, opera-se, *de imediato*, a transferência de propriedade, passando a coisa ao domínio do credor, tornando-se o devedor fiduciante o possuidor direto e o credor fiduciário, além de titular, o possuidor indireto, *ex vi* do art. 23 da Lei 9.514/97.

O pacto se resolve de duas maneiras (arts. 25 e 26 da Lei 9.514): se o devedor quitar a dívida, retoma a propriedade do bem; se, no entanto, deixar de adimplir suas obrigações contratuais, o credor é que consolida a propriedade.

Nesse cenário, acaso se admita que o fiduciante é o único responsável pelos débitos condominiais, enquanto mantiver apenas a posse direta da unidade, esta não poderá garantir o pagamento da dívida, conquanto não integra o patrimônio do inadimplente, limitando-se a constrição ao *direito real de retomada da propriedade*, conforme já decidido pela corte superior e pelo Tribunal de Justiça do Paraná<sup>26</sup>.

Há julgados antigos que qualificam o credor fiduciário como adquirente (art. 1.345 do CC) e, nessa condição, reconhecem sua responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais que se vencerem após a imissão na posse, além daquelas vencidas anteriormente<sup>27</sup>.

Porém, segundo o posicionamento ora dominante, restará ao condomínio torcer para que o devedor fiduciante cumpra as obrigações assumidas perante o credor antes de iniciada a execução da dívida, para que o imóvel retorne ao seu patrimônio e, com isso, possa garantir a satisfação do crédito.

Destarte, tal como no tópico prévio, nos parece mais adequado reconhecer a *responsabilidade solidária* do possuidor direto (devedor fiduciante) e do proprietário/possuidor indireto (credor fiduciário), *independentemente da consolidação da propriedade*, bem como que as normas previstas na Lei 9.514/97 e no Código Civil regulam, unicamente, a relação *inter partes*, não sendo oponíveis ao ente condominial.

Assim, respondendo o credor pela dívida, a lei e o contrato lhe asseguram o direito de regresso em face do devedor.

Referido posicionamento, embora minoritário, já foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, como se observa a seguir:

Apelação cível – Ação de cobrança – Condomínio – Prescrição – Prazo quinquenal (art. 206, § 5º, I, cc) – Prescrição dos débitos condominiais anteriores a 16 de janeiro de 2008 – Legitimidade passiva – Alienação fiduciária – Obrigação *propter rem* oponível ao credor fiduciário e devedor fiduciante de forma solidária – Obrigações condominiais – Mora *ex re* – Desnecessidade de notificação – Capitalização de juros – Inocorrência – Discussão sobre valores cobrados nas taxas condominiais (água e gás) – Impossibilidade – Honorários advocatícios – Manutenção – Recurso provido parcialmente. (TJPR – 9ª C.Cível – Ac. – 1605726-2 – Curitiba – rel.: Domingos José Peretto – Unânime – j. 20.04.2017)

Apelação cível – Ação de cobrança de condomínio – Legitimidade passiva do credor fiduciário caracterizada – Obrigação *propter rem* – Inaplicabilidade do art. 27, § 8º, da Lei 9.514/97 – Obrigação de pagamento dos ônus da sucumbência. Recurso de apelação provido para reconhecer a legitimidade do banco e a sua obrigação de arcar, solidariamente, com os ônus da sucumbência. (TJPR – 8ª C.Cível – AC – 1493860-4 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel.: Gilberto Ferreira – Unânime – J. 30.06.2016)

Tal como nas hipóteses de promessa de compra e venda, o entendimento predominante nega o caráter *propter rem* da obrigação e, diante dos limites subjetivos da coisa julgada, compactua com a possibilidade de execução frustrada, em detrimento do condomínio e eternizando demandas da espécie, de modo que, mais uma vez, pede-se vênua para acompanhar a corrente minoritária.

## Conclusão

Ao final do presente estudo, filiamos-nos, como operadores do direito, aos juristas que defendem a responsabilidade solidária do proprietário da unidade autônoma pelos débitos condominiais – seja na condição de promitente vendedor ou de credor fiduciário –, respeitando a natureza *propter rem* da obrigação.

Embora dominante, o posicionamento contrário põe em risco a efetividade da cobrança e, em última análise, a própria existência do condomínio edilício, posto que, muitas vezes, o possuidor não dispõe de bens suficientes ao pagamento da dívida, sendo comum, inclusive, que o inadimplemento dos deveres condominiais seja simultâneo ao inadimplemento dos deveres contratuais na promessa de compra e venda ou na alienação fiduciária.

Convém assinalar que a promessa de compra e venda ou a alienação fiduciária em garantia constituem importantes meios para comercialização dos imóveis, mas, são ajustes *inter partes*, não sendo nem justo nem razoável transferir os riscos do negócio ao condomínio, agravando as dificuldades que já sofre com a inadimplência, via decisões judiciais que criam embaraço ao ressarcimento ou onerando-o ainda mais, seja com custas e até mesmo, ante eventual sucumbência, em honorários advocatícios.

Necessário dizer, no mais, que embora conste recurso repetitivo acerca do assunto, o próprio Superior Tribunal de Justiça, em novos julgados, interpreta a matéria *estendendo* a responsabilidade para figurar no polo passivo para ambos, protegendo os interesses coletivos, do condomínio, assegurando, conforme a doutrina já assinalava, que as partes que celebraram a promessa de compra e venda ou a alienação fiduciária em garantia, resolvam suas pendências via ação de regresso.

Vale lembrar, por fim, que retomando o imóvel, tanto o promitente vendedor quanto o credor fiduciário respondem pela dívida, como é pacífico na jurisprudência das cortes superiores, de maneira que reconhecer sua ilegitimidade no momento da constituição do débito é, em última instância, afastá-los do contraditório e da ampla defesa, em prejuízo de seus próprios interesses, ao mesmo tempo em que se dificulta

sobremaneira o recebimento do crédito pelo condomínio, em prejuízo da coletividade e da própria conservação do imóvel.

Reporto, na linha da argumentação, ao REsp 1.442.840/PR, relatado pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a cujo entendimento se harmoniza o presente artigo, retomando orientação prévia daquela corte, ilustrada no REsp 194.481/SP, da lavra do ministro Ruy Rosado de Aguiar.

## Notas

1. Carlos Henrique Licheski Klein. Juiz de Direito Substituto em 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
2. Alice Kelly de Meira Barros. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduada em Processo Civil – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná.
3. IBGE. *Reflexões sobre os Deslocamentos Populacionais no Brasil*. Luiz Antônio Pinto de Oliveira; Antônio Tadeu Ribeiro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49781.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.
4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Sociologia da propriedade. Introdução. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. rev., atual. e ampl. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [n.p.]. item 23.
5. IBGE. *Censo demográfico 2010*. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 29 mar. 2019.
6. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, [n.p.]. item 93.
7. FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 244.
8. FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 5. ed. rev., ampl. e atual. cf. a Lei 10.931/04. São Paulo: RT, 2005. p. 287-288.
9. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 5. 9. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2013. p. 734.
10. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 32.
11. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.
12. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16.

13. SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A responsabilidade pelo pagamento de cotas condominiais no regime de penhora horizontal. *Revista Forense* n. 346/65. p. 64.
14. REsp 1345331/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/04/2015, DJe 20/04/2015.
15. V.g., AgInt no REsp 1290071/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 07/06/2016 e AgRg no REsp 1565550/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016.
16. V.g., TJPR – 8ª C.Cível – AC – 1417470-2 – Curitiba – Rel.: Clayton de Albuquerque Maranhão – Unânime – J. 15.03.2018 e TJPR – Órgão Especial – AICOE – 1441208-1/02 – Fazenda Rio Grande – Rel.: Arquelau Araujo Ribas – Unânime – J. 02.10.2017.
17. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: Obrigações em geral*. 5. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 11.
18. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de direito civil: obrigações*. 1a. ed. São Paulo: RT, 2014. [n.p.]. item. 61.
19. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 677.
20. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1116.
21. V.g., REsp 223.282/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 17/10/2000, DJ 28/05/2001, p. 162; Apelação Cível n. 70057117970, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Renato Alves da Silva, Julgado em 19/12/2013 e TJPR – 10ª C.Cível – AC – 1176048-8 – Curitiba – Rel.: Marcelo Gobbo Dalla Dea – Unânime – J. 23.10.2014.
22. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 257.
23. AMORIM, José Roberto Neves. *Estudos avançados de direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 498.
24. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 257.
25. *Idem*, p. 253.
26. V.g., REsp 1.171.341/DF, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, 4a. Turma, julgado em 06.12.11, DJe 14.12.11 e TJPR – 10ª C.Cível – AI – 1651898-2 – Curitiba – Rel.: Elizabeth de Fátima Nogueira – Unânime – J. 06.07.2017.
27. V.g., AgRg no REsp 1413977/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma,

julgado em 11/02/2014, DJe 14/03/2014 e REsp 1.171.341/DF, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Isabel Gallotti, 4a. Turma, julgado em 06.12.11, DJe 14.12.11 e AgRg no Ag 792.138/RJ, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJ/BA), Terceira Turma, julgado em 09/06/2009, DJe 26/06/2009.

## Referências

- AMORIM, José Roberto Neves. *Estudos avançados de direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil: parte especial, direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 5. ed. rev., ampl. e atual. cf. a Lei n. 10.931/04. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- IBGE. *Censo demográfico 2010*.  
\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre os Deslocamentos Populacionais no Brasil*. Luiz Antônio Pinto de Oliveira; Antônio Tadeu Ribeiro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro, 2011.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 5. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.  
\_\_\_\_\_. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de direito civil: obrigações*. 1a. ed. São Paulo: RT, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Sociologia da propriedade. Introdução. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. rev., atual. e ampl. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2014.  
\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. A responsabilidade pelo pagamento de cotas condominiais no regime de penhora horizontal. *Revista Forense* n. 346/65.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

# A estabilização da tutela antecipada antecedente: principais pontos controversos com o advento do CPC/2015

**Ruy Alves Henriques Filho<sup>1</sup>**

Juiz de Direito em Segundo Grau junto ao TJ/PR

**Bruno Henrique Olmo de Oliveira<sup>2</sup>**

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Paraná

**Resumo:** O presente artigo tem como fulcro um estudo acerca do novel instituto processual consistente na estabilização da tutela antecipada antecedente, advindo com a promulgação do CPC/2015. Uma análise da aludida matéria se mostra necessária em razão de a inclusão do referido Instituto processual no ordenamento jurídico brasileiro ser por demais recente e ainda pairarem dúvidas, no meio jurídico, acerca da sua aplicabilidade e eficácia na *práxis* forense. Ademais, a partir de uma leitura sumária dos artigos que disciplinam a matéria concernente à estabilização (artigos 303 e 304), percebe-se que houve evidente omissão legislativa acerca de situações processuais relevantes que necessitavam e necessitam de regulamentação, o que enseja, conseqüentemente, fervorosas discussões no meio jurídico. Diante disso, o presente trabalho se presta a explanar, por meio de levantamentos bibliográficos, os pontos controversos do referido Instituto, as principais vantagens e críticas a respeito deste e qual será a sua aplicabilidade prática na realidade do Judiciário brasileiro.

## 1. Introdução

UMA DAS PRINCIPAIS NOVIDADES ADVINDAS com a promulgação do novo Código de Processo Civil diz respeito à inclusão no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente.

A tutela antecipada antecedente é entendida como a tutela de urgência (concedida, portanto, quando presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*) requerida de forma precedente ao pedido principal (mérito) e que, uma vez concedida e não impugnada

A criação de possíveis instrumentos idôneos para solucionar a crise da efetividade e celeridade do processo sempre foi uma constante problemática enfrentada pelos processualistas e, em última análise, pelo legislador

pelo réu, acaba se estabilizando, mantendo, por conseguinte, os seus efeitos por prazo indeterminado, mesmo depois de extinto o feito em que tiver sido concedida, de modo que conferirá ao autor os efeitos práticos perseguidos de forma imediata, sem a necessidade de uma cognição exauriente.

A questão que se levanta, no entanto, diz respeito a quais são os limites da estabilização e ainda se o procedimento e seus efeitos estão regulamentados a contento pela legislação processual. A resposta para este último questionamento, há, contudo, de ser negativa. São várias as controvérsias a respeito desta inovação legislativa, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina. Tanto é verdade que Heitor Vitor Mendonça Sica (2016) desenvolveu artigo enigmático sobre o tema, intitulado “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’”, em que identifica vários problemas que a aplicação da estabilização da tutela antecipada antecedente poderá trazer, e ainda propõe várias soluções concretas.

As circunstâncias anteriormente aduzidas demonstram que “nem de longe” o novel instituto é objeto de entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência. Em razão da relevância prática do tema concernente à estabilização, o qual poderá, caso seja bem utilizado pelos

jurisdicionados, desafogar os incontáveis processos que abarrotam o Judiciário brasileiro, e, principalmente em função de sua controvérsia, demonstra-se relevante e necessário um estudo aprofundado, com uma nova abordagem para se entender e definir quais são os limites, efeitos e o procedimento do que se entende por estabilização da tutela antecipada antecedente.

Em síntese, se pretende, com o presente artigo, realizar, por meio de levantamentos bibliográficos, um estudo mais aprofundado acerca da estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente, analisando-se as disposições contidas nos artigos 303 e 304 do CPC, que dispõem sobre o procedimento para a sua concessão e as principais problemáticas que podem advir na prática forense.

## **2. Tutela provisória como forma de garantia da tutela jurisdicional**

A criação de possíveis instrumentos idôneos para solucionar a crise da efetividade e celeridade do processo sempre foi uma constante problemática enfrentada pelos processualistas e, em última análise, pelo legislador. Não raras vezes nos deparamos com demandas em que se percebe que o requerente detém o direito materialmente assegurado, mas, por razões alheias à sua vontade (morosidade do Judiciário, uso de artifícios protelatórios pelo demandado, causas complexas etc.), este acaba deixando de ter uma resposta jurisdicional efetiva e célere, por ser obrigado a esperar todo o devido processo legal para, seguramente, ver reconhecido o seu direito, que, em algumas situações, acaba perecendo, no mundo fático<sup>3</sup>, ante o decurso de longo lapso temporal (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 613).

As tutelas provisórias foram criadas justamente para atenuar, ou mesmo afastar, os efeitos deletérios que o tempo pode ocasionar ao direito material perseguido pelo postulante, prestando-se ora a satisfazer desde logo o autor com tal direito, de forma antecipada ao provimento final, com o bem da vida perseguido, ora acautelando-o para a efetividade de uma decisão final condenatória.

### **3. Estabilização da tutela de urgência antecipada antecedentemente requerida – noções gerais à luz do CPC/2015**

O novo CPC inovou ao tratar de todo o regime jurídico da tutela provisória em um livro único dedicado (Livro V da Parte Geral). Assim, dispôs sobre o gênero “tutela provisória” e suas espécies “tutela de evidência” e “tutela de urgência”, subdividindo-se esta última em “tutela antecipada” e “tutela cautelar”.

O referido diploma legal autorizou, em seu artigo 294, parágrafo único, a possibilidade de concessão da tutela de urgência nas formas antecedente ou incidental. Será incidental a tutela que for concedida no bojo do processo principal. A tutela incidental, portanto, pode ser requerida e concedida em todo o curso da demanda, sem a necessidade de qualquer outra formalidade e mediante simples petição (CÂMARA, 2017, p. 157), podendo ser desde o seu início, junto com a própria exordial ou em qualquer outra etapa processual (mesmo em sede de sentença ou na fase recursal) (Ibid., p. 156), desde que presentes os requisitos para tanto. A tutela de urgência antecedente é concedida, por outro lado, antes mesmo de formulado o pedido principal. O autor somente formulará petição inicial com a exposição sumária dos fatos e do direito, requerendo a concessão da medida de urgência, relegando para um segundo momento o aditamento à inicial para complementá-la com os pedidos principais.

A tutela antecipada, a seu turno, será concedida para satisfazer, como o próprio nome já diz, de forma antecipada (ou seja, antes do trânsito em julgado da demanda), o direito material perseguido pelo autor, fazendo com que este goze, desde logo, de seus efeitos práticos.

Feitas estas considerações acerca da tutela antecipada, passemos à análise da estabilização da tutela antecipada propriamente dita.

Talvez uma das principais novidades advindas com o novo CPC seja o instituto de estabilização da tutela antecipada antecedente, que consiste na manutenção dos efeitos da decisão concedida provisoriamente, mesmo após a extinção da ação em que tiver sido conferida. Tal decisão somente poderá ser revista, reformada ou invalidada em decisão de mérito proferida em ação principal posteriormente ajuizada.

A estabilização da tutela antecipada, como forma de dirimir os conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário sem a necessidade de uma cognição exauriente, mas concedendo o efeito prático requerido, tem como principal objetivo e efeito a concretização do direito fundamental à duração razoável do processo, uma vez que se terá, pela estabilização, uma resposta efetiva do Judiciário, com efeitos por prazo indeterminado, sem a necessidade de se esperar todo o trâmite processual ordinário para tanto (CARDOSO, 2017, p. 44).

O aludido instituto ocorrerá, nos termos do artigo 304, *caput*, do CPC<sup>4</sup>, quando após concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente o réu, intimado para impugná-la, se mantiver inerte, fazendo com que a medida conferida seja estabilizada, ou seja, protraia os seus efeitos por prazo indeterminado, mesmo após a extinção do processo.

Percebe-se, portanto, que a estabilização foi desenvolvida para, em um só momento, sumarizar o rito e a cognição processual, uma vez que evita-se, pela inércia do réu, a instauração de um processo de cognição plena, garantindo-se, ao mesmo tempo, a obtenção dos efeitos práticos perseguidos pelo autor<sup>5</sup> e a regulação da crise do direito material (DI-DIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 685).

#### **4. Estabilização – análise procedimental e pontos controversos**

O legislador processual entendeu por bem definir um rito que deve necessariamente ser seguido para que o fenômeno da estabilização ocorra. Este procedimento especial é individualizado e esmiuçado pela lei adjetiva em seus artigos 303 e 304 do CPC<sup>6</sup>.

Cumprе assinalar, primeiramente, antes mesmo de se adentrar o procedimento em si, que, para a ocorrência da estabilização da tutela antecipada antecedente, é necessária a presença de quatro requisitos cumulativos (Ibid., p. 692), que podem ser sintetizados do modo como verificaremos.

O primeiro pressuposto, que pode ser extraído do artigo 303, § 5º, do CPC, diz respeito à necessidade de o autor, quando formular o pe-

dido de tutela antecipada antecedente, indicar, logo na exordial, seu interesse na estabilização. Tal requisito constitui-se corolário da boa-fé processual, uma vez que deve o autor, desde logo, manifestar suas intenções no processo para o requerido avaliar qual conduta adotará nos autos. Se o autor já indicar, *ab initio*, que satisfaz a sua pretensão somente com a estabilização, pode o réu avaliar as possibilidades e deixar de oferecer recurso em face da tutela concedida, justamente para estabilizá-la, trazendo a este as vantagens processuais que serão posteriormente aduzidas no presente trabalho.

Não deve o autor, como segundo requisito para a concessão da estabilização, em nenhum momento promover atos no sentido de prosseguimento do processo para uma cognição exauriente. Tal pressuposto, portanto, consiste em uma imposição de inércia ao demandante, configurando, na realidade, uma decorrência lógica do primeiro requisito, eis que são condutas contraditórias o requerimento da estabilização e, depois de concedida a tutela, requerer o prosseguimento do processo pela cognição exauriente.

A estabilização foi pensada e desenvolvida justamente para abreviar o procedimento e conferir efeitos práticos ao autor, sem a necessidade de um processo de cognição exauriente. A partir do momento em que o autor indica a sua intenção na continuação do processo, estará atuando, portanto, de forma contraditória, em dissonância com a celeridade colimada pelo instituto da estabilização.

Tem-se, por conseguinte, que admitir o aditamento da inicial, mesmo quando já estabilizada a tutela antecedente concedida, tornará inócuo o próprio instituto da estabilização, pois, admitindo-se esta hipótese, de qualquer modo, o autor dará início ao processo de cognição exauriente, algo que era justamente o que o legislador queria evitar com a adoção de tal instituto. Desse modo, torna-se completamente contraditória e incompatível com a estabilização a possibilidade de aditamento da inicial após a concessão da medida e a sua não impugnação pelo requerido, uma vez que o autor já terá, em tese, obtido os efeitos práticos requeridos na inicial da tutela antecipada antecedente.

Concluindo, demonstra-se completamente inadmissível o autor indicar o interesse somente na estabilização, sem a prosseguimento do

processo para uma cognição exauriente, e, após, concedida a tutela antecipada, posteriormente estabilizada, aditar a inicial para um procedimento plenário. De fato, tal conduta esbarra na vedação do *venire contra factum proprium*, uma vez que surpreende o réu, prejudicando a sua defesa. Entretanto, pode o autor aditar a inicial e prosseguir a demanda quando o pedido de tutela antecipada for indeferido, pois o objetivo final, que era a estabilização, acabou sendo frustrado (CARDOSO, 2017, p. 57).

O terceiro pressuposto (prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente) é um requisito lógico para a estabilização da tutela; afinal, somente se estabilizará a tutela que for concedida. Pode ocorrer, também, a estabilização somente de parcela do pedido formulado pelo autor, quando for deferida parcialmente pelo juiz ou quando o réu somente impugnar parte da tutela concedida (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 689).

Por fim, o quarto pressuposto consiste na inércia do réu. Cumpre assinalar que tal inércia deve ser decorrente de uma citação real do requerido. Se o demandado for citado fictamente (por edital ou hora certa) não ocorrerá a estabilização, pois haverá dúvida a respeito do efetivo conhecimento deste acerca da decisão concedida, de sorte que deverá ser designado curador especial para oferecimento de defesa, afastando-se a estabilização (Ibid., p. 691).

Ademais, estará ausente, de igual modo, a estabilização quando a “tutela antecipada concedida antecedentemente for questionada por quem se apresente como assistente simples do réu ou por litisconsorte cujos fundamentos de defesa aproveitem também o réu inerte”<sup>7</sup>.

Superados os pressupostos, passemos à análise do procedimento em si.

Por expressa disposição legal (artigo 303, *caput*, do CPC<sup>8</sup>), pode o autor, nos casos de urgência contemporânea à propositura da deman-

A estabilização foi pensada e desenvolvida justamente para abreviar o procedimento e conferir efeitos práticos ao autor, sem a necessidade de um processo de cognição exauriente

da, dar início a um procedimento prévio que somente terá como fito a concessão da tutela de urgência, nele contendo a exposição da lide, do direito afirmado e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, além da indicação do pedido de tutela final (CARDOSO, 2017, p. 64).

Assim, na realidade, deve o autor apenas realizar uma indicação do pedido principal (mérito da causa), caso este seja posteriormente deduzido em juízo, e comprovar os requisitos para a concessão da tutela antecipada (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

A exposição contida na petição inicial, portanto, deve ser sumária, justamente em decorrência da extrema urgência do que sofre o direito do autor para a concessão da tutela provisória e, também, pela falta de tempo hábil para a formulação de uma petição completa com todos os fatos e documentos necessários.

Denota-se, desse modo, que a simples expressão “exposição sumária da lide” a que alude o CPC garante ao demandante a efetiva tutela jurisdicional (CÂMARA, 2017, p. 157), uma vez que admite-se, por tal vocábulo, a possibilidade de elaboração de uma petição inicial mais simplificada para o atendimento ao direito violado, demonstrado urgente à época da propositura da demanda, relegando para um segundo momento, quando já concedida e efetivada a medida apta a solucionar a situação de perigo do direito, o aditamento da inicial, atendendo-se às exigências legais<sup>9</sup>.

Cumpra-se repisar que o requerente sempre deve, na inicial, indicar expressamente que pretende se valer da estabilização. Contudo, não se pode presumir que sempre o demandante ajuizará tutela antecipada antecedente com a finalidade de estabilizar a tutela requerida. Com efeito, pode o autor simplesmente demandar em tutela antecedente, mas sem o intuito de estabilizá-la. Tal caso pode ocorrer, quando, *verbi gratia*, o autor se deparar com situação de extrema urgência de direito que justifique a elaboração de petição inicial incompleta, propondo, em decorrência disso, tutela de urgência antecedente somente com a exposição sumária da lide, mas unicamente tendo interesse no prosseguimento da ação em cognição exauriente com o posterior aditamento da inicial<sup>10</sup>.

Daí pode-se extrair, portanto, que a escolha do autor, no momento do ajuizamento da demanda, o vincula. Se não escolheu a estabilização, poderá aditar a inicial; se optou pela estabilização, não poderá aditá-la (CARDOSO, 2017, p. 98).

Postulada, em peça vestibular, a tutela antecipada antecedente com o preenchimento das formalidades exigidas no artigo 303 da lei adjetiva, esta será submetida à apreciação judicial. Pode o magistrado adotar, em síntese, duas posturas que acarretarão consequências diametralmente opostas ao processo, consistentes em deferir ou indeferir a medida pleiteada.

Passaremos, primeiro, à análise da concessão da medida pelo juiz.

Após a apreciação do preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e dos pressupostos para a estabilização da tutela antecipada (o requerimento expresso dos benefícios da estabilização e a abstenção de qualquer ato no sentido de dar prosseguimento em cognição plena), o juiz concederá a medida requerida e determinará a citação e intimação do réu para, querendo, impugnar a tutela antecipada a fim de não estabilizá-la.

Analisando detidamente do artigo 303, verifica-se um aparente contrassenso de viabilidade prática entre os seus §§ 1º e 2º. De fato, o inciso I do § 1º determina que o autor, uma vez concedida tutela antecipada antecedente, será intimado para, no prazo de 15 dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar, aditar a petição inicial, complementando a argumentação para uma cognição exauriente, analisando o pedido principal e juntando-se novos documentos. No entanto, extrai-se do referido dispositivo legal que o prazo para o autor aditar a petição inicial sempre se iniciará antes mesmo de o requerido ser citado da medida concedida e, conseqüentemente, saber se este a impugnará ou não. Em regra, o autor será intimado eletronicamente, correndo, portanto, o prazo para aditar a inicial desde a data em que tiver sido concedida a tutela, enquanto o prazo para o requerido impugnar a medida concedida conta-se, em regra, da data da juntada aos autos do comprovante de citação, consoante o artigo 231 do CPC (REDONDO, 2015, p. 11).

Destarte, o autor seria obrigado a aditar, iniciando a cognição exauriente com o pedido principal, sem ao menos saber se o requerido deixaria de recorrer, extinguindo o processo com a estabilização (art. 304, § 1º)<sup>11</sup>.

Ocorre que tal medida vai completamente contra o ideal do próprio instituto, que é justamente o de evitar a instauração de procedimento pleno. A partir do momento em que se exige, independentemente da manifestação do requerido, o aditamento da inicial, estará se desvirtuando completamente a estabilização, na medida em que sempre o procedimento será alargado, acarretando, em última instância, o descontentamento e a inutilização do instituto, pois duas de suas principais finalidades restarão ceifadas, quais sejam, a sumarização do procedimento e a economia processual.

Restaria, ademais, completamente inócua a providência processual consistente no aditamento da inicial quando o requerido não impugnar a decisão, estabilizando-a. Consistiria, portanto, em um dispêndio inútil de energia, contrário aos princípios da duração razoável do processo e da eficiência, insculpidos no artigo 8º do CPC (CARDOSO, 2017, p. 92).

Tem-se que (SICA, 2016, p. 406) a solução mais adequada, conquanto contrária à literalidade do CPC, seria o caso de, primeiramente, citar e intimar o requerido para impugnar a decisão concedida e, caso o faça, seja intimado o autor para aditar a inicial, prosseguindo o feito pela cognição exauriente. Se o demandado permanecer inerte, a tutela concedida se estabilizará e será extinta a ação sem julgamento de mérito<sup>12</sup>.

Por outro lado, se o magistrado indeferir a tutela antecipada antecedente pleiteada por entender estarem ausentes os elementos para a sua concessão, este deve intimar o autor para que emende a inicial, em até cinco dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito, em atenção ao disposto no artigo 303, § 6º.

Na realidade, trata-se de aditamento e não emenda da inicial, como alude o CPC, uma vez que a petição inicial não está inepta (hipótese para a emenda da inicial), mas tão somente não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência. Em outros termos, não há vício da inicial apto a ensejar a respectiva emenda, mas somente há

a necessidade de se aditar a exordial para a consecução da demanda em cognição exauriente, uma vez que não estão presentes os pressupostos para a concessão da tutela de urgência. Desse modo, percebe-se uma impropriedade do legislador em prever a expressão “emenda” na redação legal, quando, em verdade, era evidente a situação de “aditamento” da inicial (CARDOSO, 2017, p. 71).

Pode o autor, por fim, complementar a sua argumentação do modo que lhe aprouver, desde que esteja conexa às circunstâncias deduzidas na exordial (Ibid., p. 71-72).<sup>13</sup>

O requerido, quando citado e intimado do processo de tutela antecipada antecedente, tem, consoante se viu anteriormente, em síntese, a possibilidade de adotar duas condutas frente ao deferimento da tutela antecipada: impugnar a medida concedida ou manter-se inerte.

Ao escolher a tática processual que adotará nos autos, o demandado analisará quais consequências serão preponderantes na escolha de cada uma das condutas possíveis e quais as chances de seu sucesso em cada uma delas, escolhendo, ao final, a que lhe acarretará maiores benefícios – excetuando-se, por óbvio, os casos em que o requerido apresentar completo descaso com a tutela concedida em seu desfavor.

Avaliará, desse modo, pelos argumentos que poderá produzir, qual será a probabilidade de êxito em uma eventual ação de cognição exauriente – em que será respeitado todo o devido processo legal e se produzirão, em regra, todas as provas necessárias, acarretando, por óbvio, mais custos ao processo – e, se suas chances forem remotas, ser-lhe-á mais benéfica a opção pela estabilização, em que ocorrerá, a redução dos honorários advocatícios sucumbenciais (5%) e a isenção ao pagamento de custas, além de ausência de coisa julgada material (CARDOSO, 2017, p. 74).

A estabilização, na realidade, configura-se como evidente comunhão de interesses das partes que, analisando os prós e os contras da estabilização da medida, optam por esta em razão de entenderem que lhes será a mais conveniente ao caso

Tem-se, por conseguinte, que a estabilização, na realidade, configura-se como evidente comunhão de interesses das partes que, analisando os prós e os contras da estabilização da medida, optam por esta em razão de entenderem que lhes será a mais conveniente ao caso. O autor optará por esta para obter, desde logo, os efeitos práticos do bem da vida perseguido, renunciando a um processo exauriente com a certeza da coisa julgada material; e o réu, por outro lado, deixará de impugnar a tutela antecedente para gozar dos benefícios acima elencados.

Além da própria estratégia de defesa mencionada (a não impugnação quando a probabilidade de êxito do autor é maior), tem-se, conforme esclarecem Didier Jr. Braga e Oliveira (2016, p. 686), também como vantagem para o réu, em caso de sua inércia, a possibilidade de isenção de custas processuais e o pagamento de apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência, aplicando-se, por interpretação analógica, as disposições relativas à ação monitória contidas no artigo 701 do CPC<sup>14</sup>, considerando a similitude da sistemática da estabilização com o da ação monitória, uma vez que em ambas tem-se efeitos práticos com a inércia do demandado e, assim como a monitória, uma vez concedida a medida (XIMENES FARIAS, 2017, n.p.) “cabe ao réu discutir a questão, tendo a iniciativa de iniciar um debate acerca do tema judicializado”<sup>15</sup>.

Percebe-se, destarte, que há “um microsistema de técnica monitória, formado pelas regras da ação monitória (arts. 700 a 702, CPC) e pelos arts. 303 e 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 685). Assim, sempre que houver lacuna legislativa em qualquer dos procedimentos deve-se realizar uma interpretação analógica a fim de preenchê-la no caso concreto, sempre se analisando a técnica monitória como um todo, podendo, portanto, ser plenamente possível a aplicação das benesses concernentes à ação monitória ao instituto da estabilização.

O artigo 304, *caput*, do CPC, prevê, em uma interpretação literal, que a tutela concedida somente será estabilizada quando contra ela não tiver sido interposto o respectivo recurso.

Percebe-se que, pela prática forense, o recurso cabível será, na grande maioria das vezes, o agravo de instrumento, nos termos do que dis-

põe o artigo 1.015, inciso I, do CPC<sup>16</sup>, o recurso cabível contra tutela provisória concedida em decisão interlocutória de primeiro grau. Mas nada impede que o recurso adequado seja o agravo interno quando a medida for concedida por relator de tribunal (2º grau de jurisdição), usando da prerrogativa que lhe é conferida pelo artigo 932, inciso II, da lei adjetiva<sup>17</sup>.

Entende-se, de acordo com Sica (2016, p. 408), bastar a simples interposição do recurso para que se afaste a estabilização, mesmo que este seja, posteriormente, não conhecido em razão de inobservância de pressuposto recursal, excetuando-se, por óbvio, o caso de intempestividade<sup>18</sup>.

Tem-se, portanto, que as vias recursais são as medidas mais adequadas para o afastamento da estabilização da tutela antecipada antecedente, eis que, adotando-se tais medidas, o requerido cumprirá a literalidade da lei (art. 304, *caput*).

Contudo, não se pode admitir a interposição do recurso como o único meio apto a tal desiderato. De acordo com Bueno (2017, p. 273-274) deve-se realizar interpretação extensiva do contido no *caput* do artigo 304 do CPC, permitindo o afastamento da estabilização por qualquer meio impugnatório apresentado pelo réu, uma vez que a simples insurgência do requerido demonstra, de forma indene de dúvidas e independentemente do meio processual eleito, a sua insatisfação quanto à tutela concedida, sendo descabido exigir somente um único meio para tanto (recursal)<sup>19</sup>.

Tal entendimento é o mais adequado, simples e garantista aos direitos processuais do demandado, pois se o requerido estiver se insurgindo nos autos, dentro do prazo legal, deve-se levar em conta a sua manifestação de vontade<sup>20</sup>. Entendimento diverso levaria a um incentivo legal à propositura de recursos, algo que é completamente destoante à sistemática adotada pelo NCPC (MACHADO, 2011, p. 262).

Consoante exposto alhures, a melhor interpretação do conflito aparente das normas contidas nos artigos 303, § 2º e 304, § 1º, do CPC, é no sentido de que, uma vez concedida tutela antecedente, seja o réu citado e intimado para oferecer impugnação e, após transcorrido o respectivo prazo, o autor será intimado para se manifestar. Caso o réu impugne a

medida concedida, esta não se estabiliza e o autor será intimado para dar seguimento ao processo de cognição exauriente, aditando a inicial. No entanto, se o requerido se mantiver inerte no prazo legal, o processo será extinto, sem resolução de mérito, com a estabilização da decisão concedida e não impugnada.<sup>21</sup>

### **5. Da possibilidade de revisão, pelo julgador, da decisão estabilizada, em face da sua precariedade. Preclusão *ad judicium*?**

A tutela satisfativa, como bem demonstrado, tem como principal característica a sua revogabilidade, considerando o caráter provisório em que é concedida.

Cumprindo assinalar, portanto, que o magistrado, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, pode alterar ou mesmo revogar a tutela provisória quando, também, as circunstâncias em que ela tiver sido concedida se alterarem no bojo do processo em que fora requerida. Tem-se, por conseguinte, que a tutela antecipada é concedida pelo juiz *rebus sic stantibus* (LOPES, 2001, p. 81), dado que esta se adequa em consonância com as alterações fáticas supervenientemente ocorridas.

Entretanto, analisando o específico caso da estabilização da tutela antecipada antecedente, percebe-se que, em que pese esta seja, também, uma tutela provisória, acaba irradiando os seus efeitos para fora do processo, solucionando o conflito do caso concreto, mesmo quando extinta a demanda em que tiver sido concedida<sup>22</sup>.

Assim, uma vez estabilizada a tutela e, conseqüentemente, extinto o feito, não haverá mais a possibilidade de o magistrado modificar ou revogar a medida por ele concedida, eis que o feito estará extinto e os efeitos da decisão ultrapassarão os limites da lide em que houver sido concedida, regulando o caso concreto por prazo indeterminado.

Constitui-se, por conseguinte, evidente preclusão *ad judicium*, dado que o magistrado não mais poderá, de ofício, alterar ou revogar a tutela concedida e que ulteriormente estiver estabilizada.

A única situação em que poderia ser admitida a revogação ou modificação da tutela estabilizada é, nos termos do que dispõe o artigo 304, § 2º, do CPC, mediante a propositura de demanda autônoma<sup>23</sup> para a rediscussão da matéria<sup>24</sup>.

## 6. Da ação autônoma de impugnação

A tutela concedida, uma vez estabilizada, conserva os seus efeitos mesmo após a extinção do processo em que tiver sido concedida.

O CPC entendeu por bem eleger como único meio processual adequado para a modificação ou revogação da decisão estabilizada a ação autônoma a que se refere o § 2º do artigo 304.

Caminhou bem o legislador ao definir uma ação autônoma para tal desiderato, haja vista que consolida, de uma vez por todas, a autonomia da decisão estabilizada em relação ao processo de cognição exauriente, independentemente da discussão do mérito, e exige, quando ajuizada a ação autônoma com o pedido principal, que se instaure uma cognição plena, garantindo um amplo acesso ao direito de defesa (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 690).

Destarte, com a ação própria, o interessado poderá rever a decisão estabilizada em uma cognição plena, afastando-se, em definitivo, qualquer eventual discussão remanescente a respeito da violação do contraditório ou da ampla defesa<sup>25</sup>.

Denota-se, diante disso, que o que o CPC fez, com a instituição da estabilização da tutela, foi a inversão do ônus da deflagração da demanda ao requerido. Nesse sentido:

Na vigência do CPC-1973, o autor, ao obter uma tutela antecipada do seu direito já provável, carregava o ônus de dar início ou prosseguimento ao processo em busca da tutela definitiva. Com o CPC-2015, no caso da tutela provisória satisfativa antecedente, esse ônus é transferido para o réu. Isso porque o autor, ao obter uma tutela antecipada em caráter antecedente do seu direito já provável, conta com a sua estabilização e consequente extinção do processo em caso de inércia do

réu. É o réu que assume o ônus de propor uma nova ação no intuito de reverter a medida, podendo inclusive, no bojo desta mesma ação, pedir a revisão, reforma ou invalidação antecipada da medida, mediante a demonstração da probabilidade do direito que afirma ter e do risco de dano ou ilícito ou de inutilidade do resultado final (GRECO, 2014 apud DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 693-694).

Assim sendo, basta que o interessado (usualmente o réu) ingresse com a demanda autônoma para rediscutir tutela estabilizada<sup>26</sup>.

Pela redação do § 2º do artigo 304 do CPC<sup>27</sup> percebe-se, pela sua literalidade, que “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*”.

No entanto, na realidade, o interesse para rever, reformar ou invalidar a demanda estabilizada é eminentemente do requerido. Razão pela qual Marinoni (2017, p. 240) sustenta que o único interessado para questionar a tutela antecipada é o réu, ao passo que cabe ao autor, tão somente, ajuizar a demanda autônoma para requerer outra forma de tutela, a sua própria ampliação ou mesmo os benefícios da certeza da coisa julgada ao final da demanda, eis que a tutela estabilizada não faz coisa julgada, nos termos da disposição expressa contida no § 6º do artigo 304 da lei adjetiva<sup>28</sup>.

Em outras palavras, percebe-se que ambas as partes poderão, como faculta o § 2º do artigo 304 do CPC, ajuizar a demanda autônoma posteriormente, mas cada uma, em geral, com finalidade diversa. O réu optará pela demanda para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada e o autor ajuizará para ampliar a cognição, alterar a tutela concedida e estabilizada ou se beneficiar da coisa julgada (ALVIM, 2017, p. 231).

De qualquer modo, repita-se, independentemente da finalidade perseguida pela parte, o meio processual adequado para tal fito será a ação autônoma.

Trata-se de ação que persegue a cognição exauriente e que tramitará, considerando a natureza da relação jurídica discutida em juízo, pelo procedimento especial ou comum, conforme o caso (BUENO, 2017, p. 276).

Pelo que dispõe o artigo 304, § 4º do CPC<sup>29</sup>, qualquer das partes pode requerer o desarquivamento dos autos em que tiver sido concedida e estabilizada a demanda, servindo este como elemento instrutório para a petição inicial da ação autônoma de impugnação (RIBEIRO, 2016, p. 229).

Deve, ademais, a aludida ação própria ser ajuizada no juízo em que tiver sido concedida a medida, eis que prevento (304, § 4º, do CPC, parte final), constituindo-se, em verdade, competência funcional (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 694) e, portanto, absoluta de fixação de competência (REDONDO, 2015, p. 14).

Questão problemática que o operador do direito pode se deparar na prática forense diz respeito a perquirir, na posterior ação autônoma, de quem será o ônus da prova.

O CPC, ao regulamentar a estabilização da tutela antecipada antecedente, não dispôs nada a respeito, deixando uma enorme lacuna legislativa.

O tema não passou despercebido pela doutrina, tendo esta já se manifestado a respeito.

Analisando tal celeuma, numa perspectiva das regras gerais do CPC previstas em seu artigo 373<sup>30</sup>, percebe-se que o ônus *probandi* é, em regra, do autor da ulterior demanda autônoma, eis que este alega fatos constitutivos de seu direito, cabendo ao réu comprovar somente a existência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Considerando que o maior interessado em rediscutir a tutela estabilizada é o réu da primeira demanda, percebe-se que o ônus da prova recairá, na maioria esmagadora das vezes, a este, que se tornará o autor do segundo processo, devendo suportar, diante da regra geral do artigo 373 do diploma legal supracitado, tal ônus<sup>31</sup>.

Ocorre que mostra-se completamente injusta tal interpretação, pois, caso a tutela antecipada concedida fosse devidamente impugnada

O único interessado para questionar a tutela antecipada é o réu, ao passo que cabe ao autor, tão somente, ajuizar a demanda autônoma para requerer outra forma de tutela

pelo réu na ação antecedente, o processo de cognição plena continuaria e o ônus da prova permaneceria com o autor da demanda. Desse modo, não parece lógico que tal ônus seja alterado pelo simples fato de que foi ajuizada nova ação, mas que esta rediscutirá a mesma matéria concernente à primeira (CARDOSO, 2017, p. 108).

Luiz Eduardo Galvão, explanando sobre o tema, defende que a ação autônoma é simplesmente, do ponto de vista material, a continuação da primeira demanda, eis que ambas discutem praticamente a mesma matéria (Ibid., p. 106), devendo, destarte, ocorrer a regra da inalterabilidade dos encargos probatórios, uma vez que, malgrado ocorra uma inversão do ônus de propor a ação, o ônus da prova continua sendo de quem “afirmou o direito e ainda não se desincumbiu do ônus de demonstrá-lo” (MARINONI, 2017, p. 240-241).

Tem-se, portanto, que os ônus processuais devem permanecer inalterados em relação à primeira demanda, para que o réu não suporte, no processo principal, injustos e desnecessários encargos, o que, ao final, acabaria desestimulando o próprio instituto da estabilização da tutela, eis que o réu ficará mais em dúvida em não impugnar a tutela antecipada concedida anteriormente por receio de sofrer o ônus da prova dos fatos constitutivos em futura demanda (CARDOSO, 2017, p. 108).

O CPC, ao regulamentar a estabilização da tutela antecipada, definiu em seu artigo 304, § 5º<sup>32</sup>, o prazo de dois anos para que a tutela estabilizada possa ser revista em ação autônoma, tendo como termo inicial a sentença que extingue o feito, em face da estabilização da tutela concedida.

De início, analisando de maneira superficial a impossibilidade de rediscussão após o decurso do prazo, poder-se-ia cogitar de coisa julgada da matéria constante na decisão estabilizada, em face de sua imutabilidade, entretanto, o legislador entendeu por bem dispor expressamente, no § 6º do artigo 304 da lei adjetiva<sup>33</sup>, que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, afastando, de uma vez por todas, qualquer celeuma que pudesse ser arguida a respeito.

Tal prazo restou estipulado pelo legislador a fim de que a rediscussão a respeito do direito material não perdurasse eternamente (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 692). No entanto, ao estabelecer tal limitação

temporal para rediscussão da tutela estabilizada, a doutrina abriu divergência a respeito da possibilidade (ou não) do ajuizamento de ação autônoma após o decurso do referido prazo, tendo adotado três posicionamentos diversos a respeito. Vejamo-los.

O primeiro posicionamento dos estudiosos entende que, malgrado o CPC tenha proibido a rediscussão após o decurso do prazo de dois anos, ainda é possível fazê-lo, desde que ainda não tenham transcorridos os prazos prescricionais do direito material (RIBEIRO, 2016, p. 230), pois “não ter mais o direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada não significa não poder mais discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela” (MARINONI, 2017, p. 245).

Em outros termos, entende-se que o direito material pode ser rediscutido após o transcurso do prazo, uma vez que, ao se conceder a tutela posteriormente estabilizada, somente terá sido apreciado pelo juiz se estavam presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória, não tendo sido formulado pelo autor sequer o pedido principal, pelo que não há como este se tornar imutável.

Percebe-se, outrossim, que o que não poderá mais ser rediscutida é a decisão concessiva da tutela provisória, mas permanecerá plenamente possível fazê-lo quanto ao direito material (ALVIM, 2017, p. 235).

Portanto, não prescrita a pretensão, pelo entendimento esposado, é plenamente viável a propositura de nova ação para rediscutir o direito material, mesmo que já passados os dois anos para a rediscussão da matéria.

A crítica a tal entendimento resume-se, basicamente, nas palavras de Bruno Garcia Redondo, em “esvaziar as regras dos §§ 2º, 3º, 5º e 6º do art. 304, claras no sentido de que a modificação da tutela estabilizada somente é possível por meio de uma ação de modificação (§§ 2º, 3º e 5º), que deve ser proposta em até 2 anos (§ 6º)” (REDONDO, 2015, p. 18). Explica-se:

Note-se: se couber demanda destinada a debater o direito material mesmo após 02 anos, ficarão, sem qualquer utilidade, as regras de não menos do que quatro parágrafos (§ 2º, 3º, 5º e 6º) do art. 304. Essas regras seriam inócuas, incapazes de gerar qualquer consequência.

ência jurídica ou qualquer sanção (processual) em caso de seu descumprimento. Afinal, qual seria a sanção por ter sido esgotado, em branco, o prazo de 02 anos para a ação de modificação da tutela antecipada estabilizada, se, após esse prazo, fosse possível ajuizamento de ação destinada a debater o direito material, (no âmbito da qual poderá haver, por consequência lógica e prática, a modificação dos efeitos da tutela estabilizada)? Não vemos utilidade em a lei prever um prazo rigoroso para a propositura de uma ação específica se, caso descumprido aquele prazo e não ajuizada aquela ação, pudesse ser proposta uma ação aparentemente diferente, em maior até mesmo maior, capaz de produzir rigorosamente os mesmos efeitos da ação cujo prazo se perdeu (REDONDO, loc. cit.).

A segunda corrente, defendida, entre outros autores, por Bruno Garcia Redondo, afirma que em uma interpretação sistemática dos parágrafos constantes no artigo 304 do CPC o transcurso do prazo de dois anos leva à ocorrência da coisa julgada material, mesmo havendo redação expressa no § 6º contrária a tal entendimento.

A sobredita corrente pode ser sintetizada nos seguintes termos:

Ora, se a conjugação das regras dos §§ 2º, 3º, 5º e 6º leva ao entendimento de que a tutela antecipada estabilizada somente pode ser modificada dentro de 02 anos por meio de uma demanda específica, somos obrigados a concluir que, após o esgotamento desse prazo, fica absolutamente impossibilitada a discussão do próprio direito material, sob pena burla àquelas regras, já que o debate do direito material poderia, por consequência inafastável, levar à modificação (prática e jurídica) da tutela estabilizada, o que está vedado por aqueles quatro dispositivos. E, como essa inexorável conclusão segue no sentido da impossibilidade de propositura de ação destinada a debater o direito material, somos obrigados a denominar como coisa julgada material esse fenômeno que surge com o esgotamento *in albis* do prazo bienal (REDONDO, 2015, p. 19).

E ainda:

A própria regra do § 6º do art. 304 não impede essa conclusão. Dito dispositivo não afirma que jamais existirá, a qualquer tempo, coisa julgada material. Há, ali, uma afirmação simples que não há coisa julgada somente durante o período de 02 anos previsto para a ação de modificação. Afinal, poderiam surgir duas dúvidas: (i) se, tendo em vista a não impugnação pelo réu e a extinção do processo (art. 304, *caput* e §1º), haveria formação de coisa julgada; e (ii) caso houvesse coisa julgada, se seria descabida uma ação de modificação da tutela, restando ao réu, apenas o ajuizamento de ação rescisória. O propósito do § 6º é, portanto, o de explicar que, apesar da extinção do processo, não há formação de coisa julgada, razão pela qual ainda cabe, durante 02 anos, a propositura de uma ação de modificação da tutela em primeiro grau, em vez da propositura de ação rescisória (REDONDO, loc. cit).

Entende o autor filiado a esta corrente que, diante da existência da coisa julgada, é cabível a ação rescisória após o transcurso do prazo bienal.

Tal corrente é bastante criticada pela doutrina, uma vez que, conforme entendimento majoritário, o manto da coisa julgada não pode cobrir decisões que são consubstanciadas por cognições sumárias, eis que são completamente incompatíveis entre si.

Nesse sentido, precisa é a lição de Eduardo Talamini:

O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (art. 5º, LIV, da CF/1988). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifes-

tação das partes, mas, sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões rele antes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva (TALAMINI, 2012, p. 28).

Ademais, a formação de coisa julgada na estabilização da tutela antecipada acabaria desestimulando que o réu deixasse de recorrer da tutela antecipada concedida, eis que a ocorrência desta lhe é mais maléfica<sup>34</sup>.

Por fim, a terceira e última corrente entende que o prazo bienal para o ajuizamento da demanda autônoma de rediscussão da tutela estabilizada constitui-se de prazo decadencial, não podendo, portanto, suspender ou interromper o prazo extintivo do direito de propor a ação.

Desse modo, entende-se que, transcorrido o prazo de dois anos para a propositura da demanda autônoma, a possibilidade de rediscussão da matéria ventilada na decisão estabilizada estaria fulminada pela decadência.

Levantando uma possível crítica a respeito do aludido entendimento, têm-se as palavras precisas de Humberto Theodoro Jr., *in litteris*:

Há quem pense ser inadmissível a marcação de um prazo fatal para o exercício da ação de revisão ou invalidação da medida antecipada estabilizada, ao argumento de que não seria constitucional a interdição a uma ação de contraditório pleno em torno de um litígio que apenas sumariamente se compôs. Ter-se-ia uma incompatibilidade, na espécie, com o processo justo. Dessa maneira, mesmo depois do prazo de dois anos do art. 304, § 5º, continuaria “sendo possível

o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes”, como o que ocorre, por exemplo, através da prescrição, da decadência e da *supressio* (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 693).

Em resposta, o sobredito mestre expõe seus argumentos nos seguintes termos:

A crítica, a nosso sentir, não procede. Ao estabelecer o Código um prazo para o exercício do direito de propor a questionada ação de revisão ou de invalidação, nada mais fez do que criar um prazo decadencial, que tanto pode ser estabelecido em lei material, como em lei processual. Exemplo típico de prazo decadencial instituído pelo Código de Processo Civil é aquele referente à propositura da ação de rescisão da sentença de mérito transitada em julgado (art. 975, *caput*). Nunca se pôs em dúvida, em nosso direito positivo, a viabilidade de se instituir em lei prazos decadenciais para o ajuizamento de certas demandas, sejam elas precedidas ou não de algum acerto em juízo. Além da ação rescisória vários são os casos de ações anulatórias ou revisionais, de larga presença no foro, que se extinguem pelo decurso do tempo (vícios de consentimento, incapacidade do contratante, renovação de locação, revisão de aluguel etc.) (THEODORO JÚNIOR, loc. cit).

Pelo exposto, entende-se como plenamente possível a previsão legal do instituto da decadência, mesmo que em um diploma processual.

Bruno Garcia Redondo apresenta ainda duas outras críticas ao referido entendimento, a saber:

(i) essa estabilidade fundada em cognição não-exauriente ser “superior” à coisa julgada (impedindo, até mesmo, ação rescisória); e (ii) essa estabilidade, sem ter natureza de coisa julgada, produzir o efeito de impedir a propositura de ação autônoma destinada a debater o direito material (REDONDO, 2015, p. 17).

De fato, ao se adotar o entendimento da aplicação da decadência ao caso concreto se acaba impedindo qualquer rediscussão da matéria após o decurso do prazo, impossibilitando até a propositura de ação rescisória, que é hábil a desconstituir a coisa julgada, a qual, em tese, deveria ter uma certeza maior que a “coisa estabilizada”. Ocorre, na realidade, o fenômeno denominado por Artur César de Souza “coisa soberanamente julgada” (SOUZA, 2014, p. 186).

A celeuma, ao que parece, permanecerá sem solução por um bom tempo, mas, numa análise de todos os entendimentos expostos, parece ser o mais acertado aquele que permite o ajuizamento de ação de rediscussão, mesmo após o transcurso do prazo bienal, eis que, ademais de todo o exposto, a matéria que foi analisada quando da concessão da medida dizia respeito tão somente ao preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, não tendo sido sequer formulado o pedido principal pelo autor da demanda. Destarte, é possível a rediscussão da matéria, desde que respeitados os prazos prescricionais previstos no direito material pertinente.

## 7. Outras questões polêmicas acerca da estabilização

Prevê o artigo 304, *caput*, do CPC, em interpretação literal, que somente cabe a estabilização da decisão que conceder a tutela antecipada, não cabendo tal hipótese nas decisões cautelares.

Neste particular, andou bem o legislador ao prever a estabilização somente para as tutelas antecipadas, tendo em vista que as cautelares, pela sua natureza conservativa, não admitem a estabilização<sup>35</sup>.

Desse modo, vislumbra-se como completamente inócua a estabilização de tutela cautelar, uma vez que esta nada satisfaz, não tendo nenhuma finalidade prática ao demandante<sup>36</sup>.

Ocorre que ao se admitir somente a estabilização da tutela antecipada o código reabriu a discussão a respeito da natureza da tutela de urgência concedida (se antecipada ou cautelar) (RIBEIRO, 2016, p. 225), o que dá ensejo a desnecessárias discussões que, por muitas vezes, são inconclusivas, mormente quando se está diante de situações de “zona

cinzenta” entre ambos os institutos, em que não conseguirá se definir, de forma indene de dúvidas, qual é a tutela adequada ao caso – se antecipada ou cautelar.

Pela literalidade do CPC – artigos 303 e 304 – somente podem estabilizar-se as tutelas antecipadas concedidas em caráter antecedente.

Contudo, com entendimento contrário, defendem Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade a possibilidade da estabilização da tutela incidental, uma vez que não há diferença substancial entre o momento de requerimento da tutela, de sorte que em ambos os casos – antecedente ou incidental – a tutela será deferida com fulcro nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função (THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, 2012, p. 48-49).

Em que pese os ponderáveis argumentos favoráveis à estabilização da tutela incidental, a sua impossibilidade é a medida que se impõe.

A uma, porque o próprio CPC previu expressamente a estabilização pela tutela antecipada antecedente. A duas, pois o entendimento contrário acarretaria uma evidente insegurança jurídica, uma vez que a estabilização foi pensada e instituída para o procedimento antecedente, em que somente há uma cognição sumária de procedimento abreviado, com o fito na celeridade e efetividade (CARDOSO, 2017, p. 63).

Assim sendo, torna-se completamente contraditória à própria essência e finalidade da estabilização da tutela concedê-la na forma incidental, eis que já houve, quando concedida incidentalmente, o início da ação de cognição exauriente e o consequente procedimento pleno, esvaziando-se, assim, a finalidade da estabilização, que era justamente encurtar o procedimento e a cognição<sup>37</sup>.

Denota-se ser efetivamente necessário um procedimento legal específico para a hipótese de estabilização da tutela incidental, levando-se em conta as suas peculiaridades. Demonstra-se, portanto, impossível a estabilização da tutela incidente, sem a previsão legal para tanto.

É necessário um procedimento legal específico para a hipótese de estabilização da tutela incidental, levando-se em conta as suas peculiaridades

A remessa necessária, instituto criado para a consecução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, exige que para que uma sentença prolatada em face da Fazenda Pública tenha sua eficácia efetivada, a decisão seja submetida e apreciada, independentemente da interposição de recurso pelas partes, pelo segundo grau de jurisdição, ocorrendo uma reapreciação da matéria já analisada e julgada em primeira instância.

A tutela estabilizada surge como uma boa alternativa para se obter os mesmos efeitos práticos que somente se conseguiria ao final de uma demanda de cognição exauriente

Tal instituto somente é aplicado, nos termos do artigo 496, I e II, do CPC, para sentenças que forem proferidas “contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público” ou “que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal”<sup>38</sup>.

Uma questão que merece indagação, neste particular, diz respeito à necessidade (ou não) de submissão da tutela estabilizada em demanda ajuizada em face da Fazenda Pública.

A resposta há de ser negativa. Não há como submeter uma tutela provisória estabilizada à remessa necessária. O legislador, ao prever a remessa necessária, somente a exigiu para os casos de sentenças julgadas em desfavor da Fazenda Pública. Em nenhum momento previu tal possibilidade para decisão proferida no âmbito do procedimento de tutela antecipada antecedente, tampouco para a sentença que extingue o feito após a estabilização da tutela, eis que esta não tem cunho condenatório, mas somente de pôr termo ao feito sem resolução do mérito.

Urge consignar, outrossim, que diante da possibilidade de rediscussão da tutela estabilizada em ação autônoma não há qualquer prejuízo ao ente público pela não submissão da medida concedida ao instituto da remessa necessária, sendo, portanto, completamente dispensável a aplicação do duplo grau de jurisdição obrigatório (MARINONI, 2017, p. 249-250). Ademais, soma-se o fato de que a decisão antecipada esta-

bilizada sequer é sentença, mas sim uma decisão interlocutória sujeita ao recurso de agravo de instrumento, não se sujeitando, portanto, à remessa necessária (SOUZA, 2016, p. 202).

Um ponto que merece destaque relaciona-se à possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. A questão acarretava uma leve controvérsia doutrinária, tendo em vista o regime jurídico diferenciado do ente público e todas os consecutórios dele advindos.

No entanto, demonstra-se plenamente possível a estabilização da tutela em face da Fazenda Pública, ressalvados os casos em que há vedação expressa de concessão de “tutela antecipada contra a Fazenda Pública, por exemplo, nos casos referidos na Lei 9.494/1997 (conforme disposição expressa do seu art. 1º) e na Lei 12.016/2009 (art. 7º, § 5º)” (CARDOSO, 2017, p. 161). Desse modo, “se não é possível a concessão da tutela antecipada nesses casos, não será viável, por imperativo lógico, a estabilização da tutela antecipada” (CARDOSO, loc. cit.).

## Considerações finais

A tutela estabilizada surge, em conclusão, como uma boa alternativa para se obter os mesmos efeitos práticos que somente se conseguiria ao final de uma demanda de cognição exauriente, em que, em troca dessa abreviação de procedimento e do gozo imediato dos efeitos práticos requeridos, o autor abre mão da certeza da coisa julgada material.

Percebeu-se, portanto, no presente trabalho, que, apesar de instituído e regulamentado pelo novo CPC, o instituto da estabilização ainda carece, em vários pontos relevantes, de regulamentação legal, o que acabou ensejando, conquanto seja relativamente recente o instituto, várias possíveis soluções doutrinárias a esse respeito, as quais, inclusive, foram aqui expostas.

Este artigo foi relevante, na medida em que objetivou, ainda que de forma tímida, ajudar a solucionar as problemáticas levantadas e que, inevitavelmente, serão deparadas pelo operador do direito na prática forense. Colimou-se o levantamento das melhores soluções doutrinárias.

rias à luz das problemáticas apresentadas e que poderão, irremediavelmente, ser usadas para resolver eventuais questões práticas futuras.

Por óbvio, as soluções aqui apresentadas não têm o condão de tornarem-se definitivas para a resolução de todos os casos concretos que eventualmente surgirem na prática. Necessita-se de uma constante pesquisa para se chegar ao melhor resultado possível.

Ainda não se sabe ao certo quais serão, efetivamente, os efeitos práticos que a estabilização poderá ocasionar para o Judiciário brasileiro, mas há, pelo menos no âmbito do presente trabalho, muito otimismo no sentido do seu sucesso na realidade brasileira.

## Notas

1. Ruy Alves Henriques Filho. Juiz de Direito em Segundo Grau junto ao TJ/PR. Mestre pela Universidade Federal do Paraná e Doutor pela Universidade de Lisboa. Professor do Centro Universitário Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná.
2. Bruno Henrique Olmo de Oliveira. Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Paraná.
3. A respeito deste constante conflito entre a segurança da decisão e a efetividade do processo, salutar é a lição de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: “Contudo, o propalado equilíbrio (entre segurança e efetividade) não é simples de se alcançar, podendo-se afirmar que, no mais das vezes, se a justiça é rápida, não há decisão segura; se, ao revés, a decisão for segura, não haverá justiça rápida. Se, por um lado, é inescusável que o processo deve durar o tempo necessário para que haja o amadurecimento da síntese e da antítese trazidas pelo autor e pelo réu, permitindo-lhes amplo direito de defesa, o pleno exercício do contraditório e, bem assim, a oportunidade de produzirem provas e de interpirem recursos contra as decisões que lhes forem desfavoráveis, de outro, não se pode deixar de considerar que o tempo necessário para que o processo se desenvolva com pleno respeito a tais garantias abica, muitas vezes, na inutilidade da decisão ou, na melhor das hipóteses, num dano evidente àquele que buscava a tutela jurisdicional” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 68).
4. Art. 304, CPC: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. (BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).
5. Tal regulação, independentemente de processo de cognição plena, consagra

a autonomia da estabilização. Nesse sentido, cabe a transcrição da lição de Eduardo Arruda Alvim: “É em razão dessa capacidade ou aptidão de solucionar o conflito no plano dos fatos que o CPC/2015 confere autonomia à tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente. Ela passa a operar efeitos panprocessuais, sendo mantida sem a necessidade da discussão exauriente do mérito. Diferentemente do que previa o CPC/73, segundo o qual, extinto o processo por qualquer motivo, extinguia-se também a tutela antecipada e seus efeitos, o CPC/2015 permite que a tutela provisória se perpetue autonomamente, disciplinando a relação entre as partes. Em suma, está estabelecida no art. 304 uma técnica especial de resolução provisória do conflito, por meio da qual uma tutela provisória passa a gozar de autonomia, permitindo às partes a fruição de seus efeitos práticos, independentemente da discussão de mérito, na expectativa de que isso sirva para diminuir a litigiosidade” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 200).

6. Cassio Scarpinella, ao tratar sobre o aludido rito, expressou que este até poderia figurar entre os procedimentos especiais do Título III do Livro I da Parte Especial do CPC. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 268-269).
7. Discorrendo acerca da impugnação da medida pelos litisconsortes, defende Eduardo Arruda Alvim: “Com relação à existência de litisconsortes passivos, entendemos que a interposição de recurso por um litisconsorte só aproveita ao outro no caso de litisconsórcio unitário, aplicando-se a regra do art. 1.005 do CPC/2015. De acordo com o que defendemos oportunamente em obra conjunta com Arruda Alvim e Araken de Assis, somente no litisconsórcio unitário, em que há a necessidade de que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente atinja todos os litisconsortes de maneira uniforme, é que o recurso interposto por um deles se estenderá aos demais. Desse modo, diversamente, tratando-se de litisconsórcio simples, é possível a estabilização da tutela com relação a apenas um dos litisconsortes, o que se pode chamar de estabilização parcial subjetiva” (ALVIM, 2017, p. 222-223).
8. “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.
9. Luiz Guilherme Marinoni, no entanto, ao discorrer a respeito da petição inicial “incompleta” na tutela antecedente, critica a novidade legislativa com os seguintes dizeres: “O problema é que o requerimento de tutela antecipada mediante petição inicial “inacabada” infelizmente poderá ser generalizado na prática forense, na medida em que “urgência contemporânea à propositura da ação” é algo que não pode ser medido com precisão. Isso permitirá, caso não haja rigor judicial, que a parte possa, mascarando a situação de urgência, pedir tutela antecipada *sem correr qualquer risco de ser vencido* no processo

- na medida em que, para a extinção do processo quando a tutela antecipada é indeferida, basta o não aditamento da petição inicial (art. 303, § 6º, CPC)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 133). Em igual sentido é o entendimento de Talamini (TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 209, ano 37. São Paulo: RT, julho/2012, p. 32).
10. Luiz Eduardo Galvão, ilustrando as situações em que, além da estabilização, a tutela antecipada antecedente pode ser benéfica ao réu, expõe: “O autor pode estar enfrentando uma situação de urgência tão intensa que não dispõe de tempo para reunir todos os documentos necessários à propositura da ação, e talvez também não haja tempo para elaborar uma petição inicial a contento para a inauguração direta do procedimento principal (lembre-se que, no procedimento antecedente, quando instado a aditar a inicial, o autor poderá trazer aos autos novos argumentos e provas). Ou, então, a opção pelo procedimento antecedente pode ser fruto de mera estratégia processual: o autor não quer antecipar todos os seus argumentos antes da concessão da tutela antecipada”. (CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. *Estabilização da tutela antecipada*. Orientador: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 98).
11. Art. 304, CPC: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto”. (BRASIL, *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).
12. Em sentido diametralmente contrário, tem-se o entendimento de Artur César de Souza: “[...] E se diante de determinada circunstância, o prazo para o aditamento da petição inicial por parte do autor (quinze dias ou outro que o juiz fixar) findar-se antes do prazo para que o réu deverá interpor o recurso de agravo de instrumento, qual será consequência jurídica? O juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, perdendo a eficácia a tutela concedida, pois o autor não aditou a petição inicial, ou o juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, mas com a estabilização dos efeitos da tutela concedida, tendo em vista que o réu não interpôs o recurso de agravo de instrumento. Parece-me que, nesse caso, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, perdendo a eficácia da tutela antecipada concedida, pois o autor teria, por dever legal processual, a obrigação de realizar o ‘aditamento da petição inicial’, uma vez que esse dever surge primeiro para o autor, ou seja, o prazo para o aditamento findou-se antes do prazo para a interposição do respectivo recurso” (SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória: Tutela de*

- urgência e tutela de evidência. São Paulo: Almedina, 2016, p. 202).
13. Anote-se que, conquanto a tutela concedida impugnada pelo réu não se estabilize, esta permanecerá irradiando seus efeitos, exceto se for posteriormente revogada pelo Juízo, pela ausência de seus pressupostos. Nesse sentido: CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente*: tentativa de sistematização. Dissertação. (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Orientador: Cássio Scarpinella Bueno. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.
  14. Contrário à isenção dos honorários de sucumbência, em aplicação analógica do art. 701 do CPC, tem-se o entendimento de Heitor Sica (2016, p. 416).
  15. Enumerando, ademais, as características comuns entre ambos os institutos, tem-se o seguinte trecho de autoria de Eduardo Talamini: “a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em favor do autor; b) a falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarretalhe imediata e intensa consequência desfavorável; c) nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) não haverá coisa julgada material” (TALAMINI, 2012, p. 25).
  16. Art. 1.015, CPC: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias”. (*Op. cit.*).
  17. Art. 932, CPC: “Incumbe ao relator: (...) II – apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal”. (*Idem*).
  18. Contrário ao referido entendimento, criticando a simples interposição de recurso como meio apto para afastar a estabilização: SCARPARO, Eduardo. *Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.eduardoscarparo.com.br/2016/11/14/estabilizacao-da-tutela-antecipada-no-codigo-de-processo-civil-de-2015/>. Acesso em: 18 mar. 2018.
  19. Didier vai além e defende a possibilidade de o réu, inclusive, adiantar a sua própria defesa (em regra, contestação), afastando definitivamente a estabilização (DIDIER JUNIOR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 690). Com entendimento contrário, Antonio de Moura Cavalcanti Neto, criticando a possibilidade de afastamento da estabilização somente pela apresentação de contestação, expõe: “A apresentação de contestação pelo autor representa erro grosseiro, pois não há o que contestar. Quando o autor é citado para contestar

- no Procedimento Comum tem o dever de atacar os fatos e fundamentos da petição inicial. No caso da tutela antecipada antecedente, ele, se não se conformar, deve impugnar a decisão provisória. Ademais, nem há pedido final a ser contraditado, uma vez que o seu prazo para resposta apenas começará a correr na forma do art. 303, § 1º, II e III, que remetem aos arts. 334 e 335, todos do CPC”. (CAVALCANTI NETO, 2017, p. 14).
20. Artur César de Souza entende, contudo, que somente se afasta a estabilização mediante a propositura de recurso. Nesse sentido (SOUZA, 2016, p. 199-200).
  21. Tal decisão é, no entanto, irrecorrível, haja vista a completa ausência de interesse recursal do requerido, podendo este, na forma do que dispõe o § 2º, do art. 304 do CPC, promover a ação própria para a rediscussão da matéria. Nesse sentido, precisa é a lição de Artur César de Souza: “Contra a decisão de extinção do processo, em regra, não caberá recurso de apelação, pois o réu não terá interesse no recurso em face do que dispõe o § 2º do art. 304 do novo C.P.C. Entendo que não haverá interesse no recurso de apelação no que concerne à análise da antecipação de tutela ou do mérito, pois esta análise deverá ocorrer na demanda autônoma que poderá ser proposta por qualquer das partes nos termos do § 2º do art. 304 do novo C.P.C.” (SOUZA, 2016, p. 199-200).
  22. Tal fenômeno é denominado por Artur César de Souza como a ultratividade e estabilidade da tutela antecipatória. (SOUZA, 2016, p. 198).
  23. Este é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara: ”Uma vez estabilizada a tutela satisfativa de urgência, então, será possível a qualquer das partes ajuizar, em face da outra, demanda com o fim de obter a revisão, reforma ou invalidação da decisão concessiva da tutela antecipada estável (art. 304, § 2º). Só no caso de vir a ser proposta esta demanda é que será possível a revogação dos efeitos da tutela antecipada estável, devendo este novo processo tramitar perante o mesmo juízo em que se desenvolveu o processo no qual fora deferida a tutela antecipada que se estabilizou (art. 304, § 4º, parte final), o qual terá competência funcional para conhecer da demanda de desconstituição da tutela antecipada estável” (CÂMARA, 2017, p. 159).
  24. Heitor Sica, no entanto, defende que o magistrado pode revogar ou modificar a decisão estabilizada até a decisão de extinção a que alude o § 1º do art. 304 do CPC, desde que sobrevenha aos autos novos elementos. Nesse sentido: “[...] Ao contrário, o sistema prevê expressamente que o juiz terá nova oportunidade para proferir provimento decisório, isto é, a extinção do processo *ex vi* do art. 304, § 1º. Entendo que esse dispositivo não deixa o juiz “de mãos atadas” diante da inércia do réu em recorrer da decisão antecipatória, podendo nesse momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu” (SICA, 2016, p. 413).
  25. Nessa ordem de ideias, necessária se faz a transcrição do escólio de Luiz Eduardo Galvão: “É possível dizer que a previsão dessa ação de revisão é um

importante instrumento para dar certa tranquilidade aos sujeitos processuais durante o transcurso do procedimento de estabilização: autor e réu saberão que uma má avaliação a respeito da conveniência da estabilização poderá ser corrigida com o ajuizamento da ação autônoma ora tratada. Sentir-se-ão, assim, mais confortáveis para deixar de prosseguir com a demanda, dando lugar à consolidação da tutela antecipada” (CARDOSO, 2017, p. 94).

26. Cumprе assinalar, entretanto, que é impossível a estabilização, em ação autônoma posterior, de tutela antecipada já estabilizada anteriormente, em razão da impossibilidade de ser esta concedida incidentalmente e de a ação de revisão da estabilização ser necessariamente vinculada à um procedimento e cognição exauriente. Em complemento, imperativa a transcrição da lição de Luiz Eduardo Galvão: “A lógica é a seguinte: deve-se resolver de forma célere a questão controvertida por meio da estabilização da tutela sumária. Todavia, se uma das partes não adere a esta solução e pretende continuar discutindo a questão, é melhor que isso seja feito sob cognição exauriente e de maneira imutável, evitando a perpetuação do conflito de interesses. Portanto, se a solução inicial da estabilização da tutela antecipada não é acolhida pelas partes, deve-se partir para o processo de conhecimento ordinário visando ao encerramento definitivo e imodificável da discussão. Permitir sucessivos procedimentos de tutela antecipada antecedente vai contra o espírito do sistema, que é exatamente o de evitar a perpetuação e a pulverização de conflitos” (CARDOSO, 2017, p. 122).
27. “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. [...] § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*”.
28. “§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.
29. “§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida”.
30. Art. 373, CPC: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. (*Ibid.*).
31. Este, ademais, também é o posicionamento adotado por Bruno Garcia Redondo, entendendo, ainda, que poderá o magistrado distribuir de forma dinâmica o ônus, se preenchidos os pressupostos legais. (REDONDO, 2015, p. 15).
32. Art. 304, § 5º, CPC: “O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos,

- contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º” (*Ibid.*).
33. Art. 304, § 6º, CPC: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”. (*Ibid.*).
  34. Percepção esta que foi empreendida por Luiz Eduardo Galvão, nos seguintes termos: “De fato, é mais conveniente que não haja formação de coisa julgada quando se tratar de estabilização da tutela antecipada, pois, se assim não fosse, haveria um grande contra estímulo para que o réu deixe de recorrer da decisão que antecipa a tutela e, assim, permita a ocorrência da estabilização da tutela antecipada. Em verdade, reconhecer a existência de coisa julgada retiraria uma das maiores utilidades – se não a maior – que o réu pode encontrar no instituto aqui estudado, o que possivelmente acabaria por esvaziá-lo e relegá-lo ao absoluto desuso, frustrando a finalidade perseguida pelo legislador brasileiro” (CARDOSO, 2017, p. 137).
  35. Complementando o exposto, pertinente a lição de Eduardo Arruda Alvim: “Além disso, a estabilização não se ajusta à tutela de urgência cautelar, seja em razão da falta de previsão legal nesse sentido, seja em razão da própria natureza da tutela cautelar. Como vimos em várias passagens deste trabalho, a tutela de urgência cautelar possui índole conservativa, tendo por finalidade evitar que o processo, enquanto instrumento, se mostre inefetivo. Ou seja, o requisito da “urgência” cautelar não é aferido pelo perigo que corre o bem da vida pleiteado, mas pelo perigo de que o julgamento de mérito, quando proferido, não se mostre útil. Diferentemente da tutela antecipatória, satisfativa por natureza, o provimento cautelar nada satisfaz. Diante disso, embora ambas apresentem um verdadeiro “quê” de cautelaridade, não há sentido na estabilização de um provimento que nada satisfaz e que, portanto, não tem aptidão para solucionar a crise de direito material” (ALVIM, 2017, p. 222-223).
  36. Em sentido contrário (MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, v. 202, p. 259, dez, 2011).
  37. No mesmo sentido da impossibilidade da estabilização da tutela incidental tem-se o entendimento de Eduardo Talamini: “As disposições sobre estabilização dos efeitos da medida antecedente, tal como postas, são incompatíveis com o regime das medidas incidentais. Não se ignora a possibilidade de emprego da técnica da estabilização nas medidas sumárias incidentais – como acontece na Itália, por exemplo (art. 669-octies, settimo comma, do CPC italiano). Mas isso depende de regras específicas que definam parâmetros de estabilização compatíveis com a estrutura e a dinâmica de um processo de cognição exauriente já em curso” (TALAMINI, 2012, p. 30).

38. Art. 496, CPC: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal”. (*Ibid.*).

## Referências

- ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL, *Código de Processo Civil*. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. *Estabilização da tutela antecipada*. Orientador: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.
- CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. Dissertação. (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Orientador: Cássio Scarpinella Bueno. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GRECO, 2014 apud DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, v. 202, dez.2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2017.

- REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 244, jun.2015.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.
- SCARPARO, Eduardo. *Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015*. Scarparo Advocacia, Rio Grande do Sul, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2016/11/14/estabilizacao-da-tutela-antecipada-no-codigo-de-processo-civil-de-2015/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada no projeto da câmara dos deputados do novo CPC – Da tutela de evidência e da tutela satisfativa – Última parte. In: *Revista de processo*, São Paulo, n. 235, p. 178, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Tutela provisória: Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Almedina, 2016.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 209, p. 30, jul.2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- \_\_\_\_\_. ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 206, abr.2012.
- XIMENES FARIAS, Tauser. Estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência antecipada antecedente. *Jus Brasil*, Salvador, 2017. Disponível em: <<https://tauserxf.jusbrasil.com.br/artigos/418028908/estabilizacao-dos-efeitos-da-tutela-provisoria-de-urgencia-antecipada-antecedente>> Acesso em: 09 nov. 2017.

# Diálogo entre o mercado de consumo transnacional e a prestação jurisdicional internacional. Breve abordagem sobre aprimoramento da segurança e confiança jurídica

**Javert Ribeiro da Fonseca Neto<sup>1</sup>**

Mestre em Direito Stricto Sensu pela UNISINOS/RS, Especialista em Processo Civil pela Faculdade Curitiba de Direito

**Breviário:** Este arrazoado não tem a pretensão de exaurimento do tema, mormente ante o dinamismo (paradigmas em movimento) da questão a ser sopesada. A concepção abordada é, neste viés, esquadrinhar alguns aspectos relevantes, sociais e jurídicos, a envolver o aumento irrefreado do consumo transnacional em massa, fomentado pela tecnologia de informação, e a efetividade da jurisdição internacional. As transformações sociais hodierna fazem surgir situações conflituosas inéditas, e com isso o aumento da demanda jurisdicional, exigindo constante empenho para garantir aos jurisdicionados (em controvérsias judiciais transnacionais de consumo) as ferramentas essenciais para que se dê cobro às tutelas açodadamente reivindicadas. Bem assim, buscou-se traçar alguns parâmetros relativos a complexa sociedade de consumo contemporânea e sua vulnerabilidade presumida, o avanço tecnológico como ferramenta de fomento e uma breve abordagem sobre o sistema jurídico posto no tocante a cooperação jurídica internacional como mecanismos de estimular a confiança e a segurança jurídica.

## 1. Sociedade em rede e o consumismo transnacional: vulnerabilidade presumida

PARA MELHOR DESENVOLVIMENTO DA IDEIA QUE AQUI SE ESPRAIA, afigura-se judicioso partir do pensamento de que o mercado, como hoje se conhece, tem consistência ligada a fato social e não a construções jurídicas. Tratar-se de uma instituição social das mais importantes, já que é resultado de um duradouro e complexo processo de divisão do trabalho social, que transformou a sociedade de modo que não existe mais autossuficiência, haja vista que trocar bens e serviços é fato indispensável, e a tecnologia de informação é ferramenta de fomento.

Atentando-se aos estudos sociojurídicos mais palpitantes no trato da questão (globalização: jurídica e mercadológica), percebe-se que a crise da globalização se aprofundou e que o atual direito do consumidor e a dogmática contratual estão sendo mais uma vez desafiados.

A intensidade e o alcance das transformações da contemporaneidade certamente são mais intensos do que a maioria das mudanças características de períodos anteriores. A globalização nitidamente gerou uma transformação comportamental na sociedade. Hodiernamente tanto o sistema produtivo global quanto o mercado de consumo mundial possibilitam uma gama incontável de variadas decisões, refletidas em questões individuais de escolha de seus agentes, e isso reflete diretamente no mercado e, por consequência, na sociedade.

As mudanças paradigmáticas na economia e seus reflexos na sociedade são naturais deste tempo em que se vive em pleno apogeu da socialização do direito. A sociedade contemporânea tem comportamento mutante, tal qual as inovações tecnológicas e, verificando as estruturas sociais emergentes nos domínios da atividade e experiência humana, denota-se que as funções e os processos dominantes na era da informação estão cada vez mais organizados em torno de redes.

Redes se traduzem na nova forma de socialização, pois modificam a forma de operação e produção e seus resultados, suas experiências, seu poder e sua cultura, como bem comenta Manuel Castells, em sua obra *Sociedade em Rede*<sup>2</sup>.

Castells descreve que desde meados do século passado, vem se verificando que um novo mundo passou a tomar forma, sendo mais perceptível esta transformação quando a sociedade passou por três processos independentes:

(i) Revolução da tecnologia da informação; (ii) Crise econômica do capitalismo e do estatismo e a consequente reestruturação de ambos; (iii) e o apogeu de movimentos sociais e culturais: libertarismo, feminismo, direitos humanos e ambientalismo.

A evolução tecnológica possibilita a conexão mundial via internet e instiga uma severa mudança na base material da sociedade, que estabelece uma interdependência global entre diferentes países, assim proporcionando alterações comportamentais entre economia, sociedade e Estado (nação). O uso presente e crescente de redes como a internet desencadeou criação de um novo tipo de organização social – a sociedade em rede já explicada por Castells. Esta novel sociedade, em rede, possibilita o surgimento de comunidades virtuais que se representa por grupos humanos constituídos pela identificação de interesses comuns.

Diz ele que a

Internet é o coração de um novo paradigma sociotécnico, que constitui na realidade a base material de nossas vidas e de nossas formas de relação, de trabalho e de comunicação. O que a Internet faz é processar a virtualidade e transformá-la em nossa realidade, constituindo a sociedade em rede, que é a sociedade em que vivemos.<sup>3</sup>

Há que se admitir que o século 20 foi o século dos novos direitos. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho<sup>4</sup>,

Do velho tronco do Direito Civil brotaram novos ramos – ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos

povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação, além daqueles introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, que compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo<sup>5</sup> – todos destinados a satisfazer as necessidades de uma sociedade em mudança.

O surgimento destes novos direitos é fruto do avanço científico e tecnológico que ganhou grande repercussão ao longo do século passado. As consequências disto extrapolaram os limites do imaginável, causando relevantes transformações sociais, políticas e econômicas na sociedade contemporânea.

Se, algum tempo atrás, a proteção do consumidor era um tema de direito interno, eis que a atuação da maioria das pessoas restringia-se ao território do seu país, uma relação típica nacional, sem qualquer elemento de internacionalidade, hoje a realidade regional e nacional é diversa (Cláudia Lima Marques).<sup>6</sup>

A sociedade passa por um momento peculiar e absolutamente diferente do que até aqui experimentado, de tal forma que, conforme Cavalieri Filho, “retornasse hoje alguém que da terra tivesse partido no início do século passado, não acreditaria ter regressado ao mesmo mundo”.

Bolzan relembra Bobbio para afirmar que a preocupação com estes novos direitos decorre das transformações do Estado moderno. Parafraseando Bobbio, que relata em seu livro *A Era dos Direitos*:

o autor italiano mostra como nos últimos anos tem-se acelerado o processo de multiplicação dos direitos, e o justifica com base em três razões principais: primeiro, porque teria havido um aumento de bens a serem tutelados; em segundo, porque teria aumentado o número de sujeitos de direito e, enfim, por terceiro, porque teria havido também uma ampliação do tipo de *status* dos sujeitos.<sup>7</sup>

E completa com:

... os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências...<sup>8</sup>

A preocupação com a proteção do consumidor foi significativamente impulsionada com a abertura do mercado interno de diversas nações a bens de consumo estrangeiros. A realidade global construída e vivenciada pela sociedade pós-moderna oferece produtos de origem estrangeira como opção de consumo por qualquer cidadão, inclusive aquele que não viaja ao exterior para adquiri-los. A globalização tratou de aproximar o consumidor dos bens produzidos por fornecedores internacionais, sem que para isso tenha que se deslocar. Como diz Cláudia Lima Marques<sup>9</sup>, consumir de modo internacional é típico de nossa época.

A globalização, diz Faria<sup>10</sup>, “é um fenômeno complexo e multifacetado, com profundas implicações nas mais variadas áreas do conhecimento e nos mais diversos setores da vida social”.

As mudanças da atual sociedade fizeram com que os bens juridicamente relevantes, ou a riqueza econômica, passassem a ser bens de consumo (produtos e serviços de massa), e a privatização generalizada dos serviços públicos abalasse a segurança do Estado, do bem-estar. A globalização da produção e da distribuição em escala e o crescente movimento de integração econômica superaram as fronteiras do Estado-Nação, diminuindo a intervenção protetiva estatal e deslegitimando os poderes estatais, como o Judiciário e o Legislativo.

A abertura “dos portos às nações amigas” (do mercado interno para serviços e produtos estrangeiros) desencadeia necessidade de melhor proteção ao consumidor final destes benefícios. Tal aspecto ‘internacional’ potencializa a possibilidade de desequilíbrio, por deixar o consumidor especialmente mais vulnerável, necessitando da efetiva tutela e positiva intervenção dos estados e dos organismos internacionais legitimados para tal.

Mas, se por um lado a globalização e a consequente abertura do mercado de consumo facilitaram ao consumidor a aquisição de bens de origem estrangeira a ponto de satisfazer seus sonhos, por outro transformaram o consumidor em um agente cada vez mais vulnerável, dadas as falhas do mercado, conforme leciona Cláudia Lima Marques em seu artigo<sup>11</sup>. Daí a sua preocupação em ressaltar a necessidade de regulação da proteção do consumidor por meio da intervenção dos Estados e organismos internacionais com legitimidade para tais medidas.

É bem de ver que o sistema normativo – e toda a sucessão de atos, termos e normas de produção, de conteúdo, de forma e de sequência que lhe são correspondentes – tem suportado, na prática, significativos impactos que influem nas conjecturas, nas progressões e nas adequações desejáveis, tudo defluindo, por igual, desse fenômeno que marca o poderio do mundo globalizado. Em razão de que essa somatória de consequências e sequelas repercute nas palpitações da crise legal, vê-se que seus efeitos espelham uma patologia, sujeita a “terapia legística” de ordem organizativa, formal e material.

Normas nacionais de direito internacional privado, especificamente quanto aos países das Américas, não atendem às novas problemáticas que a todo dia surgem desta nova modalidade de relação de consumo internacional que se apresenta. Enfim, a autora esclarece que o ordenamento jurídico não atende às consequências da internacionalização das relações de consumo de maneira adequada e eficiente a dar proteção ao consumidor cada vez mais fraco e vulnerável.

Bauman trabalha a ideia de que o consumidor constrói, agora, seus projetos de vida com base nas eleições de consumo e não mais ao redor do trabalho, das capacidades profissionais e da disponibilidade de empregos. Assim, se, antes, ser pobre era não ter trabalho ou não conseguir o salário desejado, agora ser pobre é estar alijado do consumo que deseja ou é estar excluído do consumo<sup>12</sup>. Poder consumir é direito fundamental de dignidade inerente à pessoa humana que se vê inserida em uma ‘sociedade de consumo’.

Parafraseando Niklas Luhmann, Lopes<sup>13</sup> explica a relação entre o direito do consumidor e o problema da reciprocidade, esclarecendo

que os direitos sociais são conceitualmente definidos pelos modernos como direitos fundamentais, e a não reciprocidade faz aparecer o fenômeno da irresponsabilidade quanto aos efeitos perversos do exercício desvinculado destes direitos fundamentais subjetivos. Por esta razão o Judiciário se tornou a via de acesso para o resgate de uma tradição jurídica, segundo Lopes<sup>14</sup>, pautada pela aplicabilidade da distribuição dos ônus e benefícios dos bens coletivos – como preferem dizer os economistas.

Em outras palavras, o judiciário, ao decidir questões relativas a direitos sociais, especificamente aqueles que envolvem lesão ao direito do consumidor, valendo-se da distributividade como embasamento da decisão, equalizará a relação de consumo desequilibrada em função da não reciprocidade desvinculada da responsabilidade social.

O espaço público de mercado, assim denominado por Lopes e sustentado por Timm<sup>15</sup>, deve ser protegido de práticas discriminatórias próprias das relações privadas. E, para salvaguardar esta proteção do espaço de mercado e, conseqüentemente, atender os direitos fundamentais, deve-se primar pela aplicabilidade da justiça distributiva e suas regras, tornando possível alcançar a justiça social, a redução das desigualdades sociais e a proteção dos consumidores que representam a sociedade estruturada a partir de uma ordem econômica, acrescenta Lopes<sup>16</sup>.

O espaço público de mercado, a partir da compreensão do artigo produzido por Cláudia Lima Marques, dá a entender que foi criado para atender um público especialmente preparado para ele, ou seja, pessoas jurídicas, empresários, profissionais e especialistas neste tipo de relação de consumo internacional. No entanto, o desequilíbrio e a vulnerabilidade aparecem quando o consumidor leigo se vê atraído pela ostensiva publicidade em caminho oposto a informação e a carência de especialidade deste consumidor leigo.

Ser pobre era não ter trabalho ou não conseguir o salário desejado, agora ser pobre é estar alijado do consumo que deseja ou é estar excluído do consumo

Roberto Senise Lisboa<sup>17</sup> descreve a vulnerabilidade do consumidor como característica de “...presunção absoluta no mercado de consumo, em face do fornecimento dos produtos e serviços e do domínio da tecnologia e da informação que o fornecedor possui sobre eles”.

O mesmo autor esclarece ainda que ser imperativo é lembrar que a vulnerabilidade não se constitui, necessariamente, no critério legal para a definição do consumidor e da relação de consumo, pois é ela um *posterius*, que surge como consequência do reconhecimento da existência da relação de consumo.

E, para a má sorte deste consumidor, segundo Cláudia Lima Marques<sup>18</sup>, as regulações normativas internacionais não visam a proteção deste consumidor, mas sim dos fornecedores, eis que foram criadas para relações de mercado pautadas pelo profissionalismo e especialidade, e pela continuidade, não estando atenta para a proteção desse novo consumidor sazonal, leigo e, portanto, mais vulnerável.

E, quando a relação de consumo frustra as expectativas deste consumidor leigo, dado pequeno valor do contrato firmado entre as partes e a dificuldade de reexecução da obrigação, o consumidor não encontra estímulo para recorrer as vias de acesso à justiça, arcando, na maioria das vezes, com perdas e danos decorrentes dessa relação de consumo frustrada, segundo afirma Cláudia Lima Marques<sup>19</sup>.

A vulnerabilidade é o requisito essencial para a formulação de um conceito de consumidor conforme ditou Cavallieri Filho<sup>20</sup>, acrescentando ainda que ela está na origem da elaboração de um direito do consumidor; é a espinha dorsal que sustenta sua filosofia. É que reconhecendo a desigualdade existente, busca-se estabelecer uma igualdade real entre as partes da relação. As normas desse novo direito estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável.

Definiu Antônio Herman V. E Benjamin, em prefácio da obra de Paulo Valério Dal Pai Moraes<sup>21</sup>, que o princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos direito do consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a teoria geral dessa nova disciplina jurídica.

## 2. Cooperação jurídica: prestação jurisdicional internacional

como visto até aqui, os limites geográficos não mais representam atravancos para a circulação de pessoas, bens e serviços, sendo mais do que certo afirmar que no âmbito virtual tais obstáculos sequer existem. A tecnologia de informação, como internet e redes sociais como principais ferramentas de globalização, é o principal fator de transformação das relações humanas. A partir disso, manifestam-se cenários que somente conseguirão ser decifrados pela jurisdição do Estado-Nação com a cooperação judiciária do outro Estado-Nação envolvido.

Em outro tanto, certo também é dizer que o sistema jurídico até então vigente não deu conta de acompanhar as mudanças globais, suportadas pela sociedade, e isso causou um prejudicial descompasso entre o fato social e o jurídico. Por isso os “novos direitos” têm uma missão especial, pois ao direito não lhe basta uma ‘pretensão normativa’, mas sim que se lhe de ‘efetividade social’.

Luís Roberto Barroso sustenta, neste ponto, que<sup>22</sup>

a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

A partir disso, surgem novéis situações transnacional que somente poderão ser solucionadas pela jurisdição de um Estado se houver a cooperação jurídica com outros países. É que a jurisdição representa uma das nuances da soberania do Estado, de tal forma que deverá ser exercida dentro dos limites territoriais a que pertence. Com efeito, os conflitos dos consumidores transnacionais, sob a égide da justiça brasileira, mas que devem submeter-se a prática de atos em território estrangeiro, necessariamente sujeitar-se-ão ao sistema da cooperação jurídica internacional.

A cooperação jurídica internacional, que antes era limitada a situações extraordinárias hodiernamente, encontra-se presente no cotidiano forense. Isso é revérbero do progresso das relações sociais transnacionais, impulsionada pelo fenômeno da globalização em tempo real, de onde surgem novos conflitos que acabam por demandar, mais e mais, a cooperação jurídica entre os Estados, tornando este instrumento como fator preponderante para a realização da prestação jurisdicional.

Contudo, entre os Estados-Nações, não há consenso, ainda, quanto à uniformização das formalidades de pedidos de cooperação jurídica internacional. É fato que existe uma variação de procedimentos, dependendo de cada caso e de cada ator internacional envolvido.

Todavia, ainda assim a cooperação jurídica internacional deve ser observada sob a óptica de sua utilidade, já que seu *éthos* é justamente descomplexificar os expedientes no afã de concretização de justiça, em situações na quais a ausência de cooperação seria fator de obstáculo.

Remo Caponi aponta como desafios a serem superados os obstáculos ao acesso à justiça nos diferentes Estados nacionais, em razão da demora e dos altos custos para a solução das controvérsias transnacionais, colocando em evidência a morosidade dos procedimentos internos de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras.

O professor italiano afirma que

Dal punto di vista del diritto, uno degli effetti principali della globalizzazione è quindi l'attenuazione del legame fra la persona e un dato territorio. Ovviamente, mi riferisco ad un profilo tendenziale, perché non tutto il mondo è soggetto in modo uniforme a questi fenomeni: accanto ad aree, se così mi posso esprimere, fortemente globalizzate, altre ve ne sono che tuttora sfuggono, in misura più o meno accentuata, a questo sviluppo. Tuttavia, nell'area dei paesi ad economia industriale, di cui l'Italia fa parte, l'elemento sopra riferito è reale e verificabile. È questo l'ambito in cui si deve muovere oggi il diritto e, in specie, per quanto concerne il mio contributo odierno, il diritto giudiziario. Sempre schematizzando, mi pare che siano tre le linee su cui la globalizzazione produce effetti: la tendenza a favorire regole omogenee di diritto sostanziale, attraverso un potenziato

riconoscimento della volontà delle parti; la caduta del legame fra territorio, legge applicabile e giurisdizione competente; infine, il rafforzamento delle spinte alla privatizzazione della giustizia.<sup>23</sup>

De qualquer forma, com ou sem entraves burocráticos, é certo que a cooperação jurisdicional internacional cumpre seu papel de contributivo para aprimoramento da eficácia da prestação jurisdicional.

A cooperação jurídica internacional, portanto, deve ser compreendida pela comunhão de dedicação entre os Estados-Nações envolvidos, com o escopo de propiciar a concretização de juridicidade.

É desta forma que se pode assimilar a ideia de que a jurisdição internacional reflete um avanço ao acesso à justiça na contemporaneidade, tal qual é a sua missão em garantir aos atores transnacionais os instrumentos necessários para que tenham seus direitos tutelados em juízo.

Correto vincar que o crescimento do volume de relações no âmbito transnacional gerou, por natural efeito, correspondente expansão do número de litígios internacionais, travando um verdadeiro duelo para o direito processual. Com efeito, o que rotineiramente era visto como algo eventual, tornou-se amiúde.

Reflexo disso é a atenção especial dada pelo novo Código de Processo Civil, que pensou em uma estruturação de cooperação jurídica internacional bastante relevantes, fazendo uma correta junção entre os experimentos diplomáticos já vivenciados e a manutenção do devido processo legal, prestigiando a celeridade processual, mas sempre com os olhos voltados à segurança jurídica.

Foi assim que o artigo 26 do Código de Processo Civil estatuiu a cooperação jurídica internacional, contemplando o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente, a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados, a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou não do Estado requerente, a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação e a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

Ainda, deu-se destaque para que na cooperação jurídica internacional não se admita a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

Tal é a importância do tema na atualidade, que o Código de Processo Civil também promoveu a cooperação interna entre os magistrados, apregoando a criação, em cada tribunal, da personalidade do 'juiz de cooperação', à guisa de agilizar, quanto possível, a interlocução entre todos os juízos estimulando a prestação jurisdicional.

Dentre os princípios que devem reger o instituto da cooperação judiciária internacional, merece destaque o da *confiança* e o da *reciprocidade*

Foi assim que se estabeleceu, no artigo 67 do Código de Processo Civil, que aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e os graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores, estabelecendo-se que os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual,

na forma do artigo 68.

Mais do que isso, visando efetividade, o Código de Processo Civil estabeleceu, ainda, que o pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, e que prescinde de formalidade específica, devendo ser executado como auxílio direto e por prestação de informações, concebendo que o pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

Dentre os princípios que devem reger o instituto da cooperação judiciária internacional, merece destaque o da *confiança* (que deve existir entre os Estados na busca de uma cooperação célere e que represente menor ônus para os interessados) e o da *reciprocidade* (que é a forma de equalização do tratamento nas relações internacionais. Nesse sentido, o Estado brasileiro poderá impor aos outros Estados o mesmo tratamento que receber). A partir destas disposições, o direito proces-

sual disponibiliza novas concepções moldadas para alcançar resolução das disputas transnacionais, no afã de conceber meios a promover respostas céleres, efetivas e, sobretudo, justas.

Trocando por outras palavras, pode-se dizer que o fomento da co-operação jurídica internacional – criação de instrumentos aptos a facilitar a circulação e o cumprimento de atos e decisões judiciais – é um reflexo natural dos novos desafios trazidos pela sociedade globalizada. Aliás, como bem anota Michel Taruffo<sup>24</sup>, globalização é uma expressão que engloba diversos conceitos, mas, seja como for, influencia fortemente todas as áreas do direito.

### 3. Confiança na prestação jurisdicional eficiente

Como visto, a definição tradicional de controvérsia transnacional é simples, mas já revela uma pluralidade de aspectos críticos. Em primeiro lugar, indica o problema: identificar os limites do exercício do poder jurisdicional do sistema estatal em relação a outros sistemas jurídicos. Em segundo lugar, revela o critério para resolvê-lo: os elementos da disputa são medidos em relação ao território do Estado no qual a jurisdição é exercida. Em terceiro lugar, revela o papel central desempenhado pela soberania do Estado.

Jurisdição, neste viés, é um aspecto da soberania do Estado, posto que é exercida em um determinado território, e encontra seus próprios limites dentro das fronteiras do Estado. A globalização das relações sociais e econômicas certamente produz controvérsias que é difícil trazer de volta imediatamente a essa dimensão tradicional, como as que surgem na internet ou nos mercados globais. Mas, geralmente, os sistemas jurídicos nacionais encontram dificuldades em regular eficientemente as relações transnacionais. A disciplina deste último tende a passar do plano estatal para o nível internacional.

É óbvio que este processo de transição não inclui apenas o exercício de poderes oficiais, internos e internacionais, mas envolve a atividade de todos os operadores do direito. É bem por isso que se compreende a necessidade de investimentos – tempo, recursos e dedicação – no

aprimoramento dos atores (defensores públicos – especialmente os da União – advogados dativos, escritórios modelos, serventuários, juízes e advogados em geral), à guisa de que se possa proceder com destreza na esfera das contendas transnacionais, contribuindo para que a prestação jurisdicional seja concretizada.

No campo transnacional, é significativo que se note não apenas o sujeito em juízo, mas tal-qualmente é importante atentar-se ao objeto da tutela jurisdicional. A solução de litígios transnacionais, por seu turno, traz consigo casuísticos desafios ao juiz, já que provoca ínsito dilema entre, de um lado, princípios como a soberania estatal e, de outro, o acesso à justiça sem ladear a isonomia.

Deste modo, é certo que o desenvolvimento de um (micro)sistema processual transnacional exige uma hermenêutica mais acurada sobre o tradicional conhecimento do princípio da soberania, trazendo uma abordagem em que o jurisdicionado revela-se igualmente protagonista.

Assim, no âmbito da cooperação jurisdicional internacional, fortalece-se ainda mais a ideia de cooperação entre os juízes, direcionando-os ao comprometimento da entrega da prestação jurisdicional a que se faz jus.

Além disso, segundo Elpídio Donizete, a doutrina brasileira importou do direito europeu o princípio da cooperação (ou da colaboração), segundo o qual

...o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular (entre o juiz e as partes). A moderna concepção processual (no sentido de que o processo é um meio de interesse público na busca da justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto) exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo. O dever de cooperação estaria voltado eminentemente para o magistrado, de modo a orientar sua atuação como agente colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, não mais se limitando a mero fiscal de regras. Não pode existir mais o juiz apático, que aguarda manifestações das partes para atuar.<sup>25</sup>

Passa-se a compreender que somente mediante a ação complementar, coordenada e cooperativa entre os tribunais de diferentes países, para além da cega e injustificada invocação da soberania como premissa e finalidade em si própria, garantirá a consecução do efetivo acesso à justiça ao jurisdicionado.

Enfim, o jurisdicionado deposita confiança de que o Estado garantirá o exercício regular de seus direitos. Deste modo, o instituto da segurança jurídica é de forte importância para a função estatal, sem o qual o Estado não tem como cumprir sua função de promover a segurança aos seus jurisdicionados.

O trato constituído entre os entes ou órgãos do Estado com o jurisdicionado, necessita da estabilidade, mormente no que tange as regulamentações, de tal forma que as expectativas traçadas sejam legitimadas e concretizadas.

O princípio da segurança jurídica, sob o aspecto objetivo, está relacionado à ideia de estabilização do ordenamento jurídico, resguardo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CRFB, art. 5º, XXXVI). Sob o prisma subjetivo, parte-se da expectativa que os indivíduos depositam na legitimidade dos atos do Estado: é a confiança legítima, conforme trabalho desenvolvido sobre esse tema por Oliveira, Rafael Carvalho Rezende (*Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 183 e 184).

Para Luciano de Araújo Migliavacca<sup>26</sup>, a segurança jurídica vincula-se às noções de certeza e previsibilidade, ou seja, revela-se imperioso que exista previsão legal para que os cidadãos possam ter ciência das consequências de qualquer de seus comportamentos, ou, no viés judicial, possibilitando o conhecimento daquilo que se tem direito e o que será decidido conforme o caso concreto que se apresentar.

Igualmente, indissociável é o vínculo existente entre segurança jurídica, direitos fundamentais e atuação jurisdicional, uma vez que a referida segurança tem proteção em níveis processuais, já que os processos judiciais devem conferir os direitos à estabilidade, certeza, confiança e efetividade.

Victor Souza<sup>27</sup> esclarece que na sociedade atual, em que a velocidade da comunicação e do acesso à informação demonstram a relatividade

zação integral dos conceitos de tempo e espaço e a ultra complexidade das relações humanas e sociais, é de se esperar que o cidadão almeje a maior segurança jurídica possível.

Nesse mundo de espaço e tempo relativizados, os órgãos de quaisquer dos poderes, em seus relacionamentos com os cidadãos, assumem compromissos públicos das mais diversas formas, em relação aos quais os cidadãos criam expectativas legítimas em seus cumprimentos.

Acerca da necessidade de respeito à segurança jurídica, em atos provenientes de quaisquer dos poderes estatais, Humberto Ávila descreve que

O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito. Esses ideais (porém, e com a permissão para o emprego de uma metáfora) compõem apenas a parte da segurança jurídica que pode ser vista acima do mar, tal qual um iceberg, cuja ponta esconde uma imensa, externa e profunda base submersa. Como o princípio da segurança jurídica delimita os contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade, e de outro, os princípios relativos à atuação estatal.

Mais do que isso: os ideais que o integram revelam, indiretamente, o tipo de sociedade que se visa a constituir, pelos tipos de Estado e de cidadão que resultam da sua configuração. A exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa ‘saber’ aquilo que ‘pode ou não fazer’ de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o a, com autonomia e com liberdade, ‘fazer ou não fazer’, de modo que possa ‘ser ou não ser’ aquilo que deseja e que tem condições de ser.

A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento para que o cidadão possa saber, antes, e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser. Como pontifica Ataliba, seguros são os cidadãos que têm certeza de que

o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele na discrepância. Em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é meio de realização da dignidade. (ÁVILA, 2012, p. 103)<sup>28</sup>.

Por oportuno cabe lembrar a lição do professor Miguel Reale<sup>29</sup>, naquilo que versa sobre a correlação entre segurança jurídica e as ideias de certeza e previsão, pois, para ele, “o princípio da certeza preside – em díade indissolúvel com o da segurança – todo o evoluir histórico da vigência do direito”, indicando enquanto fundamentos de validade dos valores do direito à justiça, à certeza jurídica e ao fim.

Com efeito, a aplicabilidade da segurança jurídica tem absoluta permeabilização no âmbito processual, pois disciplina a observância quando da realização dos processos os direitos à estabilidade, certeza, confiança e efetividade (MARINONI; MITIDIERO, 2014<sup>30</sup>).

Desta forma, é certo pontuar que a noção de segurança jurídica é intrínseca à compreensão do Estado contemporâneo, posto que versa sobre a obrigatoriedade de cumprimento das regras constitucionais, mormente quanto aos direitos humanos fundamentais.

Deste modo, a finalidade basilar da segurança jurídica, enquanto um direito fundamental estruturante do Estado constitucional, está na consecução da efetividade da jurisdição e do direito em si no momento em que exige do Poder Judiciário decisões atentas a legislação, mas principalmente, sensíveis a cada caso concreto apresentado a sua apreciação.

## Considerações derradeiras

Parte-se do pródomo de que o mercado, hodierno, tem consistência ligada à fato social e não a mero construcionismos jurídico. A sociedade contemporânea tem comportamento mutante, tal qual as inovações tecnológicas e, verificando as estruturas sociais emergentes nos domínios da atividade e experiência humana, denota-se que as funções e os processos dominantes na era da informação estão cada vez mais organizados em torno de redes.

A utilização irrefreada de redes (internet) transformou o comportamento da sociedade de consumo (a abertura do mercado interno de diversas nações a bens de consumo estrangeiros), e isso gerou, naturalmente, uma especial atenção com a eficaz proteção do consumidor. A realidade global construída e vivenciada pela sociedade pós-moderna oferece produtos de origem estrangeira como opção de consumo por qualquer cidadão – mesmo aquele que não viaja ao exterior para adquiri-los.

Portanto, se, algum tempo atrás, a proteção do consumidor era um tema de direito interno, eis que a atuação da maioria das pessoas restringia-se ao território do seu país, uma relação típica nacional, sem qualquer elemento de internacionalidade, hoje a realidade regional e nacional é diversa.

Daí é que o judiciário, ao decidir questões relativas a direitos sociais, especificamente aqueles que envolvem lesão ao direito do consumidor, valendo-se da distributividade como embasamento da decisão, equalizará a relação de consumo desequilibrada em função da não reciprocidade desvinculada da responsabilidade social.

O espaço público de mercado deve ser protegido de práticas discriminatórias próprias das relações privadas. E, para salvaguardar esta proteção do espaço de mercado, de maneira solidária para atender os direitos fundamentais, deve-se primar pela aplicabilidade da justiça distributiva e suas regras, tornando possível alcançar a justiça social, a redução das desigualdades sociais e a proteção dos consumidores que representam a sociedade estruturada a partir de uma ordem econômica.

Além disso, não se pode olvidar que as regulações normativas internacionais não visam a proteção deste consumidor, mas sim dos fornecedores, eis que foram criadas para relações de mercado pautadas pelo profissionalismo, pela especialidade e pela continuidade, não estando atenta para a proteção desse novo consumidor sazonal, leigo e, portanto, mais vulnerável.

Vê-se, *entonces*, que o sistema jurídico até então vigente não deu conta de acompanhar as mudanças globais, suportadas pela sociedade, o que deságua em um prejudicial descompasso entre o fato social e o

jurídico. Por isso, os “novos direitos” têm uma missão especial, pois ao direito não lhe basta uma ‘pretensão normativa’, mas uma ‘efetividade social’.

Decorre disso, notadamente, que estas inéditas relações transnacionais conflituosas poderão ser solucionadas pela jurisdição de um Estado se houver a cooperação jurídica com outros países, já que a jurisdição representa uma das nuances da soberania do Estado, de modo que deve ser exercida dentro dos limites territoriais a que pertence. Por isso é que tais conflitos transnacionais, sob a égide da justiça brasileira, mas que devem submeter-se a prática de atos em território estrangeiro, sujeitam-se necessariamente ao sistema da cooperação jurídica internacional.

É consequência das relações sociais transnacionais (impulsionada pelo fenômeno da globalização, de onde surgem novos conflitos) demandar cada dia mais a utilização da cooperação jurídica entre os Estados.

Por isso, a cooperação jurídica internacional, que antes era limitada à situações extraordinárias hodiernamente, encontra-se presente no cotidiano forense, tornando-se instrumento preponderante para a realização da prestação jurisdicional efetiva.

Ainda que pendente de aperfeiçoamento e uniformização, é fato que a cooperação jurídica internacional deve ser tida como ferramenta indispensável ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, sobretudo porque tem em seu âmago a ideia de, justamente, racionalizar os expedientes visando a desburocratização para a concretização de justiça. Assim, é mais do que certo afirmar que a ausência de ‘cooperação’ seria fator de obstáculo à tão buscada materialização de Justiça.

Mas sabe-se também que a solução de litígios transnacionais traz consigo casuísticos desafios ao juiz, já que instaura um impasse entre o princípio da soberania estatal e o de acesso à justiça. Por isso é que, na esfera da cooperação jurisdicional internacional, consolida-se ain-

É fato que a cooperação jurídica internacional deve ser tida como ferramenta indispensável ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional

da mais a concepção de contribuição entre os juízes para entrega da prestação jurisdicional. Compreende-se, então, que havendo ação complementar, coordenada e cooperativa entre os tribunais de diferentes países, é que se garantirá a consecução do efetivo acesso à justiça.

Neste rumo, o jurisdicionado deposita confiança de que o Estado garantirá o exercício regular de seus direitos, de tal forma que o instituto da segurança jurídica é fator preponderante da função estatal, sem o qual o Estado não tem como cumprir seu *múnus* de entregar segurança aos seus jurisdicionados. Além disso, a relação entre o Estado e jurisdicionado necessita de estabilidade, mormente no que tange obediência às regulamentações.

Assim é que a segurança jurídica concerne em si a noção de certeza e previsibilidade, sendo inafastável a existência de previsão legal (*in casu*, da cooperação jurisdicional internacional) para que os jurisdicionados tenham ciência da extensão e do alcance das consequências de seus atos na seara de conflitos transacionais. Da mesma forma, a proteção na esfera processual, já que os processos judiciais conferem direito à estabilidade, à certeza, à confiança e à efetividade.

É, noutras palavras, a realização de um direito. É a concretização da expectativa que os indivíduos depositam na legitimidade dos atos do Estado. Vale dizer: é a confiança legítima.

Posta a questão desta forma, concebe-se que a sociedade de consumo atual necessita de segurança jurídica, e bem por isso deposita confiança no instituto da cooperação jurídica internacional como tábua de salvação para a realização de justiça nos conflitos de âmbito transacional.

## Notas

1. Javert Ribeiro da Fonseca Neto. Diretor da OAB/PR, Subseção de Foz do Iguaçu/PR, Gestão 2003/2006. Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor – OAB/PR, Subseção de Foz do Iguaçu/PR, Gestão 2007/2009 e 2010/2012. Membro do Conselho Municipal Antidrogas de Foz do Iguaçu/PR – Decreto-lei 2.567/2002. Delegado da Caixa de Assistência da OAB/PR, Subseção de Foz do Iguaçu, Gestão 2010/2012. Mestre em Direito *Stricto Sensu* pela UNISINOS/RS, Especialista em Processo Civil pela Faculdade Curitiba de Direito; Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado sênior

diretor do escritório de advocacia ribeiro da fonseca sociedade de advogados; Coordenador de Pós-Graduação Lato Sensu em Reformas Processuais, e também Direito Tributário Moderno, ambos pelo Centro Universitário Dinâmica das Cataratas-UDC. 2012/2015; Professor da graduação do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas UDC (Defesa do Consumidor e Direito Processual Civil, e Direito Marcário). 2003/2015; Diretor Jurídico do IDESF. Conselheiro Editorial da Editora IDESF. Representando o IDESF na qualidade de Diretor Jurídico, participou, no dia 27 de setembro de 2018, do evento intitulado “Debate com Presidenciais 2018: programas de segurança e de defesa – propostas de combate aos mercados ilícitos”, promovido pela FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, por meio de seu Departamento de Defesa e Segurança. Representando o IDESF na qualidade de Diretor Jurídico, participou, nos dias 28 e 29 de agosto de 2017 na sede da ONU (organização das Nações Unidas) em Nova York (USA), da 11ª International Law Enforcement Crime Conference, evento co-organizado pela Interpol, Centro Nacional de Coordenação de Direitos de Propriedade Intelectual (IPR Center) da ICE, em parceria com a UL (Underwriters Laboratories) e a International Anti-Counterfeiting Coalition (IACC). Representando o IDESF na qualidade de Diretor Jurídico, participou do lançamento de estudo deste instituto, intitulado “The Economic Logic of Smuggling” (A Lógica Econômica do Contrabando), apresentado no dia 31 de agosto de 2017, na University of Chicago (USA), por meio da Harris School of Public Policy e em conjunto com o Pearson Institute – entidade voltada para os estudos e soluções dos conflitos globais. Javert@ribeirodafonseca.com.br <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4247721A9>

2. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Editora Paz e Terra, 12. ed. São Paulo. 2009.
3. CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Editora Paz e Terra. 12. ed. São Paulo. 2009. p. 287.
4. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.1.
5. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3. ed., p. 362/364.
6. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e cidentes de consumo – *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* – n. 24, 2004.
7. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1996.
8. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.
9. MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de

- consumo. In *Derecho Internacional y de La Integración*, Santa Fe, v. 2, 2003, p.139-184.
10. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo. Malheiros. 1999. p. 7.
  11. MARQUES, Cláudia Lima. *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado, ... Op. cit.*,150.
  12. BAUMAN. Zygmunt. *Globalização – as consequências humanas*. Rio de Janeiro. 1999, p. 11-13: Afirma que na fase atual da pós-modernidade e de queda do Estado Social ou de bem-estar, o trabalhador teria sido substituído pelo consumidor.
  13. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. Ed. Método, São Paulo, 2006, p.155.
  14. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais... Op. cit.*, p.160.
  15. Luciano Benetti Timm em seu artigo intitulado *Direito, Mercado e Função Social*. Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul. Direito e Economia revista e atualizada, 2, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
  16. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais... Op.cit.*, p.154.
  17. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.165.
  18. MARQUES, Cláudia Lima. *A insuficiente... Op.cit.*, p. 144.
  19. MARQUES, Cláudia Lima. *A insuficiente.... Op.cit.*, p. 145.
  20. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ... Op.cit.*, p. 8.
  21. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.10.
  22. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed. 1993. p. 79.
  23. CAPONI, Remo. *Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo*. In Relazione generale al XIV convegno mondiale dell'Associazione internazionale di diritto processuale, Heidelberg, 26-30 luglio 2011, p. 79.
  24. TARUFFO, Michele, Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law, *Revista de Processo-REPRO*, vol 110, 2003, p.141-158, abril 2003, Revista dos Tribunais.
  25. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 12 mar. 2019.
  26. Segurança jurídica, jurisdição e efetividade do direito, *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, e-ISSN:2525-9814, Curitiba, v. 2. p.190. Dez.2016
  27. Proteção e promoção da confiança no Direito Previdenciário, p. 31, *Alteridade*. Curitiba. 2018. Disponível em: <<https://www.alteridade.com.br/wp-content/>

- uploads/2018/08/miolo-recortado-Protacao-e-Promocao-da-Confianca.pdf>.  
Acesso em: 8 abr. 2019.
28. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
  29. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 602.
  30. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2014.

## Referências

- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed. 1993.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – as consequências humanas*. Rio de Janeiro. 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1996.
- CAPONI, Remo. Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo. In *Relazione generale al XIV convegno mondiale dell'Associazione internazionale di diritto processuale*, Heidelberg, 26-30 luglio 2011.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Editora Paz e Terra, 12. ed. São Paulo. 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DONIZETE, Elipídio. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo. Malheiros.1999.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. Método. São Paulo: 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In *Derecho Internacional y de La Integración*, Santa Fe, v. 2, 2003.

- \_\_\_\_\_. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e cidentes de consumo – *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* – n. 24, 2004. Disponível: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73494>
- MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo. Segurança jurídica, jurisdição e efetividade do direito, *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, e-ISSN:2525-9814, Curitiba, v. 2. p. 190. Dez.2016.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 3. ed., 2009.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TIMM, Luciano Benetti em seu artigo intitulado *Direito, Mercado e Função Social*. Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul. Direito e Economia revista e atualizada, 2, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e *common law*. *Revista de Processo-REPRO*, vol 110, 2003, abril 2003, Editora.
- SOUZA, Victor. Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário, p. 31, *Alteridade*. Curitiba. 2018. Disponível em: <<https://www.alteridade.com.br/wp-content/uploads/2018/08/miolo-recortado-Protecao-e-Promocao-da-Confianca.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

# Algumas considerações sobre o direito da antidiscriminação

**Denise Antunes<sup>1</sup>**

Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau no TJPR

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS,  
ONU, 1948

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (artigo 1º).

“Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (art. 2º).

“Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (art. 7º).

QUANDO SE ADENTRA NO ESTUDO DOS DIREITOS HUMANOS e mais especificamente no tema tangente à ‘igualdade, diversidade e o combate à discriminação’, indica-se que em certo momento histórico (pós-segunda guerra mundial), com o surgimento dos preceitos dos DDHH e das constituições com a máxima de que “todos são iguais perante a lei” (igualdade formal) e de sua efetivação (igualdade material), surge a preocupação de combater a discriminação através de políticas públicas. Discutiam-se questões de gênero, religião (credo) e raça. Contudo, um passo mais à frente, com o desenvolvimento das sociedades, surgiu a luta da *antidiscriminação* que adentrou na esfera privada, ou em outras palavras, o campo contratual.

Partindo do pressuposto de que as entidades, instituições autônomas, empresas etc. podem atuar de modo independente com respaldo legal dentro da negociação privada, logo se percebeu ser necessária uma gama de condutas voltada à não discriminação. Consta assim, da doutrina que trata do assunto, que o fenômeno se deu na União Europeia, quando da integração dos Estados, ocorrida no final da década de 1990, que por meio de um conjunto de diretivas suscita o surgimento do direito da antidiscriminação, abrangendo questões de igualdade entre homens e mulheres, igualdade de tratamento nas relações de emprego, e alcançando as questões de igualdade nas contratações de bens e serviços<sup>2</sup>.

Nessa ordem de ideias, o professor Francisco J. Infante Ruiz<sup>3</sup>, na matéria “*Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado*”, esclarece que, com o intuito de conceder o básico de proteção às pessoas vitimizadas pela discriminação na União Europeia e a fim de que pudessem “*hacer prevalecer su derecho de una manera más fácil a como venía siendo hasta ahora*”, o legislador valeu-se da elaboração de diretivas direcionadas à proteção de direitos de igualdade entre homens e mulheres, igualdade de tratamento nas relações de emprego e igualdade nas contratações de bens e serviços, possibilitando o estabelecimento de um programa de luta contra a discriminação a fim de conferir proteção jurídica a todos os que estivessem sujeitos a situações discriminatórias.

Então, a partir disso, surge a criação do direito da antidiscriminação, cuja composição normativa provoca o surgimento de um princípio de proteção contra a discriminação que decorre de um conjunto de elementos de conceituação, aplicação e modalidades de discriminação direta e indireta, as quais apontam para esta compreensão, desde que para sua admissão no direito privado sejam consideradas “*la autonomía privada y de la libertad contractual, principios fundamentales del derecho privado como es archiconocido, y la garantía legal e institucional de aquellas, son vectores estructurales*” (RUIZ, 2014).

Para situar melhor o leitor, tem-se que o direito antidiscriminatório é modalidade que surge a partir do direito da *diversidade*, e tem por objetivo evitar todo e qualquer tipo de discriminação, exigindo

respeito quanto às diferenças existentes de acordo com os preceitos constitucionais, e tal fenômeno se iniciou no direito comunitário europeu quando lá se deu a percepção das problemáticas envolvendo o tema. Tenha-se em mente que com a dinâmica da sociedade e da diversidade sempre presente, as lacunas legislativas estarão sempre aí, e elas contribuem para que a *liberdade contratual e a autonomia privada* permaneçam dominantes diante das discriminações. Por isso, a importância do direito da antidiscriminação.

Estava então dada a largada, pois a partir disso diversas foram as diretivas lançadas na comunidade europeia para dar proteção ao cidadão, abrangendo também contratos e fornecimento de bens e serviços. Os Estados também incluíram na legislação em vigor normas semelhantes.

E o avanço se deu, pois, como se disse no primeiro parágrafo, discutiam-se questões de gênero, religião (credo) e raça e, no cenário europeu, surgiu a Diretiva 2000/43/CE juntamente com a Diretiva 2000/78/CE e a Diretiva 2004/113/CE, que foram marcos que merecem alerta na presente matéria, porque se tratam de normas que conferem proteção ao cidadão na União Europeia contra a discriminação racial, religiosa, de idade e de orientação sexual. A primeira salienta o tratamento igualitário no mercado de trabalho, e a segunda tratou da igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

Aliás, alerte-se nesse momento que as diretivas que apontam para o desdobramento do conceito de discriminação direta e indireta<sup>4</sup> foram editadas com a finalidade específica de introduzir “*el principio de igualdad de trato*”, que considera a ausência de discriminação em razão do *sexo*, como é o caso da Diretiva de emprego 2002/73/CE (23/9/2002) e a Diretiva 2004/113/CE, que “*extiende la aplicación del*

Tenha-se em mente que com a dinâmica da sociedade e da diversidade sempre presente, as lacunas legislativas estarão sempre aí, e elas contribuem para que a *liberdade contratual e a autonomia privada* permaneçam dominantes diante das discriminações

*principio de igualdad de trato de hombres y mujeres a toda la contratación privada y contiene definiciones concretas de los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como de acoso y acoso sexual”.*

E assim, Ruiz (2016) em seu texto jurídico intitulado “*La perspectiva de Género en el Derecho de los contratos – Luces y sombras del nuevo Derecho antidiscriminatorio*”<sup>5</sup>, trouxe um histórico dos regramentos:

El principio de igualdad entre hombres y mujeres tiene un carácter complejo en el Derecho de la Unión Europea, en el que está presente en todos los niveles, desde las “construcciones jurídicas generales sobre la igualdad” (Tratados y Carta de Derechos Fundamentales), pasando por el Derecho derivado (Directivas de igualdad de trato y Directivas antidiscriminación), hasta los diversos pactos y estrategias en materia de políticas de igualdad de género (en tiempos actuales, I Pacto Europeo para la Igualdad de Género de 2006, Plan de Trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres 2006-2010, Estrategia de la Comisión para el periodo 2010-2015 en materia de igualdad entre mujeres y hombres, II Pacto Europeo para la Igualdad de Género 2011-2020), si bien existen evidentes diferencias de intensidad y eficacia en cada uno de estos niveles<sup>6</sup>. Entre las directivas comunitarias hay dos que merecen una mención especial al contemplar la cuestión de género como materia prioritaria. Por un lado, la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/297/CE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. En esta directiva, prosiguiendo con la línea emprendida en las anteriores directivas de empleo, se desarrolla, entre otras cosas, el “principio de igualdad de trato” considerado como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo. Para una tutela más adecuada contra la discriminación de género en esta directiva, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se introducen

definiciones concretas (o tipificaciones) de los conceptos de discriminación, directa e indirecta, acoso y acoso sexual. Por otro lado, destaca la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004 del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro, la cual extiende la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres a toda la contratación privada, al tiempo que introduce en ella definiciones concretas de los conceptos de discriminación directa e indirecta, acoso y acoso sexual. El nuevo enfoque es trascendental por cuanto el principio de no discriminación a partir de este momento no sólo se aplica a las relaciones laborales o de empleo, como fue la tónica hasta el momento, sino también a las relaciones contractuales (acceso y puesta a disposición en el mercado de bienes y servicios). [...] La protección frente a otros motivos de discriminación se prevé en la Directiva 2000/43/CE, del Parlamento y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, donde se encuentra la primera referencia a la prohibición de discriminar en el ámbito del “acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda” (art. 3.h), y en la Propuesta de Directiva de 2008 del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Con esta propuesta se prevé la expansión del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminar por otros criterios o motivos que son considerados igualmente dignos de una atención adecuada por la actividad comunitaria. Pese a ello, la propuesta se halla en un estado de prolongada espera en un contexto político y económico tan incierto como el actual. Se trata de un proyecto legislativo al que por el momento se le ha prestado muy escasa atención.

Por sua vez, Leivas, Rios e Schäfer (2017)<sup>6</sup> buscaram dar uma direção para todos os estudiosos na matéria e explicam que o “conjunto de

normas internacionais de direitos humanos que preveem explícita e diretamente o direito de igualdade e a proibição de discriminação” são agrupadas conforme o âmbito normativo a que pertencem: ao *Direito de Minorias* ou ao *Direito da Antidiscriminação*. Percebe-se que existe essa divisão diante da *dualidade de perspectivas* presente na estrutura das normas jurídicas que estatuem o direito da igualdade (universalista e particularista), dentro da abrangência subjetiva quanto à titularidade do direito à proteção antidiscriminatória (individual e coletiva). Para restar mais claro, essa divisão do agrupamento das normas se dá entre o direito das minorias e da antidiscriminação por causa da *dualidade de perspectivas* e da *abrangência subjetiva*, pois é como se houvesse uma tensão entre as perspectivas universalista e particularista. Por exemplo, quando o assunto se trata de ‘inserção da diversidade sexual’, pode se ter uma dualidade porque tal inserção pode ser manifestada na legislação existente no que diz respeito aos direitos sexuais e à diversidade sexual, de um lado, e à luta por direitos específicos de minorias sexuais, de outro. E quanto à abrangência subjetiva, não se olvide que o mundo LGBT (ou LGBTTT)<sup>7</sup> é vasto.

Assim, segundo Leivas, Rios e Schäfer (2017), e seguindo o intuito de explicar o agrupamento das normas nesse âmbito, tem-se o seguinte quadro:

Por “*Direito das Minorias*”, entende-se o conjunto de normas, institutos, conceitos e princípios, previstos no direito internacional dos direitos humanos, para a proteção de minorias nacionais ou étnicas, culturais, religiosas e linguísticas (UN, 2012) em face da discriminação, conjunto este objeto de análise e sistematização; e por “*Direito da Antidiscriminação*”, a área do conhecimento e da prática jurídica relativa as normas, institutos, conceitos e princípios, relativos ao direito de igualdade como mandamento proibitivo de discriminação, aí incluídos os instrumentos normativos, nacionais e internacionais. O conceito de direito das minorias ora indicado é operativo; ele estipula a compreensão do “direito das minorias” a fim de analisar, mediante comparação, como estes direitos foram juridicamente proclamados pelas

Nações Unidas em face de outros diplomas internacionais que também veiculam proibições de discriminação, sem referir-se a minorias.

Nem o debate sobre a relação entre os direitos dos povos indígenas e as aludidas minorias, (como delimitadas pelo sistema internacional de direitos humanos), nem o significado do reconhecimento dos direitos dos povos, ao lado de direitos humanos dos indivíduos, feito pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), serão, portanto, objeto desta reflexão.

Deste modo, *no âmbito do direito das minorias*, o diploma internacional mais significativo e emblemático é a “Declaração dos Direitos das Pessoas pertencendo a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992 (DDPPM). Ao lado desta declaração, arrola-se também a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948 (CPRG), pelas razões abaixo desenvolvidas.

Com relação ao *direito de antidiscriminação*, registre-se o conjunto de normas jurídicas estampadas em muitos e esparsos documentos jurídicos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (DUDH), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965 (CEDR), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (PIDCP), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (PDESC), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (CEDM), a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (CDC) e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, de 2006 (CDPD).

A título ilustrativo, sabe-se que as teorias que tratam sobre a discriminação nas *relações de emprego* no direito norte-americano receberam o nome de “*disparate treatment*” (teoria do tratamento desigual) e de “*disparate impact*” ou “*adverse impact*” (teoria do impacto desigual). A origem se deu quando da Lei dos Direitos Civis de 1964. Dita lei define as práticas consideradas ilegais do empregador (seção

703 do título VII): a) contratar ou deixar de contratar um empregado por causa de sua raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade (discriminação intencional); e b) impedir ou limitar que um indivíduo tenha uma oportunidade de emprego por causa de sua raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade. No primeiro caso, evita-se a chamada discriminação direta ou intencional. Na segunda hipótese busca-se garantir a igualdade de oportunidade ao emprego como forma de se evitar a discriminação indireta e o impacto desigual na contratação de mão de obra.

Utiliza-se a expressão 'discriminação interseccional' para a compreensão da categoria jurídica da discriminação múltipla como fenômeno original e irreduzível

O autor gaúcho Roger Raupp Rios indica que a distinção entre ambas (*impact* e *treatment*) é a *intencionalidade*. O impacto por si só configura a violação injustificada de um critério constitucionalmente proibido de diferenciação. O *leading case* em matéria de discriminação indireta no direito norte-americano é o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, 1971, no qual discutia-se o significado e alcance justamente do termo 'discriminação' (como critério para

promoção de funcionários, aplicavam-se testes de conhecimentos gerais), e a legitimidade de exigência de requisito escolar para contratação ou promoção. O que ocorreu é que a medida adotada (aparentemente neutra) acabava por possibilitar a promoção somente daqueles funcionários que tinham estudado nas melhores escolas, e eles eram, em regra, brancos. A ação provocou uma distorção: só funcionários brancos eram promovidos; os negros, por terem estudados em escolas piores, eram preteridos. Isso levou a suprema corte americana a vedar o teste, por afronta à isonomia<sup>8</sup>.

Ainda, e de interesse ímpar, da literatura brasileira extrai-se a noção de *discriminação interseccional como discriminação múltipla no campo dos direitos humanos, sendo que a discriminação interseccional é conceito que surgiu da percepção do fenômeno peculiar da discriminação sofrida por mulheres negras*<sup>9</sup> em contraste com a vivida por mulheres brancas, realidade para cuja análise não se presta a invoca-

ção *abstracta* da proibição de discriminação por sexo. Raupp e Silva (2017)<sup>10</sup> esclarecem que tal conceito é tido, no âmbito jurídico, sob o conceito amplo de discriminação múltipla, sendo importante distinguir a perspectiva quantitativa (discriminação aditiva e composta, marcada pela mera soma de critérios) da perspectiva qualitativa (discriminação interseccional), e nesse ponto a referência é dada ao autor LL. M Timo Makkonen (*Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*).

Raupp e Silva buscam dar ênfase à discriminação interseccional para a compreensão da múltipla, porque é imperioso que se perceba a situação de maior vulnerabilidade do oprimido quando ele pode sofrer múltiplas ou agravadas formas de discriminação com base em outros motivos relacionados como sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem social, riqueza, nascimento, ou de outro estado, e complementam:

Nesse contexto, utiliza-se a expressão ‘discriminação interseccional’ para a compreensão da categoria jurídica da discriminação múltipla como fenômeno original, irreduzível e inassimilável ao somatório de diversos critérios proibidos de discriminação de forma simultânea. [...] A discriminação interseccional ocorre quando dois ou mais critérios proibidos interagem, sem que haja possibilidade de decomposição deles. (...) Uma manifestação de conscientização acerca da *discriminação múltipla* no sistema universal de proteção aos direitos humanos é a *Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância, realizada em Durban, África do Sul* (2001). Nessa conferência, consolidou-se a previsão sobre as múltiplas ou agravadas formas de discriminação: [...] Reconhecemos que o racismo, a discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata ocorrem nos motivos de raça, cor, descendência ou origem étnica ou nacional, origem e que as vítimas podem sofrer *múltiplas* ou agravadas as formas de discriminação com base em *outros relacionados motivos* como sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem social, riqueza, nascimento, ou de outro estado [...].

Agora adentrando no quadro da discriminação feminina, aliás tão bem abordada pelo professor Ruiz (2014)<sup>11</sup>, tem-se que ele assinalou que o signo de “*la igualdad y la libertad (tanto individual como económica) de todos los hombres*” proclamado pela Revolução Francesa se tratava apenas de uma igualdade *formal*, e mesmo depois, a busca da igualdade *real* estava longe de acontecer (citando historiadores<sup>12</sup>), mas no século 20 as lutas feministas vieram dando conta de sua importância dentro da seara da diversidade. E seguindo-se à constatação da afirmada diversidade de identidade entre as mulheres, lembram Raupp e Silva (2014)<sup>13</sup> os diversos critérios discriminatórios, ao enlace dos critérios proibidos de discriminação (ser, simultânea e diversamente, dependendo do contexto, não só mulher, mas mulher negra, mulher portadora de deficiência, mulher estrangeira, mulher latino-americana, mulher soropositiva etc.):

Expõe-se assim a diversidade presente aos diferentes indivíduos e grupos. As mulheres negras, portanto, encontram-se em peculiar situação de vulnerabilidade em âmbitos variados da vida social, seja no local de trabalho, nas ruas e mesmo no padrão estético, algo muitas vezes fomentado pela mídia, direcionadas para um ideal de branquitude. A ruptura desse discurso e padrão social se deu através da atenção para as opressões sofridas pelas mulheres negras, cujas intersecções potencializam as discriminações sofridas, o que tomou força com o movimento político representado pelo feminismo negro.

Ruiz (2014, p. 241) chega a ir mais fundo, porque conclui que, estando as mulheres excluídas de todos os acontecimentos e da vida política, diante do quadro histórico apresentado, o que se constata é que a construção da diversidade e, sobretudo, de uma cidadania sustentada é uma luta que tem sido fortemente promovida pelas mulheres, pelo feminismo, e frisa:

El feminismo de nuestros días se caracteriza, más allá de sus diferentes tendencias, por la reivindicación de la diversidad. *El ob-*

*jetivo primordial de los feminismos es pues la construcción de una ciudadanía efectiva de las mujeres, que suponga el ejercicio real de los derechos que como personas y ciudadanas les corresponde. El derecho de la diversidad, en consecuencia, no contempla a las mujeres exclusivamente por su sexo, en el sentido de que por esta razón no pueden ser objeto de discriminación, sino más bien busca la igualdad real.*

Na continuidade desse raciocínio, o professor Ruiz faz referência à saudosa professora Rosário Valpuesta, no sentido de que, como o direito à diversidade busca a igualdade *real*, ele parte dos dados da desigualdade social e requer que sejam tomadas as medidas necessárias para superar essa situação. Essa ideia exige que as mulheres sejam observadas como pertencentes a um gênero, o feminino, que ainda é colocado em uma clara situação de desvantagem; elas não representam um grupo socialmente frágil, ou em uma situação de marginalidade ou fraqueza, mas elas compõem metade da população e essa metade deve ser reconhecida como cidadania plena (VALPUESTA, 2010)<sup>14</sup>. A autora ainda defende que o direito à diversidade é um direito que distingue e diferencia, precisamente, para alcançar a igualdade, uma igualdade da diversidade.

Bem, então, como as mulheres não podem ser consideradas um grupo ou uma minoria, mas são metade da população, e não se encaixam, por outro lado, nos outros grupos minoritários (minorias étnicas, deficientes etc.), há de se encontrar um modo de o direito garantir a constituição, execução e cessação de relações contratuais livres de qualquer discriminação. E alerta Ruiz (2014) que esta diversidade não é alcançada exclusivamente através da chamada lei antidiscriminação (que é um compromisso firme para erradicar qualquer comportamento que dê tratamento diferenciado por causa do sexo ou qualquer outra razão não consentida), mas ao mesmo tempo requer a construção de um próprio *direito da diversidade*. Há de ser adotado um programa de transformação social<sup>15</sup> diante da interdisciplinaridade percebida porque não se trata apenas de se levar em consideração a diferença de 'sexo', mas sim a perspectiva de gênero

na atividade política que deve estar presente tanto em medidas políticas quanto em ações legislativas e administrativas<sup>16</sup>. Diz ainda o jurista que alguns autores assinalaram, de forma satisfatória, que deve ocorrer uma “feminização da lei” e, mais especificamente, do direito privado.

Portanto, entende-se que o *princípio da igualdade de tratamento* não é uma limitação à autonomia da vontade, mas o *princípio da liberdade contratual* não pode mais ser mantido como um campo sagrado

que não admite incursões, posto que o princípio da igualdade atualmente possui eficácia imediata nas relações entre os indivíduos contra as discriminações típicas (RUIZ, 2014).

Assim, o direito privado não pode basear-se exclusivamente no *princípio liberal da liberdade contratual*, mas deve também ser baseado no *princípio social da igualdade* e, especialmente, a *igualdade entre homens e mulheres* e, isso requer a construção de um novo direito, dentro do direito à diversidade.

A dimensão do direito da antidiscriminação no campo internacional e também no direito nacional deve ser sempre homenageada como forte braço de garantia dos direitos fundamentais nas relações entre os cidadãos

As ações legislativas e estudos doutrinários até agora se voltaram para a lei antidiscriminatória e, de acordo com Ruiz (2014), tal caminho é insuficiente e incompleto, sendo o direito antidiscrimi-

nação (apesar da enorme importância que adquiriu) apenas um conjunto de soluções: “*El derecho antidiscriminatorio es la punta de lanza del derecho a la diversidad, pero no pueden agotarse en él ni todas las acciones, ni todos los estudios dirigirse a él*”.

Não obstante, a dimensão do direito da antidiscriminação no campo internacional e também no direito nacional deve ser sempre homenageada como forte braço de garantia dos direitos fundamentais nas relações entre os cidadãos, nas negociações privadas (reguladas pelo direito privado). O tema traz em si a sempre presente necessidade de

combate a todo tipo de discriminação, especificamente em questões que concernem a diferença tida pelo gênero, impondo-se que se busquem políticas públicas e legislações condizentes com o contexto da *igualdade* na sociedade democrática, tanto quanto as *ações afirmativas* no desenvolvimento do direito da antidiscriminação.

Acerca dessa última afirmação, Roger Raupp Rios (2008)<sup>17</sup> defende que no direito norte-americano ditas ações (ações afirmativas) mostram-se valiosas para o amadurecimento do debate jurídico nacional, e para a área histórico-sociológica. Frisou o jurista a necessidade de tomada de medidas concretas que afirmem o compromisso com novas realidades onde o preconceito e a discriminação sejam confrontados: “É preciso enfrentar, além das intenções, os efeitos de medidas neutras que perpetuam a desigualdade, dada a perenidade do preconceito e da discriminação, tarefa que reclama a implementação de ações concretas”.

A reflexão sobre este tema não pode finalizar sem mencionar (novamente) o *princípio da igualdade*, posto que os direitos humanos têm nele o mandamento primordial de proibição de qualquer espécie de discriminação. Ele se insere como elemento básico dentro da sociedade democrática, para fortalecer o respeito à cidadania e para gerar um entendimento efetivo na sociedade, na comunidade, de que já é tempo de se conviver com o diferente, acatando as regras do direito da antidiscriminação para a geração de um novo conhecimento, uma nova mentalidade.

## Notas

1. Denise Antunes. Graduada em Direito na UEPG, Ponta Grossa (1989). Pós-Graduada ‘latu sensu’ no III Curso de Aperfeiçoamento em Direito de Família e Posse e Propriedade, realizado pela Faculdade de Direito de Curitiba. Pós-Graduada ‘latu sensu’ no IX Curso de Preparação para Ingresso na Magistratura realizado pela EMAP, na sede de Curitiba, em 1992. Ingressou na magistratura paranaense em 1992. Professora da Escola de Magistratura (EMAP) de Ponta Grossa (Prática Processual Civil), no ano de 1995, e em Curitiba (Prática Processual Civil), nos anos de 2005-2009. Representante

- do TJPR como integrante do *Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde* criado pelo CNJ, no período de abril de 2011 a maio de 2013. Pós-Graduada 'latu sensu' no Curso de Direitos Humanos (*"Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como procesos de lucha por la dignidad – IX Edición"*), realizado pela *Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha*, de jan./fev./2019. Atualmente designada para atuar como juíza substituta na egrégia 18ª Câmara Cível do TJPR.
2. Constata-se que nos tribunais brasileiros são vários os casos de discriminação que indicam a existência nas relações contratuais privadas como por ex., em contratos que dizem respeito a seguro de vida, planos de saúde, de financiamento habitacional, envolvendo, por curial, usuários idosos e deficientes físicos como vítimas de práticas discriminatórias (Exemplos citados em trabalho acadêmico de Cristiane Sirtoli VENTURINI – 2017, e nele há referência, nessa parte, ao ensinamento da jurista Rosalice Fidalgo PINHEIRO).
  3. RUIZ, Francisco J. Infante. *Igualdad, diversidad u protección contra la discriminación em el derecho privado*. Site *ResearchGate*. Profile do autor. Publicado em jan/2014.
  4. Jorge Cesa Ferreira da Silva, citado pela jurista Cristiane Sirtoli VENTURINI (2017) quando de seu artigo científico, ensina que o *conceito de discriminação direta* é classificado por dentro de uma perspectiva *individualista* que se funda na proteção do indivíduo diante da discriminação, de modo que este possa desenvolver sua personalidade livre de situações que venham a dificultar ou até a impedir o desenvolvimento de seus potenciais. Se verifica quando evidenciado tratamento diferenciado a alguém que se encontra na mesma situação de outra, unicamente por ser portador de sinais discriminatórios. (...) *A discriminação indireta*, tem que a "discriminação é um conceito relacionado a *grupos*". É uma perspectiva coletiva que se funda na existência de grupos que se encontram em posições inferiores em relação a outros, e por isso o foco é na proteção de determinados grupos sociais e se configura se presentes "um elemento positivo, a discriminação fática, e outro negativo, a falta de justificativa para a consideração dos sinais discriminatórios" (*A Proteção Contra Discriminação no Direito Contratual Brasileiro*. In: MONTEIRO, António Pinto et all (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007 – p. 387-416; p. 60-1, 394-5).
  5. Obra referida no texto, p. 148-50.
  6. In: *Direito da antidiscriminação e direitos das minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo*, p. 131-2.
  7. LGBT (ou LGBTTT) = Sigla de Lésbicas, Gays, Bissexuais,

Travestis, Transexuais e Transgêneros, que consistem em diferentes tipos de orientações sexuais.

8. RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. p. 119-26.
9. Sobre assédio sexual das mulheres negras (escravas), tanto no Brasil colônia, quanto nos EUA, primeiro temos o relato de *Gilberto Freyre*, na obra citada na bibliografia, ao tratar dos costumes brasileiros na época da escravidão, relata que na cultura das casas-grandes do tempo da escravidão, era incentivado que os filhos homens tivessem relações sexuais com as escravas negras, que por força de tal pensamento, além do trabalho forçado eram submetidas aos caprichos dos filhos do patrão e muitas vezes do próprio patrão. A prática da conduta de assédio sexual, aliás, foi comum nos países que utilizaram o sistema escravagista no século 19. (*Da mulata...que nos iniciou no amor físico, e nos transmitiu, ao ranger da cama-de-vento, a primeira sensação completa de homem. (...)*” (p. 307). Ao analisar o legado da escravidão nos EUA, *Angela Davis* comenta também como era o tratamento dado às mulheres negras pelos proprietários de escravos que exigiam prestação de serviços tal qual era dada pelos homens, e além dos os homens sofrerem com flagelações e mutilações, as mulheres, quando também castigadas dessa forma, passavam por toda forma de coerção sexual, sendo a violação utilizada como expressão do domínio econômico do proprietário e do controle das mulheres negras pelo capataz. Na obra de Davis há testemunhos de escravos narrando as violações e coerções sexuais realizadas por homens brancos e sofridas pelas mulheres negras, lembrando que a literatura tradicional sobre a escravidão silenciou sobre o tema, e pior, dando a entender que o ocorrido não era exploração sexual, mas mestiçagem. Do livro de Angela Davis (p. 19-20): “*Mas as mulheres também sofriam de forma diferente, porque eram vítimas de abuso sexual e outros mal-tratos bárbaros ... (...) o estupro, na verdade, era uma expressão ostensiva do domínio econômico do proprietário e do controle do feitor sobre as mulheres negras na condição de trabalhadoras*”.
10. RIOS, Roger Raupp e SILVA, Rodrigo. *Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro*, p. 18-9.
11. Na matéria já referida, *op. cit.*, e aqui mais especificamente quando trata do capítulo V: *La reivindicación de la diversidad y la perspectiva de género*, p. 236 e ss.
12. Para conhecimento, RUIZ fez referência: ANDERSON, B. S./ZINSSER, J. P. (1991), *Historia de las mujeres. Una historia propia* (trad. esp. Beatriz Villacañas, 2007), Vol. II, Editorial Crítica, Barcelona, pp. 324 y ss. E mais, comenta RUIZ que as mulheres ‘*se organizaron en clubes y asociaciones con*

- el fin de irrumpir en la vida política, pero pronto fueron expulsadas de los foros públicos y de la política, pois em 1793 os jacobinos ‘declararon ilegales todos los clubes y asociaciones creados por las mujeres e incluso se les denegó la entrada para asistir a las sesiones de la Comuna de París’ ; inclusive após os anos 60 quando os movimentos feministas marcaram também a época, reivindicações por igualdade em todas as esferas.*
13. RIOS, Roger Raupp e SILVA, Rodrigo. *Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação*, p. 18.
  14. *‘Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista’, 2010.* Ruiz cita a página 27 do texto aqui referido de Valpuesta, na nota de rodapé n. 124 de sua matéria (de Ruiz) consultada e referida na bibliografia, p. 241.
  15. Exemplos dados por Ruiz: *Equiparación de la mujer y el hombre en el cuidado y atención de los hijos y dependientes; Acciones positivas, de acuerdo con las cuales se diseñan políticas dirigidas específicamente al género femenino para propiciar el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres en condiciones de paridad con los hombres, e se encuentran en el centro del debate y la polémica sobre su adopción es grande, el TC ha declarado en varias ocasiones la constitucionalidad de estas medidas siempre que sean proporcionadas y razonables y su aplicación se mantenga mientras exista la situación o situaciones que las motivan – sobre estos parámetros, hoy adquieren cobertura general (habilitación genérica) en el art. 11 LOIM -; Democracia paritaria, de acuerdo con ella se requiere una presencia equilibrada de mujeres y hombres en las instituciones y en los organismos públicos; Inclusión de un tipo de discriminación en el que la discriminación se hace directamente por razón del sexo, así es en los supuestos en los que la discriminación tenga lugar por razón del embarazo o la maternidad; Facilitación de la reclamación procesal mediante la inversión de la carga de la prueba; Tutela judicial mediante procedimiento preferente y sumario.* Diz: Cuidadosamente coberto cada uma dessas medidas com óculos de proteção sobre o direito da diversidade, podemos concluir expoentes que claras do que isso representa os três primeiros, enquanto o resto poderia encaixá-los na direita chamado antidiscriminação. VIDE: *Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado*; p. 242-4.
  16. “Esta diversidad no se consigue exclusivamente mediante el denominado derecho antidiscriminatorio, que supone una apuesta decidida por erradicar todo comportamiento que dé un trato diferenciado por razón de sexo o por cualquier otro motivo no consentido, sino que al mismo tiempo exige la construcción de un derecho de la diversidad. Por lo que a nuestro tema se

refiere, este derecho ha de evidenciar el protagonismo de las mujeres en las cuestiones que les afectan más directamente con la inclusión de la perspectiva de género en su solución. Esta inclusión debe realizarse en todos los sectores del ordenamiento y, por naturaleza propia, requiere su interdisciplinariedad”.  
VIDE: *Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado*; p. 242.

17. RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*, p. 206-7.

## Referências

- DAVIS, Ângela. *Mulheres, raça e classe*. Tradução Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. São Paulo: Círculo do Livro (*licença editorial dada por cortesia da Livraria José Olympio Editora*), 1987.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, RIOS, Roger Raupp, e SCHÄFER, Gilberto. Direito da Antidiscriminação e Direitos das minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (ISSN 1982-0496). Rev. Direitos Fundam. Democ., v. 22, n. 1, p. 126-148, jan./abr. 2017.
- RUIZ, Francisco J. Infante. *Igualdad, diversidad u protección contra la discriminación em el derecho privado*. Site ResearchGate. Profile do autor. Publicado em jan/2014. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/312199055\\_IGUALDAD\\_DIVERSIDAD\\_Y\\_PROTECCION\\_CONTRA\\_LA\\_DISCRIMINACION\\_EN\\_EL\\_DERECHO\\_PRIVADO](https://www.researchgate.net/publication/312199055_IGUALDAD_DIVERSIDAD_Y_PROTECCION_CONTRA_LA_DISCRIMINACION_EN_EL_DERECHO_PRIVADO)>. Acesso em: fev/2019.
- RUIZ, Francisco J. Infante. *La perspectiva de Género en el derecho de los contratos*. In: *Construyendo La Igualdad La Feminización Del Derecho Privado. – Carmona III* – Directora Teodora Torres García. Coordinadores: Francisco Infante Ruiz, Marta Otero Crespo, y Amalia Rodríguez González. Valencia: Tirante lo Blanch, 2016, p. 143-168.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- RIOS, Roger Raupp e SILVA, Rodrigo. *Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro*. Cienc. Cult. (vol. 69, n.1), São Paulo, jan./mar./2017 – *On-line version* – Disponível em:<[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252017000100016](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252017000100016)>. Acesso em fev./2019.
- RIOS, Roger Raupp e SILVA, Rodrigo. *Discriminação múltipla e discriminação*

- interseccional*: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. Site SciELO. Recebido em 22 de julho de 2014. Aprovado em 4 de fevereiro de 2015, p. 12-37. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n16/0103-3352-rbcpol-16-00011.pdf>. Acesso em fev./2019.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario. “*Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista*”. Anuario de Derecho Civil, Universidad de La Rioja, Logroño, España, vol. 63, n. 3, 2010, p. 1053-1125.
- VENTURINI, Cristiane Sirtoli. *Proibição de discriminação de pessoas com deficiência no contrato de serviços educacionais*. Artigo científico (2017). Anais do EVINCI – UniBrasil, Curitiba, v.3, n.2, p. 463-478, out/2017. Site *Portal de Periódicos da UNIBRASIL*. Disponível em: < <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/3673>>. Acesso em: dez/2018.

# Conexão de antijuridicidade, racionalidade e decisão judicial

**Tiago Gagliano Pinto Alberto<sup>1</sup>**

Juiz de Direito e Professor

## 1. Introdução

A FORMATAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO não comporta, no ambiente da decisão judicial, subjetividades que não sejam passíveis de controle. A afirmativa é diversa de se considerar que não há lugar para subjetividades na decisão judicial. Estas sempre existiram e sempre existirão, em virtude de que a aplicação do direito demanda algum momento de valoração individual e subjetiva na interpretação dos textos normativos, ou da massa fática que venha a ser traduzida para o processo por oportunidade da produção das provas. A diferença, no entanto, reside em que as subjetividades e individualidades podem e devem ser objeto de controle também, tanto pelo jurisdicionado como pelo próprio decisor. Assim agindo, estará a decisão sendo dotada de legitimidade argumentativa<sup>2</sup>, ou seja, revela-se como o resultado da manifestação do Estado enquanto produtor de direito válido e legítimo para os fins da conformação de condutas às pautas normativas existentes; e não, o que seria o contrário, apresentando-se a decisão recheada de subjetivismos, especulações e ilações, como resultado da opinião do julgador que a profere.

O direito, conquanto de tormentosa definição, alcances e objetivos, apresenta ao menos um traço que pode gerar alguma concordância entre os teóricos que lidam com a temática: a busca por estabilidade<sup>3</sup>. Não quero dizer, com a ideia de estabilidade, a paz social. Este, aliás, é um

objetivo que não constitui o traço distintivo do direito, já que pode ser buscado até mesmo por organizações criminosas, cujas ações se revelam incompatíveis com o estado de direito. Ao contrário, a estabilidade pelo direito deve ostentar a possibilidade de antecipar, de maneira justificada, os comportamentos que consubstanciem causas aptas à tomada de decisão pelo cidadão e, com isso, figurar como meio idôneo a fazer funcionar tanto a engrenagem estatal, quanto o mercado e, em nível mais pulverizado, as condutas das pessoas.

No específico âmbito da argumentação jurídica, o contexto da justificação auxilia na busca pela estabilidade do direito a partir da prolação de decisões judiciais, uma vez que pretende esquadriñar os argumentos que são lançados no provimento judicial decisório, ora estabelecendo um *iter* a ser seguido, ora salientando quais são os argumentos válidos e defeituosos.

Este é o pano de fundo e, ao mesmo tempo, a crítica da teoria que se pretende abordar neste artigo, em pleno uso no direito criminal espanhol: a *conexão de antijuridicidade*. Lanço como problema a seguinte indagação: a conexão de antijuridicidade pode representar um avanço na análise das provas ilícitas por derivação? A hipótese de pesquisa que decorre da análise do problema, por sua vez, é que a conexão de antijuridicidade não representa um avanço na análise das provas ilícitas por derivação; antes, materializa uma subjetividade sem controle que não deve ser adotada na aplicação do direito.

## 2. A teoria da conexão de antijuridicidade: um breve esboço

O Tribunal Constitucional Espanhol tem se valido, desde a Sentencia del Tribunal Constitucional – STC 81/98, da construção jurisprudencial denominada “conexão de antijuridicidade” para análise da admissibilidade de provas ilícitas. Antes da referida sentença, era consolidada na jurisprudência da corte a ideia de que as provas ilícitas não poderiam ser admitidas de maneira absoluta, porque violadoras da presunção de inocência. Esta foi a orientação seguida desde 1984, quando apreciado o primeiro caso alusivo ao tema, até 1998<sup>4</sup>.

Entretanto, após a STC 81/98, a interpretação do tema sofreu um dramático giro. Considerando que a teoria norte-americana de base que gerou a inadmissibilidade das provas ilícitas (*the fruit of the poisonous tree doctrine*) também vem admitindo exceções, o Tribunal Constitucional optou por relativizar o alcance da garantia. Embora não admitido de maneira explícita na decisão, a pressão popular e o clamor social poderiam, em certas hipóteses e de acordo com a corte, dar azo a uma reformulação da teoria, especialmente no tocante ao denominado efeito reflexo, ou provas ilícitas indiretas. Nestas, o Tribunal Constitucional compreendeu que a chamada ultraortodoxia para análise das provas ilícitas na formulação originária não teria mais cabimento no cenário jurídico.

No direito norte-americano, o estudo da teoria que veda a admissibilidade de provas ilícitas não é realizado de maneira isolada, senão em conjunto com a compreensão de que está atrelada a princípios constitucionais de natureza substantiva que asseguram a observância ao devido processo legal. Em específico e para ser mais claro, a teoria em voga assume, alhures, a natureza de *exclusionary rule*, ou seja, regra de exclusão, correlacionada com o *right against unreasonable searches and seizures*<sup>5</sup> previsto na Quarta Emenda. Entrementes, o cerne deste direito está, por sua vez, relacionado com a ideia de que a atividade policial não pode atentar contra os direitos e garantias constitucionais, o que é denominado *deterrent effect*. Por conseguinte, se a dinâmica fática revela que a atividade policial não teve o intento de prejudicar, relativizar ou de qualquer forma minorar a proteção dos direitos e garantias constitucionalmente admitidas, não há razão para invalidação da prova. Semelhante construção passou a ser adotada pelo Tribunal Constitucional espanhol após a prolação da supramencionada sentença constitucional; porém, com abertura subjetiva de grandes proporções e especial importância para a definição da licitude ou não da prova.

O caso que se encontrava em tela de juízo, veiculado no *recurso de amparo* de competência do Tribunal Constitucional, dizia respeito a uma

O contexto da justificação auxilia na busca pela estabilidade do direito a partir da prolação de decisões judiciais

condenação pela Audiência Provincial, confirmada pela Segunda Sala do Tribunal Supremo, à pena de três anos de prisão e multa de dez milhões de pesetas por crime contra a saúde pública, de um cidadão que foi encontrado com pouco mais de 23 gramas de cocaína. A prisão se deu como decorrência de diligência policial que se iniciou a partir de uma interceptação telefônica tida como ilegal, mas a sentença condenatória se posicionou no sentido de que nenhuma das conversas gravadas foram determinantes causais da apreensão e consequente prisão. Ao contrário, levou-se

No direito norte-americano, o estudo da teoria que veda a admissibilidade de provas ilícitas não é realizado de maneira isolada

em conta muito mais os depoimentos dos agentes policiais envolvidos na operação do que, propriamente, a interceptação telefônica, cujo objetivo era, na realidade, outro. A descoberta das drogas foi, digamos, casual, em virtude das diligências que resultaram da interceptação telefônica.

As instâncias de origem condenaram o acusado Juan Salvador Domínguez Durán considerando a independência da prova que suportava o édito condenatório e, bem assim, o nexo de causalidade entre a descoberta da prova e a interceptação telefônica considerada como prova ilícita. A questão a ser apreciada pelo Tribunal Constitucional via recurso de amparo, portanto, dizia respeito à possibilidade de que a prova indubitavelmente ilícita pudesse viabilizar diligência em que a droga foi apreendida e a prisão foi efetuada; ou se, ao revés, por ter a prova originária, a interceptação telefônica, sido considerada nula, tal viria a constituir pecha a todos as diligências e comportamentos que lhe sobrevieram.

Ao iniciar a sua análise do caso, o Tribunal Constitucional explicou que os direitos fundamentais ostentam visão substantiva e processual. Aquela está correlacionada ao *status* jurídico do cidadão enquanto tal e à garantia do seu modo de existência, ao passo que esta consubstancia regra básica de todos os procedimentos exigidos na democracia. Somente após a constatação e violação a esta dupla feição dos direitos fundamentais se poderá concluir, para o tribunal, no sentido da efetiva ilicitude da prova realizada e, como consequência, da condenação. E, para tanto, haverá de se proceder a exame por critério composto por dois passos: i) verificar se

a valoração das provas vulnerou o direito ao processo com todas as suas garantias para, só então, *ii*) em consequência, decidir se o princípio da presunção de inocência foi ou não menoscabado.

Nos casos em que a prova ilícita foi utilizada como causa direta e frontal da condenação, não haverá espaço de dúvida para a inidoneidade também do decreto condenatório. A questão que se revelará duvidosa diz respeito àquelas outras situações em que o conhecimento dos meandros fáticos se realizou de maneira relativa ou absolutamente independente da prova considerada ilícita, ou como derivação desta. Para descobrir se a ilicitude se comunica a tais provas, “*habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras*”, ou seja, haverá que se aferir a existência de um nexo entre ambas as provas, nexo este que se produza de maneira igualmente ilícita e que seja capaz de transferir, por derivação, a ilicitude entre as provas – a originária e a derivada. A este nexo o Tribunal Constitucional denomina “*conexión de antijuridicidad*”, ou conexão de antijuridicidade, e consistirá na *ratio* de valoração das provas “*obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones*”<sup>6</sup>.

Agora bem, para analisar a existência da conexão de ilicitude entre a prova originária e a derivada, haverá de se determinar, *desde o ponto de vista (ou perspectiva) interno(a)*, ou seja, do próprio sistema, se a ilicitude se transmite à prova obtida por derivação. Mas esta análise não é suficiente. Haverá outro passo a seguir, consistente em verificar se, sob a perspectiva externa, “*las necesidades esenciales de la tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige*” a declaração de ilicitude. O tribunal considera, assim, que a perspectiva externa será como que um canal de comunicação entre o jurídico e o social, de maneira que a ilicitude deverá ser aferida de acordo com critérios de realidade e efetividade. Ademais, são, na dicção da corte, complementares e inseparáveis as perspectivas interna e externa, de maneira que somente se violadoras a ambas a prova poderá efetivamente ser tida como ilícita.

Mais adiante no julgado, o tribunal reitera, a propósito da “*perspectiva jurídica que ahora estamos considerando*”, que haverá de se levar em conta um “*juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la*

*pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada*”. Observe-se que o juízo de experiência será, portanto, fundamental para a tomada de posição acerca da perspectiva externa e, como consequência, já que ambas, a externa e a interna, encontram-se correlacionadas, com a ilicitude em si da prova produzida. O juízo de experiência, por sua vez, encontra-se atrelado à *realidade e efetividade*, critérios que não encontram no quadrante jurídico perfeita e harmônica explicação.

A perspectiva externa, na forma como desenvolvida pelo Tribunal Constitucional espanhol, em sentença que passou a orientar a análise da ilicitude das provas produzidas por derivação, denota critério indubitavelmente subjetivo e individual, quase íntimo, de convicção acerca do que seria admitido como *realidade e efetividade*, para lastrear a ideia de juízo de experiência capaz de servir como fiel da balança entre a ilicitude em si e a sua configuração social. Este critério, que sói ser indefinido, apresenta-se deveras subjetivo, incapaz de resultar, ou ser resultado, de *iter* jurídico procedimentalmente apto a configurar qualquer tipo de metodologia de análise de prova. Não é um *standard* probatório, critério epistemológico de aferição de realidade, ou tampouco qualquer ponte com o mínimo de segurança a figurar como ligação entre o salto causal decorrente da aferição livre e desimpedida da realidade, e as suas consequências jurídicas.

O novel posicionamento não passou incólume à doutrina espanhola. Ao contrário, recebeu um sem número de críticas. Marina Gascón Abellan assim se posicionou:

En realidad, con la tesis de la conexión de antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional (y la doctrina que lo secunda) es justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas; lo cual – aunque obviamente no se verbalice – obedece entre otras cosas a la existencia de una presión social en ese sentido. Una presión que se manifiesta especialmente cuando arraiga la sensación de aumento de la criminalidad o de inseguridad ciudadana en general, pues se agudiza entonces, inevitablemente, la tensión entre el interés en perseguir y castigar el delito y el interés de garantizar los derechos, en grave detrimento de este último.<sup>7</sup>

Há outros países cujos regramentos tampouco se conformam com o caráter absoluto para a valoração das provas tidas como ilícitas. Em Portugal, a exclusão da prova ilícita está inserida na constituição, sendo certo que o denominado “efeito à distância”, ou “efeito reflexo” remete à singularidade do caso, à importância do direito em conflito, entre outros fatores que podem relativizar a proibição geral. Na Itália, a proibição, que se encontra no código de procedimentos, encontra iterativas nuances de relativização na jurisprudência. Na Alemanha, a ponderação remete à análise da gravidade de fato em contraposição ao peso da infração processual<sup>8</sup>.

Na própria corte suprema norte-americana, berço da teoria que resultou na construção da impossibilidade de utilização de provas ilícitas, encontram-se as seguintes exceções: *i*) a fonte independente – *independent source doctrine*, que estabelece que não se aplicará a *fruit of the poisonous trees doctrine* se as provas que se consideram derivadas daquela tida como ilícita tiverem, em realidade, uma fonte independente, ou seja, ostentarem uma desconexão causal em relação à prova tida em sua legalidade<sup>9</sup>; *ii*) a descoberta inevitável – *inevitable discovery exception*, verificada quando as provas resultantes da lesão ao direito viriam à tona de maneira inevitável, isto é, ainda que não utilizada a prova considerada ilícita<sup>10</sup>; *iii*) *nexo causal atenuado* – *attenuated connection principle o purget taint*, ocorrente quando, em determinadas circunstâncias, a conexão entre o ato ilícito e a prova se revelam de tal maneira debilitados ou fracos que melhor se considerariam como inexistentes<sup>11</sup>, e, por fim, *iv*) a boa-fé – *good faith exception*, que se dá quando os agentes policiais não tiveram qualquer tipo de intenção, mínima que seja, na violação de direitos fundamentais ao buscarem as provas que, ao final, revelaram-se correlacionadas às provas ilícitas<sup>12</sup>.

Embora a exceção de boa-fé utilizada pela jurisprudência da corte suprema norte-americana possa ostentar alto grau de subjetividade, ainda assim estará baseada em algum elemento objetivo, como, por exem-

Em Portugal, a exclusão da prova ilícita está inserida na constituição, sendo certo que o denominado “efeito à distância”, ou “efeito reflexo” remete à singularidade do caso

plo, um mandado que continha vício oculto e, por isso, não deve ser tido como razão apta a ensejar a invalidação de todas as diligências que dele decorreram. Na Itália, Alemanha e Portugal, da mesma forma, ao que parece as variações decorrem das peculiaridades de cada caso, o que se revela normal no ambiente judicial, de todas as formas.

Entretanto, o Tribunal Constitucional espanhol, ao criar uma teoria que procura embasamento e legitimidade da aferição jurídica da ilicitude das provas na compreensão de juízos de realidade e efetividade sociais aptas a formar juízo de experiência, *não parece ter criado uma exceção*, ou *anuído àquelas já inseridas no contexto da teoria*, mas, bem ao revés, parece ter direcionado toda a teoria à conformação social na apreciação dos casos, proscrevendo o jurídico e acolhendo o útil, amesquinhando o sistema normativo em prol da verificação fática e, por fim, sufragando a opinião (*doxa*) em oposição pessoal à manifestação do poder do Estado por intermédio da jurisdição<sup>13</sup>.

E, se assim for, com base em quais critérios serão aferidas as tais *realidade e efetividade*, em ordem a consubstanciar o juízo de experiência apto a gerar a perspectiva externa e, assim, avaliar a licitude de provas em princípio objurgadas pelo ordenamento?

### 3. Ainda o subjetivo: contextos argumentativos

Na argumentação jurídica, em especial na teoria da decisão judicial, há, em síntese, duas formas de viabilizar a racionalidade da decisão, cujo dimensionamento remonta a Wróblewski<sup>14</sup>: o contexto de justificação e o contexto de descoberta. Aquele objetiva tornar a decisão racional fornecendo critérios para contraste entre o que é decidido e o que os integrantes da comunidade de fala podem debater, propiciando não apenas o exame dos meios e modos utilizados pelo decisor, senão também das suas conclusões finais, o que contribuirá para a evolução do sistema como um todo<sup>15</sup>. O contexto da descoberta, por outro lado, busca pesquisar os fatores que se revelam essenciais para a tomada de decisão em si, seja no tocante à compreensão do direito aplicável ao tema, seja quanto à análise da massa fática probatória que foi produzida no decorrer da lide<sup>16</sup>.

Na utilização da conexão de antijuridicidade, não parece que a teoria da argumentação, acaso vista somente sob o enfoque do contexto de justificação, possa contribuir decisivamente à percepção dos fatores que podem ensejar a leitura da realidade que se imiscuirá, devida ou indevidamente, no ambiente jurídico para a compreensão da (i)licitude da prova. Outros deverão ser os aportes, elementos e técnicas aptas a tal desiderato, servíveis para o deslinde dos fatores que eventualmente contribuirão para a resolução do ponto. Aqui, cabe o exame do contexto de descoberta, tanto para que os próprios decisores percebam o que lhes influencia – e, com isso, possam buscar algum tipo de modo de evitar desvios na leitura da realidade ou na sua transposição para o jurídico –, ou para que, de igual modo à utilização de algum modelo argumentativo previamente formatado, os destinatários do serviço jurisdicional possam contrastar a decisão, de largada irracional, com alguma forma de objetivação e controle.

Essa junção entre o contexto de justificação e o de descoberta não foi ainda sequer aventada e tampouco delineada em seara teórica. Ao contrário, os dois ainda estão sendo pesquisados e estudados individualmente, com a teoria da decisão judicial enfocando a justificação para fins de racionalização do provimento judicial decisório; e, de outro tanto, psicólogos, economistas, médicos, filósofos, acompanhados de poucos juristas tentando entender em que consiste verdadeiramente o processo de tomada de decisão, os seus vieses e resultados. O trabalho ainda é muito prematuro nesta linha e ainda menos esquadrinhado no ambiente teórico quando se trata do exame do jurídico e da compreensão do fato, com a utilização genérica de padrões que figuram quase como *topois* como baliza de correção para determinado posicionamento<sup>17</sup>.

De acordo com o contexto de justificação, teríamos problemas em explicitar racionalmente – ou seja, com mínimo de controlabilidade – a ideia de realidade, efetividade, juízo de experiência, ou perspectiva externa. A tentativa de definição das expressões decerto estariam fadadas ao insucesso, porque: *i*) se tornariam excessivamente subjetivas; *ii*) não haveria controle argumentativo para a sua definição; *iii*) não se pode identificar tão facilmente um método para a sua utilização de maneira harmônica e com um mínimo de pacto semântico pela jurisprudência pátria.

De outro flanco, a tomada de decisão baseada na compreensão de *juízos de realidade e efetividade sociais* aptas a formar *juízo de experiência* poderia, dada a extrema abertura de todos os termos envolvidos na construção da teoria, ser manancial de diversos vieses, má compreensões, preconceitos, posicionamentos recheados de individualismos e toda a sorte de quinquilharia subjetiva que nada tem a oferecer ao ambiente processual e da Justiça, mas que sempre se revelam presentes quando a racionalidade falta.

A esta problemática, acresço que a aplicação da teoria da conexão de antijuridicidade parece relativizar direitos fundamentais a troco de uma satisfação social que pode variar conforme o movimento pendular dos anseios da sociedade, o que indelevelmente reduz a Constituição ao *status* de mera recomendação de direitos que, tal qual uma biruta, desloca-se de acordo com a direção do vento.

## Conclusão

Com este artigo, pretendi demonstrar que a teoria da conexão de antijuridicidade utilizada pelo Tribunal Constitucional espanhol para análise das provas ilícitas por derivação *não deve*, em absoluto, ser adotada em seara judicial. Isso porque a construção teórica não ostenta níveis mínimos de racionalidade quer no ambiente do contexto de justificação, quer de descoberta, inviabilizando que a sua adoção produza decisão de fundo racional, que permita ao jurisdicionado controlar efetivamente o conteúdo do provimento judicial decisório.

Ademais disso, a teoria da conexão de antijuridicidade tem o enodado efeito de relativização de direitos fundamentais, transacionando a força normativa da Constituição com a episódica movimentação do temperamento da sociedade, dificultando, senão inviabilizando, a compreensão da carta maior como garantia e sede de direitos inafastáveis do cidadão.

## Notas

1. Tiago Gagliano Pinto Alberto. Pós-doutor em Direito pelas Universidades de León/Espanha e PUCPR. Doutor pela UFPR e Mestre em Direito pela PUCPR. Juiz de Direito. Professor. Email: tiagogagliano@hotmail.com
2. O conceito de legitimidade argumentativa é trabalhado, entre muitos autores, por Robert Alexy.
3. Francisco Laporta utiliza o interessante conceito de “contexto paramétrico” para definir a necessidade de estabilidade.
4. Para um histórico dos precedentes que envolvem o caso: GÁMEZ, José Manuel Barranco. Excepciones a la Conexión de Antijuridicidad para el Tribunal Constitucional.
5. Direito contra buscas e apreensões desarrazoadas, em tradução livre.
6. Íntegra do Julgado ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Sentencia n. 81/1998.
7. ABELLÁN, Marina Gascón. Cuestiones Probatorias. Outros Autores também analisaram o tema, ora aderindo ao posicionamento da Corte, ora discordando, embora todos considerem a construção como eminentemente subjetiva. Vide, entre outros: FLORES, Marita Bayona. ¿Es siempre inválida la prueba ilícita en un proceso penal? BLANCO, Augusto Javier Mosquera. La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero. TORNÉ, M<sup>a</sup>. Cinta Costa. La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones. Especial menção ao texto de autoria de: COLOMER, Juan-Luis Gómez. Prueba admisible y prueba prohibida: cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual. Trata-se de excelente síntese da teoria da ilicitude das provas, suas exceções atualmente admitidas e, bem assim, a teoria de conexão de antijuridicidade utilizada inicialmente pelo Tribunal Constitucional Espanhol e, na sequência, pelo Tribunal Supremo e demais órgãos do Poder judiciário espanhol.
8. ESPÉS, Sara Arriero. Conexión, desconexión de antijuridicidad: descubrimiento inevitable.
9. Silverthorne Lumber Co. vs. United States.
10. Nix Vs. Williams.
11. Isto se verifica, por exemplo, em amplos lapsos temporais entre a prova tida como ilícita e a derivada, ou grande número de ligações ou circunstâncias fáticas intermediárias entre a prova ilícita e a derivada etc. O caso julgado pela jurisprudência norte-americana em que está exceção se verificou pela primeira vez foi em Wong Sun Vs. United States.
12. A primeira situação da exceção da boa-fé se observou em 1984, no julgamento do caso United States Vs. Leon, em que a polícia obteve provas com base em uma

- autorização que continha um vício oculto, ou seja, revelava-se aparentemente correta. Também foi admitida em *Illinois Vs. Krull* e *Arizona Vs. Evans*.
13. Eduardo de Urbano Castrillo, Magistrado integrante do Gabinete Técnico do Tribunal Supremo também sustenta tratar-se de análise apenas de efeitos. CASTRILLO, Eduardo de Urbano. *La desconexión de antijuridicidad en la prueba ilícita*.
  14. Em realidade, as expressões encontram no realismo escandinavo de Petrazycki, Wróblewski, Ross e Olivecrona sua sede, mas foi com Jerzy Wróblewski que ficou conhecida. Vide, entre outras obras: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*.
  15. Decidir com base na razoabilidade, por exemplo, pode se tornar insuportavelmente subjetivo, ou legitimado sob o ponto de vista argumentativo, desde que o decisor, atento ao contexto da justificação, explique o que entende pelo princípio e como tal se correlaciona com o caso em debate.
  16. Entre a vasta literatura a respeito, sugiro a leitura das seguintes obras: KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. GLADWELL, Malcolm. *Blink. A decisão num piscar de olhos*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Novas fronteiras da teoria do Direito. Da Filosofia moral à psicologia experimental*.
  17. Exemplo: a palavra da vítima ter mais valor que a versão sustentada pelo Acusado. Não há qualquer explicação para tanto, a não ser o fato de que o crime em que geralmente se segue este padrão decisório é cometido às ocultas, o que parece justificar a preferência. Já tive ocasião de tratar o tema, motivo pelo qual, em razão da necessidade de escandir alguns pontos, o que se revela inviável nesta oportunidade, remeto o leitor para a leitura do seguinte artigo: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *A palavra da vítima e a metodologia de análise de prova: um assunto argumentativo-epistemológico pendente*.

## Referências

- ABELLAN, Marina Gascón. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 148-9.
- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *A palavra da vítima e a metodologia de análise da prova: um assunto argumentativo-epistemológico pendente*. Curitiba-PR, Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI289632,81042-A+palavra+da+vítima+e+a+metodologia+de+análise+da+prova+um+assunto>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Gen – Editora Forense, 2011.

- BLANCO, Augusto Javier Mosquera. *La prueba ilícita tras la sentencia Falciani*: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero. Barcelona: Indret – Revista Para Análisis del Derecho, 2018. Disponível em: <[http://www.indret.com/pdf/1398\\_2.pdf](http://www.indret.com/pdf/1398_2.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- CASTRILLO, Eduardo de Urbano. *La Desconexión de Antijuridicidad en la Prueba Ilícita*. 2008. Disponível em: <<http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-desconexion-de-antijuridiciad-en-la-prueba-ilicta>>. Acesso em: 18 dez. 2018.
- COLOMER, Juan-luis Gómez. *Prueba admisible y prueba prohibida: Cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual*. España: Universidad de Los Andes, 2015.
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Sentencia n. 81/1998. Juan Salvador Domínguez Durán. *Tribunal Constitucional de España*. Madrid, Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/el/Resolucion/Show/3583>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- ESPÉS, Sara Arriero. *El valor del silencio del acusado: la doctrina “Murray”*. 2019. Disponível em: <<http://saraarrieroespenalista.blogspot.com/2019/02/el-valor-del-silencio-del-acusado-la.html>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- FLORES, Marita Bayona. *¿Es siempre inválida la prueba ilícita en un proceso penal?* Puira/peru: Revista de Estudiantes Ita Ius Esto, 2012. Disponível em: <[http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/4\\_11-Bayona-Flores.pdf](http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/4_11-Bayona-Flores.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- GÁMEZ, José Manuel Barranco. *Excepciones a la conexión de antijuridicidad para el tribunal constitucional*. España, 1998. Disponível em: <<http://www.icahuelva.es/wp-content/uploads/descargas/doctrinales/articulos-doctrinales-Excepciones-TC.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- GLADWELL, Malcolm Blink. *A decisão num piscar de olhos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr.
- KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Debate, 2016. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke.
- LAPORTA, Francisco J. *Imperio de la ley: Una visión actual*. Madrid: Editorial Trotta. S.A., 2007.
- STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Novas fronteiras da teoria do Direito: Da Filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: Pucrio, 2014.
- TORNÉ, María Cinta Costa. *La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones*. Madrid/espanha: Revista de Derecho Uned, 2012.
- UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Syllabus n. 358. Silverthorne Lumber Co., Inc. United States. Relator: MR. Justice Holmes. New York, NY, 26 de janeiro de 1920. *Justia U.S. Supreme Court*. Washington. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

- UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Syllabus n. 82-1651, 467 U.S. 431. Nix. Williams. Relator: Justice Brennan. *Justia U.S. Supreme Court*. Washington, Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Syllabus n. 36, 371 U.S. 471. Wong Sun. United States. *Justia U.S. Supreme Court*. Washington, Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Syllabus n. 480 U.S. 340. Illinois. Krull. *Civil Liberties. In The United States*. Washington, Disponível em: <<http://uscivil liberties.org/cases/3950-illinois-v-krull-480-us-340-1987.html>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Syllabus n. 514 U.S. 1. Arizona. Evans. *Justia U.S. Supreme Court*. Arizona, Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/1/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- WROBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

# Standards de prova no processo civil brasileiro

**Clayton Maranhão<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

## I. Introdução

O TEMA DA VALORAÇÃO DA PROVA DOS FATOS juridicamente relevantes e, portanto, dos *standards* probatórios está diretamente ligado ao tema epistemológico da verdade. Isso porque, numa perspectiva doxástica e internalista, há necessidade de justificação epistêmica racional de crenças na decisão judicial, notadamente no direito brasileiro, à medida que a Constituição da República Federativa do Brasil está a exigir que as decisões judiciais sejam fundamentadas (art. 93, IX)<sup>2</sup>.

É sabido que os *standards* de prova não têm previsão normativa, seja no direito comparado, seja no ordenamento jurídico brasileiro, do que resulta a complexidade na definição de critérios que possam guiar uma decisão judicial que, por sua vez, possa ser controlável pelo jurisdicionado. Deveras, é preciso que se registre que a dificuldade na definição do *standard* de prova reside no fato de que é antes de tudo um estado mental do julgador, portanto o que vale é a credibilidade da proposição<sup>3</sup>.

No direito dos EUA é que se tem definido critérios que vêm sendo seguidos pela doutrina nos países de *civil law*, notadamente o *standard* da “dúvida além do razoável” em matéria processual criminal, e, *para fins deste estudo*, os *standards* da “inferência da melhor explicação”, da “prova preponderante” e da “prova clara e convincente”. Procurar-se-á explicar até que ponto tais *standards* de prova podem ser utilizados como parâmetro no processo civil brasileiro.

Para tanto, analisar-se-á como parecem operar esses diversos *standards* de prova de acordo com os diversos momentos procedimentais e de cognição. Elegeram-se as fases postulatória, instrutória, decisória e recursal como as mais relevantes do procedimento para o objeto de estudo, associando com situações nas quais a cognição do juiz a respeito das questões de fato ora é sumária, ora exauriente. Ponderou-se, também, a possível incidência de *standards* diferenciados tanto nas variadas fases do procedimento comum, quanto dos procedimentos especiais (v.g., o procedimento especial do mandado de segurança – equivalente ao *juicio de amparo* no direito comparado, e o procedimento especial da lei de improbidade administrativa, que reprime e sanciona os atos de corrupção na administração pública).

Considera-se que, para o adequado enfrentamento do tema relativo à definição de um *standard* em determinado caso concreto, há o problema prévio e inter-relacionado da valoração da prova. Antes de se definir qual o umbral exigido para que se tenha como suficientemente provada a hipótese, é preciso saber o método de raciocínio probatório a partir do qual podem-se valorar individual e conjuntamente os elementos de juízo disponíveis<sup>4</sup>.

Partiu-se da premissa segundo a qual dentre os vários métodos de raciocínio probatório na valoração da prova aquele da probabilidade indutiva eliminativa é o que se revela mais adequado<sup>5</sup>.

## II. Premissas teóricas do *standard* de prova

A prova é fundamental para o processo, não podendo ser indeferida pelo magistrado sem adequada fundamentação, enquanto essência da cláusula do devido processo (*due process of law*). No direito brasileiro, o direito à prova é garantido tanto constitucionalmente, especialmente no artigo 5º, XXXV, LIV, LV e LVI, da CF/88, quanto na legislação infraconstitucional, sobretudo a partir do artigo 369 do CPC/15. Demais disso, a teor do artigo 371 do CPC/15, incumbe ao juiz apreciar a prova constante dos autos, indicando na decisão as razões do seu convencimento. O artigo 131 do CPC/73, revogado,

previa expressamente o princípio do *livre* convencimento do juiz. No artigo 371 do CPC/15 foi suprimido o termo “livre”, tratando-se, agora, do *princípio do convencimento motivado do juiz*. Essa alteração na norma processual brasileira tem sido objeto de intensos debates. Seus defensores argumentam que em assim agindo o legislador está a rejeitar posturas *voluntaristas* e *solipsistas* do juiz brasileiro na valoração da prova no processo civil<sup>6</sup>. Ainda que sempre haja uma margem de discricionariedade na formação da convicção judicial, é certo que não se pode considerar meramente simbólica a supressão do termo “livre” no CPC/15. Trata-se de uma tendência em se buscar a objetivação e maior controle do raciocínio probatório do juiz na valoração e justificação da sentença judicial que dá por provada uma hipótese<sup>7</sup>. Uma tentativa de objetivação nos mecanismos de controle do raciocínio probatório e consequentemente no isolamento de *standards* de prova tem sido defendida por meio da identificação de diferentes graus de probabilidade, por sua vez dependentes da maior ou menor gravidade das sanções jurídicas para o sujeito ativo do ilícito<sup>8</sup>.

No caso do direito brasileiro, estabelecendo-se uma possível relação com o tema e entendendo a relevância da sentença, tem-se o dever de fundamentação, previsto no artigo 93, IX, da CF, no artigo 381, III, do CPP e também amparado no artigo 489, I, do CPC/15.

Larry Laudan afirma que todo sistema de justiça possui três tipos de valores: (i) os extraepistêmicos; (ii) o núcleo duro da epistemologia jurídica; e (iii) um conjunto de valores quase-epistêmicos. Laudan preocupa-se com este terceiro ponto e o define como um controle do erro do julgador, em uma distribuição do erro de modo particular. Dentro desses valores estão os padrões de prova, isto é, os *standards* probatórios<sup>9</sup>. Trata-se do núcleo flexível da epistemologia, a partir da teoria da falseabilidade de Karl Popper<sup>10</sup>.

É mediante a especificação de *standards* de prova que se pode garantir que a distribuição de erros desejada em dado ordenamento jurídico seja atingida<sup>11</sup>. Nem toda evidência de “*p*” se converte em prova de “*p*” e, portanto, o *standard da prova* define o momento em que se cumpre a transição da evidência à prova<sup>12</sup>.

Há de se descartar, desde logo, que o *modelo da íntima convicção* seja um *standard* de prova. Isso porque a *íntima convicção* perverte o sentido do que significa contar com um *standard*, conduzindo a um raciocínio circular, a uma petição de princípio a respeito do porquê de o julgador estar convencido da culpabilidade do acusado e do porquê ter como provada a sua culpabilidade, e vice-versa<sup>13</sup>.

É cediço que temos basicamente três modelos de *standard* de prova no direito processual comparado: (i) o modelo de *standard* de prova muito exigente, próprio do processo penal, precisamente por envolver a restrição do direito fundamental de liberdade do cidadão frente à condenações penais somente quando a prova tiver atingido o *standard* conhecido por *mais além de qualquer dúvida razoável* (BARD); (ii) o modelo da *probabilidade preponderante*, também conhecido por “mais provável que não”, considerado menos exigente que o *standard* penal acima referido e, portanto, adequado às exigências de direito material tuteláveis pela via do processo civil comum; (iii) o modelo da *prova clara e convincente*, considerado um modelo de exigência intermediária entre o *standard* padrão do processo penal e o *standard* padrão do processo civil, podendo ser utilizado também no processo civil. Poderíamos acrescentar aqui um quarto modelo de *standard* (iv) que estaria relacionado com a *inferência da melhor explicação* (IME), o qual, apesar das críticas procedentes a respeito da insuficiência do modelo, eis que não impede, por hipótese, um *standard* pouco exigente e, portanto, erros judiciais que o sistema precisamente tem por finalidade evitar, não deixa de ser um modelo de *standard* a ser considerado, sobretudo no processo civil, pois adota a melhor explicação dentre as hipóteses conflitantes, ainda que os elementos de juízo sejam mínimos. Deveras, a IME, “embora não forneça uma solução definitiva”, “contribui providenciando um padrão de medida unificado para avaliar tanto a evidência como o *standard*”, focando “em uma avaliação da hipótese dentro do todo, comparativa (poder explanatório da hipótese diante da evidência produzida e das demais hipóteses), mediante critérios que permitem escolher a melhor explicação (*consiliência, simplicidade, analogia, coerência, conhecimentos de fundo, testes de hipóteses*)<sup>14</sup>. Embora seja controvertido, há quem afirme que

a IME seria a inferência da explicação *mais provável*, portanto escava da análise indutiva *ampliativa*, tanto que Michael Pardo afirmara que “um fato está provado por preponderância de evidência quando a melhor explicação da evidência e eventos em disputa inclui tal fato”<sup>15</sup>.

A propósito das hipóteses que dependem de prova no processo, cujo estudo é de especial relevância para a compreensão dos *standards* probatórios respectivos, é fundamental perpassar o tema da seleção das hipóteses no processo jurisdicional para fins de valoração e decisão a respeito da prova dos fatos controversos e juridicamente relevantes. Deveras, para Taruffo, as hipóteses podem ser: (i) hipótese simples; (ii) hipóteses contrárias; (iii) hipóteses sobre fatos incompatíveis; e (iv) hipóteses sobre fatos juridicamente vinculados<sup>16</sup>.

Há *hipótese simples* quando se está diante de um fato juridicamente relevante X e há apenas uma hipótese/descrição de X. Nesses casos, trata-se apenas de estabelecer se esta hipótese está ou não justificada e se o seu grau de fundamentação pode ser considerado aceitável<sup>17</sup>. O problema aqui, pois, é apenas o de verificar se o autor possui prova suficiente para que se possa considerar factível sua alegação de existência do direito e isto está a depender das regras de prova de um determinado ordenamento jurídico, o que também depende do tipo do direito material tutelado. Todavia, é necessário ressaltar que existem casos em que o autor não possui nenhuma prova útil para comprovar a hipótese por ele levantada. Em termos quantitativos, de 0-1, é possível afirmar que o *valor de confirmação* do fato, neste caso, é 0. Contudo, apesar de não poder considerar essa hipótese *verdadeira*, tampouco se pode considerá-la *falsa*, pois não se está trabalhando com uma *lógica binária* de verdadeiro ou falso.

As *hipóteses contrárias* ocorrem quando a hipótese afirmativa acerca da existência do fato X está em contraste com uma outra hipótese. Assim, se tratam de hipóteses que se referem ao *mesmo fato*,

A concepção racionalista exige uma motivação não como uma explicação, mas como uma justificação em sentido estrito

mas uma *afirma* sua existência enquanto a outra a *nega*. Todavia, não existe necessidade lógica que justifique o grau de confirmação de uma hipótese inversamente proporcional a outra (a que confirma e a que nega o mesmo fato). Primeiro porque outras representações funcionam melhor que a *escala 0-1* (v.g.  $h_1|0,90 + h_2|0,10 = 1,00$ , conhecida como *modelo de probabilidade quantitativa*)<sup>18</sup> para explicar de maneira *mais aceitável* os valores de confirmação das hipóteses positiva e negativa (v.g. escala numérica  $0-\infty$ ). Ademais, isso implicaria uma relação causal entre os graus de confirmação das hipóteses que, entretanto, não existe, eis que as hipóteses contrárias de um mesmo fato são logicamente *independentes*. Deveras, a falta de confirmação de uma hipótese positiva não conduz à sua falsidade e vice-versa<sup>19</sup>.

Uma terceira situação possível é aquela em que a hipótese que afirma o fato X se contrapõe a uma hipótese que afirma o fato Y, *incompatível* com a existência de X. Resulta, assim, necessário que sobre a base de alguma razão de ordem geral, física, lógica ou jurídica, a existência de Y *exclua* a existência de X e vice-versa. Nesse caso, como se pode perceber, a avaliação *conjunta* de ambas as hipóteses é mais inapropriada do que na situação anterior, haja vista que há uma nítida *independência* entre as hipóteses, já que tratam de  *fatos distintos*<sup>20</sup>.

Por fim, uma quarta situação acontece quando, alegando o autor a existência de um direito constitutivo X, essa hipótese não é negada ou contestada frontalmente pelo réu, mas alega-se um fato distinto Y, *não incompatível* com X, mas de caráter *extintivo, modificativo ou impeditivo* de X, cuja natureza, portanto, incide sobre as consequências jurídicas de X. Essa situação, apesar de complexa para o campo jurídico, é particularmente simples do ponto de vista lógico e de confirmação probatória, pois tratam-se de hipóteses *autônomas sobre fatos distintos*, que são formuladas no mesmo processo em função das relações jurídicas entre esses fatos. Embora haja *vinculação jurídica*, não há qualquer vinculação lógica ou epistemológica entre as hipóteses X e Y, de modo que podem ser ambas verdadeiras, ambas falsas ou uma delas verdadeira e a outra falsa<sup>21</sup>.

Jordi Ferrer Beltrán expõe que a tradição jurídica continental acentua a *liberdade de valoração da prova*, em que se outorga ao jul-

gador uma faculdade para que julgue *segundo sua consciência e suas convicções*. Essa forma de *livre* valoração da prova parte de uma concepção mais ampla, chamada de *concepção persuasiva*, que tem como características: (i) a convicção do juiz como único critério de decisão; (ii) a defesa ao *princípio de imediação*, reservando-se a tarefa de valoração da prova quase integralmente ao juiz de *primeira instância*; em nome desse princípio se supõe que o juiz de primeiro grau estará em melhor posição epistemológica do que qualquer outro juiz ou tribunal que poderia revisar a valoração da prova realizada; (iii) *motivação praticamente inexistente* a respeito da decisão *sobre os fatos*; essa concepção persuasiva da prova *reduz a motivação à explicação* das causas que levaram o juiz a acreditar na ocorrência do caso; porém, o autor pondera que explicar as causas de uma crença é algo muito distinto de *justificar* uma decisão; (iv) *sistema de recursos* que dificulta a revisão do juízo sobre os fatos em sucessivas instâncias<sup>22</sup>.

Acentua Jordi Ferrer Beltrán que, frente à concepção persuasiva, pode-se formular uma *concepção racionalista* da prova, que se baseia no método de certificação de hipóteses, e não na crença de um indivíduo. A concepção racionalista exige uma motivação não como uma *explicação*, mas como uma *justificação em sentido estrito*. Não importa, aqui, o *iter* psicológico e subjetivo do juiz, mas a motivação deve basear-se nas provas que justificam sua decisão<sup>23</sup>.

Passagem relevante da obra de Jordi Ferrer Beltrán para este trabalho reside na ideia de racionalidade teleológica e instrumental, de adequação de meios e fins, isto é, a racionalidade dos distintos métodos de valoração da prova e das distintas regras probatórias deve ser considerada a partir do fim perseguido pela atividade probatória no processo jurisdicional, vale dizer, a busca da verdade dos enunciados fáticos que descrevem os fatos juridicamente relevantes do caso<sup>24</sup>.

Nesse sentido, Jordi Ferrer Beltrán se propõe a apresentar um possível *standard* de prova penal, com ênfase no momento final da decisão judicial, de maneira que, conforme esse modelo, dentre outros possíveis segundo a previsão de cada ordenamento jurídico positivo, para que se considere provada a hipótese da culpabilidade do réu, deveriam estar presentes duas condições, a saber: (i) a hipótese deve ser

capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas; (ii) devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*<sup>25</sup>.

Neste trabalho, propõe-se a definição de *standards* progressivos com inspiração precisamente na sugestão deixada em aberto por Jordi Ferrer Beltrán na página final de sua tese, quando, em síntese, asseverou que cabe à doutrina definir *standards* de prova para as fases intermédias do processo penal, do *processo civil*, do processo administrativo etc.<sup>26</sup>

Portanto, o objetivo central deste trabalho é propor uma possível classificação dos *standards* de prova segundo as diversas *fases procedimentais* no âmbito do *processo civil brasileiro*. Dados os limites do trabalho, ficam desde logo descartadas quaisquer análises relacionadas às *técnicas de averiguação* dos fatos, bem como à chamada *fiabilidade* de cada um dos meios de provas obtidas ou produzidas no processo<sup>27</sup>. Para o enfrentamento temático dos *standards* de prova no processo civil brasileiro, partir-se-á da premissa de que os elementos de juízo reunidos no processo foram obtidos sem violação às garantias do devido processo constitucional, não pairando quaisquer dúvidas sobre a *imparcialidade do juízo* ou sobre a *licitude da prova*.

Para tanto, servir-se-á ainda de algumas lições importantes extraídas da obra de Jordi Ferrer Beltrán. A primeira delas não olvida dos *limites* da epistemologia, que, se de um lado é útil para determinar “o grau de probabilidade de que uma hipótese sobre os fatos seja verdadeira, de outro, nada afirma sobre o standard de prova, ou seja, o ponto em que essa probabilidade possa ser considerada suficiente para que se aceite como verdadeira a hipótese”<sup>28</sup>. A segunda lição concerne à ideia da “definição de um limite a partir do qual o nível de corroboração de uma hipótese seja considerado suficiente, o que por sua vez supõe a repartição do risco de erro”, isto é, enquanto não se atinge esse umbral, e sendo ele muito exigente, faz-se uma opção por absolvições

de culpados (falsos negativos) em detrimento de condenações de inocentes (falsos positivos)<sup>29</sup>.

Ademais, Jordi Ferrer Beltrán tem como fundamental as três etapas da atividade probatória, ou seja, (i) o momento da formação do conjunto dos elementos do juízo; (ii) o momento da valoração da prova e (iii) o momento da decisão sobre os fatos provados.

Na perspectiva do processo civil brasileiro, tem-se como momentos necessários de análise de *standards* diferenciados não somente a fase decisória sobre os fatos provados, mas ainda o momento de formação do conjunto das provas, notadamente na fase postulatória quando se postula uma tutela provisória (urgente ou de evidência), seja do procedimento comum previsto no CPC/2015, seja em alguns dos procedimentos especiais previstos na legislação processual civil brasileira extravagante<sup>30</sup>.

Pretende-se, ademais, apreciar a aplicação de um determinado tipo de *standard* no processo civil brasileiro, não somente em primeiro grau de jurisdição, mas também em segundo grau, em âmbito recursal, tendo em vista as limitações supostamente impostas pelo princípio da imediação.

No que se refere às fases do procedimento em primeira instância, tem-se, precipuamente, as decisões judiciais fundadas em cognição sumária, onde a prova é meramente documental, quando se tem um *standard* menos exigente, cujo umbral pode ser atingido em um provimento jurisdicional de natureza provisória, fundado em probabilidade de êxito da demanda, portanto revogável no curso do processo. De outro lado, tem-se as decisões judiciais fundadas em cognição exauriente, cujo momento é o do proferimento de sentença após o encerramento da instrução, isto é, onde caiba uma decisão de natureza definitiva sobre os fatos provados.

Feitas essas considerações, passamos ao exame das regras de direito probatório existentes no direito processual civil brasileiro, com a pretensão de demonstrar, ainda que de modo implícito, que o legislador prestigiou os principais modelos de *standards* probatórios desenhados na doutrina.

### III. *Standards* de prova no direito processual civil brasileiro

#### III.1 *Standards* de prova nas fases postulatória e decisória

##### A) *Standard* de prova e tutelas provisórias urgentes (inferência da melhor explicação)

A tutela de urgência pode ser de estrutura antecipatória, cuja função é satisfativa (art. 303, *caput*), ou de estrutura cautelar, cuja função é de mera segurança (art. 305, *caput*).

Os requisitos de cabimento de quaisquer das espécies de tutela urgente estão previstos no artigo 300, *caput*, do CPC brasileiro, assim redigido: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo”. Portanto, dois são os requisitos cumulativos exigidos para o deferimento da tutela de urgência cautelar ou antecipada: (i) probabilidade do direito e (ii) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Cabe uma crítica ao requisito da probabilidade do “direito” tal como previsto na norma citada. Na realidade, percebe-se que o legislador brasileiro buscou sanar um erro conceitual existente no CPC revogado. Refere-se ao artigo 273 do CPC/73, quando exigia a prova inequívoca da *verossimilhança* das alegações. Sendo certo que o termo *verossimilhança* é epistemologicamente criticável, andou bem o legislador em substituir o termo por probabilidade. Contudo, equivocou-se ao referir a probabilidade ao direito, quando na realidade diz respeito aos fatos. O que é provável é o fato, não o direito. O direito é *aparente*, em se tratando de tutela urgente fundada em cognição sumária, vertical, não exauriente<sup>31</sup>. Assim, a referência é a *aparência* do direito, não a *probabilidade* do direito.

Sabe-se que as tutelas de urgência, via de regra, são requeridas na petição inicial e apreciadas pelo juiz *inaudita altera parte*, ou seja, mediante contraditório diferido ou postecipado. O autor deve satisfazer o *standard* exigido em lei para que a tutela urgente possa ser deferida, substanciando a demanda por meio de alegação de fatos que corres-

pondam ao *aparente* direito em que se funda a sua pretensão (*fumus boni juris*), assim como a uma situação de perigo de dano (*periculum di infruttuosità*) ou de risco ao resultado útil do processo (*periculum di tardività*)<sup>32</sup>.

Como se trata de uma *decisão liminar*, proferida no início do procedimento, sem que o réu sequer tenha sido citado, resulta óbvio que a *prova* que servirá de base da valoração e formação desse juízo prévio de convicção, fundado em cognição sumária, é a *prova documental*, substancialmente. Quando muito, poderá haver um laudo técnico unilateral documentado (prova pericial atípica), como também uma ata notarial (documento público) ou uma escritura pública ou privada contendo uma declaração testemunhal documentada (prova testemunhal atípica), ambos suscetíveis de oportuna impugnação e reiteração das respectivas formas típicas desses mesmos meios de prova (pericial e testemunhal). Ou seja, no curso da instrução, pode ocorrer de a hipótese narrada na petição inicial vir a ser corroborada por outros meios de prova ou, ao contrário, que a hipótese narrada na contestação é que se confirme, situações conducentes à reformulação da convicção do julgador e à revogação do provimento de urgência antes deferido.

Nesse contexto, cabe indagar qual o *umbral* exigido para que o juiz se convença da aparência do direito (*fumus boni juris*) e, sobretudo, do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*)?

No que se refere à aparência do direito, tem-se que se a pretensão vier fundada em relação contratual, uma via do contrato (v.g. apólice de seguro), enquanto prova documental, deve vir anexada à petição inicial, desde que tenha sido avençado por escrito. Caso se trate de pretensão de pensionamento fundado na responsabilidade civil, basta a juntada de fotos do acidente, do boletim de ocorrência e *croquis*, das despesas médico-hospitalares quando o caso, e assim por diante. Quanto ao perigo na demora, um laudo médico atestando o risco de vida do paciente ou o estado de incapacidade temporário são bons exemplos de prova documentada que serve de base de convencimento judicial.

Pois bem. Considerando que se está no início da fase postulatória e que ainda virá pela frente a fase instrutória, entende-se que a *inferência da melhor explicação (IME)* seja o *standard* adequado para esse momento procedimental. Como se disse há pouco, não se descarta que na fase instrutória sejam aportados novos elementos de juízo conducentes a uma mudança da hipótese tida como preponderante.

A IME, nesse momento, é um *standard* que está apto como método de fixação de um convencimento provisório do juiz. Isso porque a inferência da melhor explicação IME *não fornece mesmo uma solução definitiva*, sendo adequada para a formação de convicção judicial provisória, própria das tutelas sumárias de urgência. Não se olvide que, embora haja dissenso doutrinário, há quem entenda a IME como uma derivação do raciocínio probabilístico indutivo *ampliativo*, à medida que não descarta outras possíveis hipóteses, apenas formulando um comparativo entre as hipóteses existentes e, dentre elas, inferindo a melhor explicação. Como na fase processual inicial em que se aprecia a prova documental já produzida a decisão judicial está fundada em cognição sumária dos fatos, resta evidente que o IME pode ser considerado um *standard* apropriado eis que não descarta a formação de uma convicção definitiva, própria da sentença fundada em cognição exauriente.

### **B) Standard de prova e tutela provisória de evidência (prova preponderante)**

O artigo 311, inciso IV, do CPC brasileiro estabelece que a *tutela de evidência* será concedida, *independentemente da demonstração* de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando a petição inicial for instruída com prova *documental suficiente* dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar *dúvida razoável*.

O parágrafo único do referido artigo *não admite apreciação liminar* da tutela provisória de evidência fundada no referido inciso IV. Os demais incisos (I, II e III) não serão analisados porque refogem ao âmbito deste trabalho.

Tal previsão, em tom de novidade no CPC/2015, na realidade nada tem de inovador. Explica-se. O legislador brasileiro versou *mais uma hipótese de julgamento antecipado da lide* no âmbito do procedimento comum quando a *prova é exclusivamente documental*. Dito de outro modo, a norma processual parece redundante, pois quando a prova dos fatos juridicamente relevantes é exclusivamente documental, sempre foi da tradição do direito processual civil brasileiro o cabimento do chamado julgamento antecipado do mérito, como se percebe do artigo 355, I, do CPC/15, pelo qual o juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, *quando não houver necessidade de produção de outras provas*. É dizer, quando a prova *documental* acostada à petição inicial e/ou à resposta do réu *é suficiente* para o julgamento do mérito.

Todavia, trata-se de uma clara opção legislativa pela definição de um *standard* de prova da *prova preponderante* no processo civil.

### **C) Standard de prova no mandado de segurança (prova clara e convincente)**

O mandado de segurança é uma ação constitucional, garantia dos direitos fundamentais do cidadão, prevista no inciso LXX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Entende-se que quando o texto constitucional se refere a “direito” líquido e certo, na realidade está denotando “fato” líquido e certo. Com efeito, trata-se de clássico exemplo de *procedimento documental*, é dizer, no procedimento especial do mandado de segurança não se admite outro meio de prova que não o documental. É o que se percebe do artigo 6º da Lei 12.016/09, que rege o procedimento do mandado de segurança, pelo qual a “petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os *documentos* que instruírem a primeira repro-

duzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições”.

Por outro lado, é possível a concessão de tutela de urgência, via de regra com função antecipatória, *inaudita altera parte*. Os requisitos para a apreciação da prova documental e o eventual deferimento da medida liminar (urgente e antecipatória) são assim definidos pelo artigo 7º da lei de regência: (i) fundamento relevante e (ii) quando do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.

Qual o *standard* de prova no mandado de segurança, seja para concessão da liminar, seja para concessão definitiva do mandado de segurança, por meio de *sentença*?

Diversamente do quanto afirmado por ocasião da análise do *standard* de prova nos casos de *tutela provisória urgente* previstos no artigo 300 do CPC brasileiro, cujo convencimento judicial se dá fundado em *cognição sumária*, posto admitidos outros meios de prova no procedimento comum, no caso do procedimento especial do mandado de segurança, de natureza exclusivamente documental, a convicção judicial se dá com base em juízo de *cognição exauriente*, é dizer, o réu, um ente da administração pública, assim

como a autoridade coatora responsável pelo ato tido como abusivo não têm outras provas a anexar aos autos além daquelas exaurientemente produzidas pelo autor do mandado de segurança (denominado impetrante), excetuados casos excepcionais onde o impetrante já não tenha anexado toda a prova relevante.

Sendo a decisão *liminar fundada em cognição exauriente*, eis que toda a prova *documental relevante* já deve estar juntada à *petição inicial*, então cabe examinar: qual o *standard* de prova no mandado de segurança, seja para *concessão da liminar*, seja para *concessão definitiva* do mandado de segurança, por meio de *sentença*?

Note-se que o procedimento *especial* do mandado de segurança é cabível “se e somente se” estiver a parte impetrante narrando um *fato*

*líquido e certo*. Isso porque se o fato *não* for líquido e certo, o *writ* é denegado, mas não há coisa julgada sobre a questão de fundo de direito, podendo a parte ainda valer-se das chamadas vias ordinárias, vale dizer, do procedimento *comum* previsto no Código de Processo Civil.

Essa é a inteligência da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

Resulta que o *standard* de prova é mais exigente para a parte que tenha “direito” líquido e certo (*rectius*: “fato” líquido e certo) em relação à parte que tenha o “direito” (*rectius*: “fato”), mas não seja líquido e certo, isto é, “certo e incontestável”, segundo a doutrina corrente<sup>33</sup>. Sendo assim, o *standard* de prova para que a parte impetrante de mandado de segurança obtenha por essa via tanto a concessão liminar como ordem definitiva, em sentença, é o da prova *clara e convincente* do fato líquido e certo.

Trata-se de *standard* mais exigente do que aquele exigido para o procedimento comum, o da *prova preponderante* (mais provável), para onde é remetida a parte que não detém prova documental do fato líquido e certo, mas apenas prova do fato a que corresponde um direito frente à administração pública. Registre-se que, no direito brasileiro, a administração pública pode ser demandada pelas vias ordinárias, sendo excepcional a via do mandado de segurança.

Acrescente-se, finalmente, que quando o impetrante do mandado de segurança objetiva tutela *liminar*, deve construir narrativa coerente cuja prova documental também evidencie a situação de urgência, isto é, que *do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso concedida somente em sentença*, sendo certo que a narrativa de fato líquido e certo sempre contém *fundamento relevante* por se tratar de tutela de direitos fundamentais do cidadão. Também aqui o *standard* de prova exigido é o da prova *clara e convincente* da relevância do fundamento fático da liquidez e certeza e do risco de ineficácia da medida.

#### **D) *Standard* de prova, revelia e julgamento antecipado do mérito fundado em prova exclusivamente documental (prova preponderante)**

A contumácia tem como uma das mais graves consequências jurídicas a *presunção de veracidade dos fatos alegados* pelo autor (art. 344 do CPC). Ressalvado o direito de o revel ainda assim requerer provas (art. 349 do CPC), e não sendo inverossímeis as alegações do autor ou contraditórias com as provas produzidas, cabe o julgamento antecipado do mérito (art. 355, II, do CPC).

Qual o *standard* de prova exigido nesse caso?

Indubitavelmente, trata-se de *presunção* de que a prova produzida pelo autor é *preponderante*, ou, pelo menos, no sentido de que na falta de contraprova produzida pelo réu, os fatos alegados pelo autor são verdadeiros. É dizer, em razão da conduta do réu de não contestar, presume-se atingido o *standard* de prova exigido para o caso, que, em regra, é o da *prova preponderante*.

Idêntica situação ocorre quando a prova é exclusivamente documental e não há necessidade da produção de outras provas (art. 355, I, do CPC). Cabível o julgamento antecipado da lide, e tal qual o *standard* de prova da tutela de evidência mencionado em tópico anterior, aqui também se trata da *prova preponderante*.

Note-se que o processo se encerra com o exaurimento da fase postulatória, não havendo necessidade de dilação probatória, portanto de ingresso na fase de instrução.

#### **E) *Standard* de prova, inversão do ônus da prova e cargas estática e dinâmica da prova (prova preponderante, como regra geral)**

A regra geral no sistema processual é o de que a carga probatória é estática, vale dizer, ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos (art. 373, I e II, do CPC). A carga estática da prova é uma questão logicamente anterior ao tema do *standard* de prova,

pois é uma regra de procedimento atinente à atividade das partes. Caso as partes se desincumbam dos seus respectivos ônus, não haverá necessidade de o juiz, ficando em estado de dúvida, aplicar as consequências jurídicas à parte que não cumpriu com a faculdade de produzir a prova que lhe interessava<sup>34</sup>. Abstraída essa questão lógica, o *standard* de prova nesse momento é, como regra geral, o da *prova preponderante*.

Deveras, a regra geral de *standard* de prova em caso de carga *estática* do ônus da prova é o da *prova preponderante* tanto do fato constitutivo do direito do autor quanto dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu. Se, por hipótese, o autor faz prova suficiente do fato constitutivo, mas o réu prova o fato extintivo, julga-se improcedente a pretensão do autor, ainda que ambas as partes tenham logrado atingir o umbral probatório exigido. É que, nesse caso, estamos diante de hipóteses sobre fatos diversos juridicamente vinculados<sup>35</sup>.

Naturalmente, a regra geral do *standard* de prova preponderante aqui aventada comporta exceções. Assim, por exemplo, haverá desdobramentos a depender da natureza do direito material tutelado. Suponha-se um *processo de destituição do poder familiar*. É certo que, diante da gravidade das consequências jurídicas para a família envolvida em caso de acolhimento de uma tal pretensão, o *standard* de prova deve ser mais exigente para a parte que formula a pretensão de destituição, no caso o da *prova clara e convincente*, ao passo que o *standard* de prova para a parte que pretende manter o *status quo* familiar continua sendo menos exigente, isto é, da *prova preponderante*. Portanto, a depender do objeto litigioso, tem-se como possível diferentes *standards* de prova para cada uma das partes numa mesma relação processual.

No que se refere à carga *dinâmica* da prova, cabe uma análise mais detida. O parágrafo 1º do artigo 373 do CPC brasileiro dispõe que diante de peculiaridades da causa relacionadas à *impossibilidade* ou à *excessiva dificuldade de provar* ou, ainda, à *maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso. Isto é, nos casos em que a prova é *muito difícil* ou

*impossível*, assim como naqueles em que a prova é *mais fácil*, poderá o juiz dispor diversamente, atribuindo ao réu a prova de um fato contrário ao presumido fato constitutivo do direito do autor ou ao autor a prova de um fato contrário a um fato impeditivo, modificativo ou extintivo que se dá por presumido. *Mutatis mutandis*, trata-se de gênero cuja inversão do ônus da prova é espécie, como no caso da previsão do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, quando for “*verossímil*” a alegação do consumidor (*rectius*: “*provável*” a alegação) ou for o *consumidor hipossuficiente* no caso concreto, o que adiante será explicado.

Nos casos em que há presunção do nexo causal entre os fatos juridicamente relevantes, ainda assim há necessidade de prova que corrobore o antecedente e o consequente

A questão que se coloca, no que se refere à regra da carga dinâmica da prova prevista no CPC brasileiro, é quando considerar *ope judicis* a *prova impossível ou muito difícil* para uma das partes. Há situação análoga, *ope legis*, que pode servir de exemplo. Pense-se na prova da causa de uma doença ocupacional, para fins de obtenção de um benefício previdenciário acidentário junto ao sistema de seguridade social brasileiro. Exemplifique-se com a Lesão por Esforços Repetitivos (LER). Com base no art. 21-A da Lei Federal

8.213/91 e na Portaria 4.062/87 do Ministério da Previdência e Assistência Social, *presume-se o nexo causal epidemiológico* de quem, por exemplo, trabalha em instituição financeira (banco) e venha a apresentar diagnóstico de LER. Vale dizer, provado o *fato antecedente* (exercício da atividade de bancário por um determinado período de tempo mínimo) e o *fato consequente* (diagnóstico médico de LER), a norma *presume o nexo causal* entre a doença ocupacional e a atividade laboral, bastando um *requerimento administrativo* para que o segurado tenha direito a receber o benefício previdenciário. Na circunstância de o sistema de seguridade social negar o pagamento do benefício ao segurado, eventual *demanda judicial* implicará a carga dinâmica do ônus da prova, não havendo sequer necessidade de o juiz inverter

o ônus da prova, pois o ato normativo supramencionado já presume onexo causal, incumbindo ao réu a prova de eventual caso fortuito externo.

Portanto, para *casos similares* em que não haja *dispositivo normativo presumindo* onexo causal, resulta que a prova que a esse respeito seja carregada ao autor será indubitavelmente *muito difícil*, quando então será o caso de o juiz redistribuir a carga probatória entre as partes, atribuindo ao réu o ônus da prova pericial de um suposto fortuito externo, *presumindo-se*, salvo prova em contrário, onexo causal. Note-se que há uma *facilitação* no exercício do direito do autor, que, de todo modo, deve fazer prova do *fato antecedente e do consequente*, cujo *standard* é o da *prova preponderante* a respeito da atividade laborativa e da *doença ocupacional* correspondente, essa última, eventualmente, mediante perícia, pois o que *se presume*, repita-se, é apenas o *nexo causal*.

No que se refere ao outro aspecto da regra da carga dinâmica, quando a *prova é mais fácil* para uma das partes que inicialmente não teria esse ônus, tem-se o exemplo dos vícios construtivos de residência e a pretensão do segurado em ver paga a indenização com base na cobertura da apólice. A prova de que tais vícios construtivos conduzem ao perigo iminente de desabamento, segundo os termos da cláusula contratual de cobertura do risco, é muito mais fácil ao segurado, que reside no local, do que à instituição seguradora, com sede distante do local dos fatos. Assim, ao *segurado*, mesmo que também seja considerado *consumidor* no direito brasileiro, é a quem incumbirá a prova do quanto alega, de todo modo seguindo o *standard* da *prova preponderante*.

Perceba-se que nesses casos a presunção donexo causal não é suficiente, por si só, para a prova do fato juridicamente relevante, eis que, no caso do benefício acidentário, vem composto do fato (1) – atividade laborativa por um certo tempo, do fato (2) – doença ocupacional e, por fim, (3) – donexo causal (cuja prova é sempre indiciária negativa, vale dizer da ocorrência de caso fortuito hábil, fato indiciário do seu rompimento). Não se olvida que onexo causal não é objeto de prova, mas inferido de uma relação lógica de implicação entre o antecedente

e o conseqüente. O que se presume é a inferência, cuja justificação lógica torna-se desnecessária.

Portanto, nos casos em que há presunção do nexu causal entre os fatos juridicamente relevantes, ainda assim há necessidade de prova que corrobore o antecedente e o conseqüente. Isso ressalta o esquema do raciocínio probabilístico indutivo.

Cabe, ainda, uma última palavra em relação à inversão do ônus da prova. Dispõe o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC), que entre os direitos básicos figura o da *facilitação* da defesa dos seus direitos, *inclusive* mediante a *inversão do ônus da prova* no processo civil quando, a critério do juiz, for *verossímil* a alegação ou quando for ele *hipossuficiente*, segundo as *regras ordinárias de experiência*.

Aqui se observam duas hipóteses claras de inversão do ônus da prova *ope iudicis*, isto é, a serem examinadas em cada caso concreto pelo juiz: (i) *verossimilhança* da alegação do consumidor; (ii) *hipossuficiência* do consumidor. Esclareça-se que o CDC tem como fundamento primeiro a tutela da pessoa *vulnerável* no mercado de consumo. Portanto, a *hipossuficiência* seria uma espécie de *vulnerabilidade qualificada*, por assim dizer, e tem sido atrelada à pessoa da criança, do doente e do portador de deficiência mental, cujas particularidades existenciais demandam formas especiais de tutela dos respectivos espaços de dignidade humana. Por outro lado, ainda que seriamente criticável o termo <verossimilhança> no âmbito da epistemologia, pois é preferível o termo <probabilidade>, como se vê do magistério de Michele Taruffo<sup>36</sup>, tem-se aqui outra hipótese de inversão do ônus da prova. Em realidade, essas duas hipóteses de inversão do ônus da prova no direito brasileiro, também conhecidas como hipóteses de *redução do módulo da prova*<sup>37</sup>, podem ser consideradas como exemplos de *standard de prova menos exigente*, em atendimento às exigências de tutela em ver *facilitados* os direitos do consumidor, por força de previsão expressa no catálogo constitucional de direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República brasileira), densificada, por sua vez, no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, supramencionado.

Se os direitos do consumidor devem ter *facilitada* a sua tutela em juízo, então com maior razão cabe *reduzir* as exigências de prova para que o juiz tenha “p” como provado. Há uma *redução do módulo da prova* para o autor, segundo Gherard Walter. E a técnica usual de *facilitação* de direitos se dá por meio de *presunções*. Para os fins deste trabalho, prefere-se o entendimento no sentido de que quando o legislador define que os direitos do consumidor devem ser facilitados, está prevendo uma *presunção* em favor das alegações deste, incumbindo ao réu fornecedor o ônus da contraprova. Suponha-se uma demanda indenizatória de danos morais fundada em relação de consumo. O dano moral, por vezes, é *in re ipsa*. Nesses casos, havendo a inversão do ônus, resta ao réu fazer contraprova, pois o consumidor tem presumido o nexo causal e o dano moral. O autor já tem em favor de si a *presunção* relativa do direito, incumbindo ao réu produzir prova que o desconstitua.

Inclua-se nesse modelo aqueles casos cuja prova é *impossível ou muito difícil* de ser produzida, quando então o *legislador* geralmente também estabelece *presunções* e, em caso de lacuna normativa, caberá, então, ao *juiz* empregar *presunções* para o caso concreto mediante raciocínio probatório que se vale das *máximas de experiência* fundadas na teoria da normalidade (*id quod plerumque accidit*), isto é, segundo aquilo que normalmente acontece<sup>38</sup>.

#### **F) Standard de prova na ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa (prova clara e convincente)**

Há formas específicas de tutela de direito material no ordenamento jurídico brasileiro onde se exige um *standard* mais rigoroso que aquele aplicado ao procedimento comum. Referimo-nos especialmente aos casos que implicam séria e grave restrição ao *status libertatis* do cidadão e notadamente quando aplicáveis as *sanções por improbidade administrativa* previstas no artigo 12 da Lei Federal 8.429/92.

Deveras, todo aquele que tenha contra si imputado um ato de improbidade administrativa, seja em decorrência de alegado enrique-

cimento ilícito, seja por ter causado dano ao patrimônio público ou ainda por ter violado os princípios regentes da administração pública, caso tais imputações venham provadas ao final da instrução probatória, sofrerão isolada ou conjuntamente as seguintes sanções jurídicas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de até dez anos. Diante disso tem-se como razoável *aumentar* o nível de exigência do *standard* probatório, para tanto propondo-se o umbral da *prova clara e convincente*.

Assim, partindo-se das ideias de Larry Laudan (que defende o *standard clear and convincent*) e Jordi Ferrer Beltrán (que propugna por um *standard* objetivo em matéria penal, diverso de BARD), havendo hipóteses conflitantes, a parte autora, além de formular uma narrativa coerente dos atos de improbidade administrativa, deve provar as hipóteses imputadas, velando pela confirmação das *predições* dos novos dados que tal hipótese permita formular, sem embargo de serem refutadas todas as demais hipóteses plausíveis suscitadas pela defesa das pessoas reputadas ímprobos, desde que compatíveis com a improcedência da imputação (inocência), excluídas, como se sabe, as meras hipóteses *ad hoc*<sup>39</sup>.

### **G) Standards de prova na sentença proferida no procedimento comum após o encerramento da instrução**

Vimos até agora inúmeras situações nas quais ora o *standard* de prova se funda em cognição sumária, ora em cognição exauriente, todavia fundada exclusivamente em prova documental, com presunção do nexos causal e com inversão do ônus da prova, variando entre os três *standards* mais conhecidos no âmbito da doutrina do processo

civil, a saber: (i) *inferência da melhor explicação*; (ii) *prova preponderante* e (iii) *prova clara e convincente*.

Apenas num exemplo dado é que se mencionou a necessidade de corroboração da prova do antecedente (*p1*) e do consequente (*p2*), presumidos os argumentos de justificação da inferência lógica entre *p1*-->*p2*.

Entretanto, no que se refere à formação do convencimento judicial quando fundado em cognição exauriente (vertical, quanto ao aprofundamento do exame da prova dos fatos juridicamente relevantes), ou seja, no momento da sentença, resulta do esquema do raciocínio probatório probabilístico indutivo eliminativo, adotado neste trabalho, a necessidade de corroboração para que a hipótese seja tida como provada.

Em princípio, ou ao menos como regra, os *standards* de prova mais frequentes na fase da decisão serão os da: (i) *prova preponderante* e (ii) *prova clara e convincente*. Não se descarta que também seja possível decidir com base na *inferência da melhor explicação*, quando se esteja diante de *hipóteses contrárias*, isto é, uma afirmando e outra negando o mesmo fato, “ambas dispondo de elementos de apoio”<sup>40</sup>, situação em que a solução será dada mediante adoção da hipótese mais *aceitável*, desde que se trate de *direitos patrimoniais disponíveis*.

Assim, por exemplo, numa demanda indenizatória por danos exclusivamente materiais<sup>41</sup> fundada no artigo 927 do Código Civil brasileiro, ante responsabilidade civil por acidente de trânsito envolvendo dois veículos, cujos únicos depoentes em juízo foram os respectivos motoristas e a via pública onde se deram os fatos não era sinalizada, mas a posição final dos veículos tivera registro fotográfico, com elaboração do respectivo *croquis do local acidente* pela autoridade policial de trânsito<sup>42</sup>. As versões dos motoristas são contraditórias, portanto contrárias<sup>43</sup> (cada qual imputa ao outro a falta do dever de atenção a respeito do mesmo fato) e, nesse tipo de demanda, que tem por objeto *direitos patrimoniais disponíveis de natureza civil*, não cabe inverter o ônus da prova, pois não há parte hipossuficiente, nem relação de consumo, tampouco se pode afirmar que uma das partes tem mais ou menos condições de produzir outras provas, pois estão

na mesma condição fático-jurídica. *Quid juris?* Qual o *standard* de prova exigido?

Duas soluções doutrinárias se afiguram possíveis num caso como esse: (i) aplica-se o *standard da prova preponderante* e como no caso as hipóteses são contrárias<sup>44</sup>, restando o juiz em estado de dúvida, deve aplicar a regra estática do ônus da prova, julgando improcedente o pedido do autor que não se desincumbiu minimamente do ônus da prova do fato constitutivo do seu direito; (ii) aplica-se o *standard da inferência da melhor explicação (IME)* e, portanto, ainda que as hipóteses permaneçam contrárias, deve o juiz buscar por inferência qual das hipóteses represente a melhor explicação para os fatos. Assim, por exemplo, poderá inferir da posição final dos veículos retratada nas fotografias do acidente que um dos veículos dificultou a manobra de conversão do outro, sendo esta a causa primária do acidente. A opção pelo *standard IME* parece preferível nesses casos.

A regra, todavia, é a da aplicação do *standard* da prova preponderante e, em casos onde a lei é mais exigente, do *standard* da prova clara e convincente (v.g. prova do fato líquido e certo no mandado de segurança, prova dos atos e fatos de improbidade administrativa). Nesses casos, a corroboração da hipótese por meio de outros elementos de prova é essencial, não sem olvidar que, em se tratando do método probabilístico indutivo eliminativo, se deve buscar descartar outras hipóteses possíveis<sup>45</sup>.

### **III.2 Standards de prova na fase recursal**

#### **A) Standard de prova em segundo grau repete o standard de primeiro grau**

Via de regra, as provas devem ser produzidas até *antes* da sentença a ser proferida em primeiro grau de jurisdição, excluídos os casos de competência originária dos tribunais de segundo grau e dos tribunais superiores, onde o duplo grau de jurisdição é por vezes sacrificado. As questões de prova anteriores à sentença podem ser impugnadas no recurso de apelação, eis que, com exceção da redistribuição dinâmica

da carga probatória e da inversão do ônus probatório, quanto ao mais não cabe recurso de agravo de instrumento.

Assim a prova testemunhal, o depoimento pessoal das partes e a prova pericial-científica. No que se refere à prova documental, há peculiaridades que lhe permitem um regime jurídico diferenciado. Tem-se, antes de tudo, a chamada prova documental *ad solenitatem*, vale dizer, a prova documental que obrigatoriamente deve vir acostada à petição inicial do autor (art. 320 do CPC) e à contestação oferecida pelo réu no prazo de resposta (art. 434 do CPC), notadamente quando veicula pedido reconvenicional. Cita-se o instrumento do mandato (procuração judicial), o contrato social da empresa quando parte é a pessoa jurídica, o instrumento do contrato, certidão de nascimento, casamento e óbito, conforme o caso, e assim por diante. Ultrapassada a fase postulatória, saneado e organizado o processo, em cujo momento também é possível produzir contraprova documental (v.g. art. 350 e art. 351 do CPC), surge a possibilidade da juntada da *prova documental nova*, assim entendida a prova velha até então desconhecida da parte ou mesmo a prova nova propriamente dita, chamada de superveniente (art. 435, parágrafo único, do CPC), assegurado o contraditório (art. 437, §1º, do CPC).

Em segundo grau, tem-se a possibilidade de produção de prova na fase recursal, incumbindo ao relator os respectivos poderes instrutórios ou a quem ele delegar (arts. 932, I e parágrafo único; art. 938, § 3º, do CPC), inclusive no caso excepcional de questão de fato não proposta no juízo de primeiro grau e suscitada diretamente na apelação por motivo de força maior (art. 1.014 do CPC).

No regime do CPC/2015, o legislador avançou em prol de um *jus novorum*, afastando-se do modelo mais engessado da *revisio prior instantiae*<sup>46</sup>. Mas mesmo como instância meramente revisional da convicção formada na decisão recursada, não há substancial diferença entre as atividades de primeiro e segundo grau, a não ser a mitigação do princípio da imediação<sup>47</sup>.

Seja como for, o *standard* probatório a ser adotado em grau de recurso *corresponderá àquele já definido segundo a fase e a natureza do procedimento*<sup>48</sup>, nos termos já antes destacados. Assim, por exemplo,

em se tratando de recurso de agravo de instrumento em face de tutela provisória urgente, aplicar-se-á o *standard* da *inferência da melhor explicação*; já no apelo em ação de improbidade administrativa, o tribunal revalorará a prova segundo o *standard* da *prova clara e convincente*; na apelação contra sentença proferida em ação de indenização processada sob rito comum, o *standard* será o da *prova preponderante* e assim por diante.

### **B) Standard de prova e acesso aos tribunais superiores – Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF**

O cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF) é limitado às questões de direito federal e constitucional, respectivamente, de modo que são conhecidos como recursos de estrito direito.

Deveras, segundo a clássica inteligência dos enunciados 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ, tem-se que a pretensão de simples reexame de prova não enseja aqueles recursos às instâncias raras. Todavia, isso não quer dizer que não seja possível *revalorar a prova* por meio do julgamento desses recursos extremos, uma vez *admitido* o seu processamento por aquelas cortes supremas. Há diferença entre *reexame* de prova e *reavaliação* da prova, esta última admitida<sup>49</sup>.

Outrossim, há que diferenciar o momento em que se exerce o juízo de admissibilidade dos recursos extremos às instâncias raras, seja pela presidência dos tribunais de origem, seja pela presidência dos tribunais superiores destinatários, ocasião em que incidem os enunciados das súmulas 7 e 279 supramencionadas, para que se negue trânsito ao recurso que se pretenda *reexaminar* a prova. No entanto, uma vez admitidos os recursos de estrito direito, quando do seu processo e julgamento, é admissível *revalorar a prova, partindo-se das premissas fácticas estabelecidas no juízo de origem*, em regra. Como exceções, tem-se a admissibilidade de “reavaliação” diante de *distinções inconsistentes* a respeito do elemento subjetivo de responsabilidade civil, prova da paternidade fundada em exame de DNA, a revisão do valor dos danos morais e dos honorários advocatícios fixados em valores irrisórios ou

excessivos e a revisão de *patente equívoco de julgamento* nas instâncias ordinárias em matéria probatória<sup>50</sup>.

De todo modo, a exemplo do *jus novorum* em grau de apelação, tem-se que quando é admissível a reavaliação de prova em sede de recursos especial e extraordinário às cortes supremas brasileira, o *standard* de prova que serve de parâmetro para cada um desses julgamentos há de ser *o mesmo* utilizado nas instâncias ordinárias nos respectivos casos concretos<sup>51</sup>.

## Conclusões

De tudo quanto se disse, pode-se afirmar que no ordenamento jurídico brasileiro (i) o direito constitucional à prova e o devido processo fazem derivar a garantia de fundamentação das decisões judiciais quanto às provas das questões de fato controvertidas; (ii) de consequência, há o dever de o juiz valorar as provas e formar a sua convicção de modo racional, a partir do método do raciocínio probabilístico indutivo eliminativo, segundo esquemas mentais que dependem da credibilidade das proposições, quando não a corroboração dos argumentos que dão apoio para as hipóteses, eis que não se admite as meras generalizações, próprias do métodos probabilísticos quantitativos, baseados simplesmente na medição das frequências; (iii) como corolário há *standards* de prova com umbrais ou limites mínimos que necessitam ser atingidos para que se tenha uma hipótese como provada (provado que p'); (iv) detectaram-se exigências diferenciadas de *standards* probatórios no direito positivo brasileiro, segundo modelos consagrados na literatura da epistemologia jurídica contemporânea, e notadamente (iv.1) a inferência da melhor explicação (IME), (iv.2) a prova preponderante e (iv.3) a prova clara e convincente.

## Notas

1. Clayton Maranhão. Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná.
2. Marcelo Guerra. *Prova judicial*, p. 97 e 100.
3. Jordi Ferrer Beltrán. *Prova e verdade*, p. 103-4, nota 26.

4. Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración de la prueba*, p. 131.
5. Deveras, a probabilidade pode ser frequentista ou proposicional. A probabilidade proposicional pode ser subjetiva ou lógico-indutiva. Para os fins deste trabalho, ficam descartadas as probabilidades de matriz pascaliana, porque envolvem cálculos matemáticos, os quais não se revelam adequados para a resolução da maioria dos casos relativos ao raciocínio probatório jurídico. Não se quer dizer com isso que a prova estatística, por exemplo, não possa ser útil para o enfrentamento de casos específicos, sendo, todavia, exceção. Tem-se, pois, que em regra a probabilidade indutiva é o método de raciocínio probatório para a valoração das provas judiciais. Sabe-se que a probabilidade e a indução foram objeto de estudos paralelos por mais de quatro séculos. A propósito, ver Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración de la prueba*, p. 94-5, 121. A indução pode ser enumerativa/ampliativa ou eliminativa. A indução ampliativa vai além do caso objeto da provas, logrando generalizações que dão sustentação a leis naturais, a conexões causais uniformes, como também a generalizações puramente descritivas (v.g. todos os corvos são pretos), bem assim a generalizações prescritivas (v.g. um precedente de jurisprudência a respeito de um critério de aceitação de uma prova de alcoolemia), cf. L. Jonathan Cohen, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, p. 1. É certo que nossa compreensão de mundo exige necessariamente o recurso às generalizações, cf. Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración de la prueba*, p. 107. Assim, resulta inevitável que o método da probabilidade indutiva também se sirva da *generalização*. Todavia, sabe-se que a *generalização* em si não prova um fato concreto (embora possa ser objeto de prova, por questão de fiabilidade), apenas a frequência de eventos, posto guiada pelas *máximas de experiência*. É, pois, necessário que o esquema do raciocínio probatório jurídico também se sirva do método de corroboração da hipótese e da valoração individual e conjunta dos elementos de juízo, cf. Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración de la prueba*, p. 108, 125 e 131. Nesse sentido, a estrutura do raciocínio probatório é composta pela formulação da hipótese H (narrativa congruente, coerente e consistente), conhecimentos prévios do mundo (*supostos auxiliares*, SA) e fatos condicionantes particulares (*condições iniciais*, CI) que tornem a hipótese empiricamente contrastável, com vistas à dar cumprimento a uma *predição* (P). Assim:  $H1 + SA + CI \rightarrow P$ .  
A respeito da narrativa coerente, confira-se Neil MaCCormick. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 208; Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración de la prueba*, p. 130. A relação de confirmação indutiva é uma relação lógica entre duas proposições e a confirmação é probabilística, cf. Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración de la prueba*, p. 120. Em referido esquema de raciocínio, os supostos auxiliares ou adicionais estão integrados por generalizações empíricas, que por sua vez são a garantia da inferência de um fato a outro, cuja maior ou menor força conferida

à inferência está em função do grau de corroboração das *generalizações*, é dizer, das *máximas de experiência*, que variam desde leis científicas ou conhecimentos técnicos até *generalizações* pertencentes ao senso comum, cf. Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración de la prueba*, p. 133. No que se refere a esse grau de corroboração, não se descarta um questionamento a respeito da fiabilidade da generalização empregada no raciocínio probatório. A propósito do elemento indutivo, conducente ao uso da generalização no raciocínio probabilístico, um problema que se coloca é saber se a generalização pode receber maior sustentação da *variedade* ou da *multiplicidade* de casos. Bacon, precursor da moderna teoria da indução, preferia a *variedade*, ao passo que Carnap atribuía importância à *multiplicidade*, cf. L. Jonathan Cohen. *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, p. 2. Sucede que Carnap era adepto do esquema probabilístico frequentista, de matriz pascaliana, razão pela qual a indução fundada na variedade é ampliativa/enumerativa, inadequada para o raciocínio probatório judicial. Como mencionado no texto, levar-se-á em conta neste trabalho a indução eliminativa de matriz baconiana, fundada na variedade dos casos.

6. Lenio Luiz Streck. *O que é isto, – livre convencimento motivado e livre apreciação da prova*, 'in' O fim do livre convencimento motivado [Coord. Dierle Nunes et al]. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 11-26. *ID. O que é isto – decido conforme minha consciência*. Porto Alegre, 2010.
7. A propósito do embate entre o subjetivação e a objetivação da prova, Susan Haack tem uma posição mista, denominada de *funderentista*, e que a respeito dos *standards* é assim entendida pela epistemóloga: “*Es cierto que el lenguaje en que se expresan los estándares de prueba es parcialmente psicológico: al menos hablar de < carga de persuasión > suena subjetivo, sugiriendo que la tarea del abogado es simplemente persuadir, inducir cierto estado mental en los jurados: y <convencimiento > también suena como una cuestión psicológica. No obstante, el lenguaje de los estándares de prueba es también en parte epistemológico: <razonable > en <más allá de toda duda razonable >, <clara > en <clara y convincente > m, parecen cuestiones objetivas dado que aparentemente se refieren a la calidad de las pruebas presentadas. Y el aspecto epistemológico, en mi opinión, es crucial. Esto no quiere decir que el grado de confianza del juzgador de los hechos en la conclusión sea completamente irrelevante; después de todo, el grado de creencia de una persona razonable estará en proporción, al menos aproximadamente, a la fuerza de las pruebas – esto es, cuanto más avalen las pruebas a ‘p’, el juzgador de los hechos tendrá mayor confianza en que ‘p’ es verdadero –. Sin embargo, esto es decir que el grado de creencia del juzgador de los hechos es una cuestión distinta y claramente secundaria; mientras el peso de las pruebas es lo principal.” Cf. Susan Haack, *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*, 'in' *Estándares de prueba y prueba científica**

- (Ed. Carmen Vázquez), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 70/71. Considere-se, também, a diferenciação entre as *concepções persuasiva e racionalista da prova* referidas por Jordi Ferrer Beltrán, *La Valoración de la prueba, passim*, p. 62-65.
8. Assim, por exemplo, Anderson, Schum e Twining: “*Muchas opiniones judiciales no vinculantes [dicta] sugieren que el grado de probabilidad podría depender de la seriedad de las consecuencias para el sujeto al que se refieren las alegaciones (por ejemplo, el estigma o las probables consecuencias dañinas del descubrimiento judicial de un adulterio, fraude o paternidad).*” Cf. Análisis de la prueba, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 300. No mesmo sentido, Susan Haack: “*Los estándares de prueba especifican el grado o el nivel de prueba que debe satisfacerse en los diversos tipos de procesos: en Estados Unidos, <más allá de toda duda razonable> en los procesos penales; <preponderancia de la prueba> o <más probable que su negación> en casos civiles ordinarios; y <prueba clara y convincente> en los procesos especiales como la cesación de los derechos paterno-filiales, las cuestiones relacionadas con la ciudadanía, el contenido de un testamento, etc.*” Cf. Susan Haack, *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*, ‘in’ *Estándares de prueba y prueba científica* (Ed. Carmen Vázquez), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 69. Mais adiante, professa Susan Haack que “*los estándares de prueba no deben entenderse como una mera cuestión psicológica de grado de convicción de jurado [no direito dos EUA], sino como una cuestión principalmente epistemológica, el grado de creencia avalado por las pruebas, o la falta de ello.*” *Op. cit.*, p. 72.
  9. Larry Laudan. *Porque un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005) p. 95-113.
  10. Edgar Aguilera professa que desde Hume se defende que não se pode aspirar verdades absolutas a respeito de fatos passados; além disso, discorre que para além da filosofia da ciência popperiana, é racional considerar que também no contexto judicial a sombra do erro por igual se faz presente, o que conduz ao melhor esforço possível para que se evitem os erros judiciais, objetivo que Laudan atribui ao *núcleo duro (hard core)* da epistemologia jurídica, ao passo que o *núcleo flexível (soft core)* residiria na distribuição desses mesmos erros judiciais, posto inevitáveis, *apud* Edgar R. Aguilera Garcia. *Crítica a la <convicción íntima> como estándar de prueba en materia penal*, ‘in’ Laurry Laudan, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 315.
  11. Edgar R. Aguilera Garcia. *Crítica a la <convicción íntima> como estándar de prueba en materia penal*, *op. cit.*, p. 317.
  12. *Op. cit.*, p. 318. Ver também a apresentação de Carmen Vázquez à obra coletiva *Estándares de prueba y prueba científica*, p. 14.
  13. Edgar R. Aguilera Garcia. *Crítica, cit.*, p. 320; Larry Laudan, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge, 2006.

14. Deltan Martinazzo Dallagnol. *As lógicas das provas no processo*, p. 128. Susan Haack tem concepção diversa da IME que denomina de “integração explicativa”. Para Haack, (i) o seu conceito de integração explicativa não é otimizador, como a inferência da melhor explicação (IME), mas gradual; e (ii) não é unidirecional, como a IME, mas multidirecional, concebendo o *explanans* e o *explanandum* como mutuamente explicativos (daí porque Haack denominou de “integração explicativa”); Haack acrescenta que para evitar-se qualquer mal-entendido, deveria reiterar que o conceito de integração explicativa situa-se no âmbito do *grau de apoio* que oferecem as provas, sendo certo que o *grau de aval (garantia)* da teoria de Haack tem três dimensões, a saber: (i) que grau de apoio oferecem as provas; (ii) quão seguras são as razões independente da afirmação em questão; (iii) quão inclusivas são as provas. Cf. Susan Haack, *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*, “in” *Estándares de prueba y prueba científica*, Carmen Vázquez (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 79, nota 78.
15. Michael S. Pardo. *Second-Over Proof Rules*, 61, Fla L. Rev. 1083, 1104 (2009), *apud*, Deltan Martinazzo Dallagnol, cit., p. 145.
16. Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*, p. 245-54.
17. *Idem, ibidem*, p. 245.
18. *Idem, ibidem*, p. 250. Trata-se do problema da representação da prova diante de duas hipóteses sobre o mesmo fato, uma positiva e outra negativa. Para o método da probabilidade quantitativa, a soma de ambas deveria ser igual a 1,0 (um inteiro). Todavia, na perspectiva do método de raciocínio probatório da probabilidade indutiva, deve-se atribuir um grau de confirmação independente para cada uma das hipóteses segundo os elementos de juízo disponíveis e, em seguida, decidir-se pela hipótese mais aceitável segundo o esquema *0-infinito* para cada hipótese.
19. *Idem, ibidem*, p. 250-1, 253.
20. *Idem, ibidem*, p. 253.
21. *Idem, ibidem*, p. 255.
22. Jordi Ferrer Beltrán. *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias*, p. 187, nota 4.
23. Jordi Ferrer Beltrán. *passim*, p. 62-5.
24. Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración de la prueba, passim*, p. 66-7.
25. Jordi Ferrer Beltrán, *idem*, p. 147. É preciso que se enfatize que para Jordi Ferrer Beltrán a fixação de *standards* de prova resultam de dois fatores: (i) critérios metodológicos e (ii) critérios de política legislativa. Jordi Ferrer Beltrán também propõe *standards* para as demais fases do processo penal, civil, administrativo etc. Vede nota 22, *infra*.
26. “[...] *el ejemplo propuesto lo es sólo de uno de los estándares de prueba necesarios: i. e., el que opera en el momento final de la decisión sobre los hechos probados*”

del caso en un proceso penal respecto de la hipótesis acusatoria. Es interesante advertir que las razones que podemos tener para elaborar um estándar de prueba muy exigente para la hipótesis acusatoria, vinculadas al intento de minimizar los errores positivos (las falsas condenas), no operan en absoluto en el caso de la prueba de la/s hipótesis de la defensa, por lo que el estándar de prueba para esta última no tiene por qué ser tan exigente. Finalmente, habrá que definir también los estándares de prueba adecuados para un buen número de decisiones intermedias en el proceso penal y, por supuesto, todos los correspondientes al proceso civil y a outros tipos de proceso. La importancia de definir con claridad todos esos estándares de prueba es crucial, puesto que sin ellos no puede pretenderse una valoración racional de la prueba ni un control de la valoración realizada.” Cf. Jordi Ferrer Beltrán, *passim*, p. 152.

27. Cf. Jordi Nieva Fenoll. *La valoración de la prueba*, *passim*, p. 163-4.
28. Jordi Ferrer Beltrán, *cit.*, p. 80.
29. *Idem*, *ibidem*, p. 81, 146-7.
30. Jordi Ferrer Beltrán enaltece por mais de uma vez a pertinência de se analisar diferenciados *standards* de prova conforme as diversas fases do procedimento civil e penal, cf. *op. cit.*, p. 72 e 152, mesmo porque isso decorre, antes de tudo dos graus de confirmação da hipótese ao longo do procedimento e da valoração *in itinere* da prova, cf. *op. cit.*, p. 91.
31. Cf. Michele Taruffo. *La prova dei fatti giuridi*, p. 475 e ss.
32. Piero Calamandrei. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Opere Giuridiche*, vol. IX, 1935, p. 195-6.
33. A falta liquidez e certeza do ‘direito’ não significa, nem impede, que ‘direito’ possa existir. Apenas não será líquida e certa a prova de questão de fato. Quando isso ocorrer incidirá o art. 15 da Lei do Mandado de Segurança e a Súmula 304 do STF, que remetem a parte para as vias ordinárias, isto é, para procedimento cuja cognição horizontal seja plena, posto que o procedimento especial e diferenciado do mandado de segurança, justamente por exigir liquidez e certeza, foi construído e é regido pela técnica da cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*. Sabe-se que é por intermédio das técnicas de cognição que se pode construir procedimentos diferenciados ao procedimento comum, e o procedimento especial do mandado de segurança é um exemplo disso. Recorde-se, com Kazuo Watanabe, que a cognição atua em dois planos, a saber: o vertical e o horizontal, cf. *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo: Editora Bookseller, 2000. O procedimento comum ordinário já foi regido por cognição plena, no plano horizontal, e exauriente, no plano vertical. Com efeito, até antes da reforma do CPC, havida em 1994, o procedimento comum não admitia decisão fundada em cognição vertical sumária, mas somente em cognição horizontal plena. Atualmente, embora tenha passado a admitir antecipação dos efeitos da tutela – e isto está no plano da cognição vertical

sumária – continua a admitir cognição horizontal plena, até por imposição constitucional da cláusula do devido processo legal. Logo, quando a questão de fato demandar dilação probatória, como por exemplo prova testemunhal ou pericial, evidente que não se poderá manejar mandado de segurança, porque diante de fato líquido e certo não se estará. Por isso que continua em vigor a súmula 304, segundo a qual caso a sentença denegatória de mandado de segurança não exclua categoricamente a existência de direito favorável aos fatos asseridos pelo impetrante, mas apenas afaste que o *fato* não é líquido e certo, carecendo de outras provas, poderá a parte repetir a pretensão, porém por intermédio de procedimento comum, plenário, estabelecido como regra geral no sistema do CPC/15.

34. O ônus da prova vem recebendo ingentes críticas de autorizada doutrina, cf. Jordi Nieva Fenoll. La carga de la prueba: una reliquia historica que debiera ser abolida. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1, 2018, 17 p.
35. Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*, p. 255. Vide nota 18 *supra*.
36. *La prueba de los hechos*, p. 183-9, 503-15.
37. Esse termo, <redução do módulo da prova>, foi utilizado por Gherard Walter, *La livre apreciación de la prueba*. Nada mais é do que um modelo de *standard* de prova utilizável no processo civil quando seja objeto de tutela direito fundamental.
38. Cabe lembrar aqui a tese de Jordi Nieva Fenoll segundo o qual precisamente por conta de que o *principio da normalidade* está à base de toda a teoria da prova, a teoria do ônus da prova é uma relíquia histórica, cf. Jordi Nieva Fenoll, *La carga de la prueba: una reliquia historica que debiera ser abolida*, cit., p. 12.
39. Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración de la prueba, passim*, p. 147.
40. Cf. Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*, p. 250.
41. Caso se trate de restrição a direitos de personalidade, indisponíveis, absolutos, como os direitos da criança e do adolescente, da pessoa idosa ou da pessoa portadora de necessidades especiais, já não se pode admitir o *standard* da *inferência da melhor explicação*, posto menos exigente e, portanto, incompatível com a tutela daqueles direitos fundamentais. Por evidente, caso se trate de pretensão exercida em favor daqueles mesmos sujeitos de direito, então a *inferência da melhor explicação* pode ser um *standard* compatível, eis que *facilitadora* da tutela daqueles mesmos direitos. Portanto, tudo depende do polo ativo ou passivo da relação processual em que tais direitos estão sendo questionados. Como neste trabalho formula-se uma análise dos *standards* probatórios adequados para cada uma das diversas fases do processo civil brasileiro, preferiu-se exemplificar um caso em que as partes estão em paridade de armas e igualdade de condições no plano material e processual para tornar factível a incidência do *standard* da *inferência da melhor explicação*.

42. Conhecido no direito brasileiro como Boletim de Ocorrência policial (B.O.), documento público com descrições sumárias dos fatos diretos e indiretos.
43. Trata-se de “*hipóteses contrárias sobre o mesmo fato*”, cf. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos, passim*, p. 250. Vede nota 15 *supra* e nota 40 *infra*.
44. Cf. Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*, p. 249-50, eis que se trata de variantes do *mesmo* fato, cuja aceitação de uma hipótese implica na *negativa* da outra. Taruffo, ao tratar das hipóteses contrárias, menciona que a teoria probabilística quantitativa (0-1) é imprópria como método de raciocínio probatório, pois não alcança resultados epistemologicamente adequados, preferindo, em casos como esse, que se decida a favor da “*hipótese que resulte mais aceitável*”, preferindo uma escala de  $0-\infty$ , cf. *op. cit.*, p. 252-253. Nota-se que Taruffo já criticava o esquema probabilístico *pascaliano*, defendendo uma posição próxima à preconizada pelos adeptos dos graus de confirmação da hipótese, da prova preponderante e da *inferência da melhor explicação*, quando menciona a opção pela hipótese que resulte mais *aceitável*. Taruffo, embora busque uma solução para o problema a partir da representação matemática do infinito (probabilidade quantitativa), já tinha ciência dos necessários ajustes epistemológicos no raciocínio probatório de viés *baconiano*.
45. David Schum cita a seguinte passagem do pensamento de Francis Bacon, no *Novum Organum*, a propósito da indução eliminativa: “*No obtenemos apoyo para una generalización acumulando casos favorables de lo mismo. Lo que debemos hacer, de acuerdo con Bacon, es examinar una variedad de circunstancias en un intento por eliminar explicaciones alternativas.*” Cf. David Schum, *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, Medellín: Orión Vargas Vélez, 2016, p. 68.
46. A propósito do *jus novorum* e da *revisio prior instantiae*, cf. por todos Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove in appello*, Milano: Società Editrice Libreria, 1916.
47. Cf. por todos Jordi Ferrer Beltrán, *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias*, Actualidad penal, n. 34, 2017, p. 185-214.
48. Trata-se de uma tese que estou defendendo neste trabalho; vede nota 54 *infra*.
49. STF, *HC 107.801*, “A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto probatório.”
50. Cf. Simone Trento. *As Cortes Supremas diante da prova*, p. 189 e ss.
51. A literatura sobre *standards* probatórios no direito brasileiro é ainda escasso; num dos poucos textos encontráveis é o de Danilo Knijnik, *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, Revista Forense, vol. 353, p. 15-52. Segundo esse autor, há vários outros tipos de *standards* probatórios: (i) mínima atividade probatória; (ii) modelo das dúvidas positivo-concretas; (iii) a doutrina do absurdo e da arbitrariedade;

(iv) a congruência narrativa; (v) o controle da motivação. No que se refere aos óbices para processo e julgamento de recursos junto às Cortes Supremas, Danilo Knjnik constatou que o *standard* nem sempre diz respeito com a reforma da decisão, mas com a sua anulação. Neste trabalho, prefere-se limitar a análise aos estritos casos em que efetivamente o Superior Tribunal de Justiça brasileiro reforma uma decisão mediante reavaliação da prova, a meu juízo pessoal mediante emprego do *standard* respectivamente cabível nas instâncias ordinárias, embora isso não tenha ficado claro na doutrina consultada. Vede nota 51 *supra*.

## Referências

- ABELLÁN, M. Gascon. *Sobre la posibilidad de formular estandares de prueba objetivos*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 2005, p. 127-39.
- \_\_\_\_\_. *Los hechos en el derecho*. 3a. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- AGUILERA GARCIA, Edgar R. *Crítica a la <convicción íntima> como estándar de prueba en materia penal*, 'in' Laurry Laudan, El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal, Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- ALLEN, Ronald J. *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*, in Estándares de prueba y prueba científica, Carmen Vázquez (ed.), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 41-64.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Madrid: 2015.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdade en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- \_\_\_\_\_. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- \_\_\_\_\_. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*, in Estándares de prueba y prueba científica, Carmen Vázquez (ed.), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21-39.
- \_\_\_\_\_. *La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil*. In PAPAYANNIS, Diego (ed.), Causalidad y atribución de responsabilidad. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: RT, 2017.
- \_\_\_\_\_. *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias*, Actualidad penal, n. 34, 2017, pp. 185-214.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer, VÁZQUEZ, Carmen (coords.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003.

- COHEN, L. Jonathan. *Introduzione alla filosofia dell' induzione e della probabilità*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- COSTA, Guilherme Recena. *Livre convencimento e standards de prova*. In 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro [org. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell]. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- \_\_\_\_\_. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1, 2018, 17 p.
- FLACH, Daïsson. *A verossimilhança no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl. *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*. Debates sobre abducción. Granada: Editorial Colmares, 2014.
- HAACK, Susan. *Defending Science – within reason*. New York: Prometheus books, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Ciencia, Sociedad y Cultura*. Ensayos escogidos. Santiago: Universidad Diego Portales, 2008.
- \_\_\_\_\_. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica, “in” Estándares de prueba y prueba científica*, Carmen Vázquez (ed.), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 65-98.
- \_\_\_\_\_. *Evidence Matters*. Cambridge University Press. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Legalizzare l'epistemologia*. Milano: Università Bocconi Editore, 2015.
- LAGIER, Daniel González (coord.). *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- LAUDAN, Larry. Porque un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 95-113.
- \_\_\_\_\_. *Truth, Error and Criminal Law*. An Essay in Legal Epistemology. Cambridge, 2006.
- \_\_\_\_\_. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Verdade, error y proceso penal*. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LIMA GUERRA, Marcelo. *Prova judicial*. Uma introdução. E-book. 2016.
- LLUCH, Xavier Abel. *La valoración de la prueba en el proceso civil*. Madrid: La Ley, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Las reglas de la sana crítica*. Madrid: La Ley, 2015.

- LLUCH, Xavier Abel; PICO i JUNOY, Joan. *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2008.
- MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Regras de prova no Código Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, n. 4, p. 11-28, jul./ago. 2004.
- MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- OTEIZA, Eduardo. *La prueba en el proceso judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.
- PAPAYANNIS, Diego (ed.). *Derecho de daños, principios morales y justicia social*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- \_\_\_\_\_. *El análisis económico del derecho, “in” Fundamentos económicos de la responsabilidad civil*.
- PARDO, Michael S. *Second-Over Proof Rules*, 61, Fla L. Rev. 1083, 1104 (2009).
- \_\_\_\_\_. ALLEN, Ronald J. *Juridical Proof and the Best Explanation*. The University of Alabama School of Law.
- REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction*. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge. Phoenix Edition, 1961.
- ROJAS, Cristina Contreras. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- SCHUM, David. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*, Medellín: Orión Vargas Vélez, 2016.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. Porto Alegre, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O que é isto, – livre convencimento motivado e livre apreciação da prova, ‘in’ O fim do livre convencimento motivado [Coord. Dierle Nunes et al]*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 11-26.
- TARUFFO, Michele. *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*. In Mario Bessone-Riccardo Guastini. *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*. Cedam, Padova, 1995, p. 275 ss.
- \_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009.
- \_\_\_\_\_. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- \_\_\_\_\_. *La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses, “in” Estándares de prueba y prueba científica*, Carmen Vázquez (ed.), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 65-98.
- \_\_\_\_\_. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau.

- Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- TARUFFO, Michele; CAVALLONE, Bruno. *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. Lima: Palestra Editores, 2012.
- TRENTO, Simone. *As Cortes Supremas diante da prova*. São Paulo: RT, 2018.
- TUZET, Giovanni. *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia della prova giuridica*. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2016.
- TWINING, William. *Globalization and Legal Theory*. Northwestern University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Rethinking Evidence*. 2. ed. Cambridge University Press, 2006.
- UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè Editore, 2015.
- VAZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: Bookseller, 2000.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove in appello*, Milano: Società Editrice Libreria, 1916.

# Ação rescisória baseada em violação de norma jurídica

**Luiz Guilherme Marinoni<sup>1</sup>**

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

## 1. Violar manifestamente norma jurídica

### 1.1 Da violação de literal disposição de lei à violação de norma jurídica

O ART. 485, V, DO CÓDIGO DE 1973 afirmava que a decisão de mérito podia ser rescindida em caso de violação de “*literal disposição de lei*”. A norma correspondente do Código de Processo Civil de 2015 – art. 966, V – diz que a decisão de mérito pode ser rescindida quando “violiar manifestamente *norma jurídica*”.

Salta aos olhos da comparação entre os dois artigos a relação entre “literal disposição de lei” e “norma jurídica”. Seria possível imaginar que o legislador aludiu a “norma jurídica” para evidenciar que a ação rescisória não é cabível apenas em caso de violação de lei, mas também na hipótese de violação de princípio ou de norma consuetudinária. Essa ideia não é apenas simplista, mas antes de tudo reducionista da complexidade de uma questão teórica da mais alta importância.

A comparação entre “literal disposição de lei” e “norma jurídica” permite uma íntima relação da norma do inciso V do art. 966 com a evolução da teoria da interpretação. Seria muito improdutivo, em termos de aperfeiçoamento do direito, alterar a legislação processual sem libertá-la de teorias jurídicas ultrapassadas, mantendo-a refém de conceitos que não mais devem ser utilizados. A ideia de “violação de literal disposição de lei” é própria a uma cultura jurídica que já não mais existe, ou melhor, a uma teoria da interpretação que há muito se mostrou

incapaz de dar conta da realidade da atividade do intérprete e do juiz. Exatamente por isso, ler o inciso V do art. 966 como se apenas houvesse trocado disposição de lei por norma jurídica – ou estivesse falando de lei em sentido mais amplo – é deixar de identificar um problema teórico que nunca permitiu o uso adequado da ação rescisória e, mais do que isso, não contribuir para o desenvolvimento do direito.

## 1.2 Violação à literal disposição de lei como fenômeno típico do “formalismo interpretativo”

A teoria formalista da interpretação – também chamada cognitiva – tem sustentação nos princípios do Estado legislativo, em que a tarefa do juiz se submetia à do legislador. Para essa teoria, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva. Investiga-se para descrever. O juiz, ao interpretar, investiga o significado do texto legal e então o descreve<sup>2</sup>.

Entende-se que a “norma jurídica” está implícita no texto legal. O juiz interpreta para afirmar o que está gravado no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer discricionariedade. Ao decidir, *sempre está preso a uma norma preexistente*. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta<sup>3</sup>.

Na teoria formalista a interpretação está presa à norma que está no texto legal. A decisão é inteiramente determinada pela lei para que os valores do Estado legislativo sejam observados. A estrita aplicação da lei é o sustentáculo da segurança jurídica. Na verdade, como adverte Jerzy Wróblewski, se a interpretação judicial está vinculada à lei, a decisão consegue ser tão estável e segura quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto<sup>4</sup>.

Trata-se de posicionamento hermenêutico historicamente associado aos trabalhos da Escola da Exegese, desenvolvidos no século posterior à publicação do Código Civil francês. Nesse período, motivados pela desconfiança em relação aos juízes<sup>5</sup> e amparados na ideia de respeito à vontade histórica do legislador<sup>6</sup>, os exegetas contrariaram a orientação

dos redatores do Código Civil francês<sup>7</sup> e declararam que ao Judiciário caberia pronunciar as palavras da lei para dar solução aos casos.

Embora desacreditada, essa teoria ainda está presente no pensamento jurídico comum e no estilo da fundamentação das decisões judiciais. É realmente curioso o fascínio que a teoria formalista ainda exerce sobre os tribunais e alguns institutos. Adverte Riccardo Guastini que a teoria pode ser relacionada à própria corte de cassação<sup>8</sup>. Sem dúvida, caso a função das cortes supremas seja resumida à tutela do legislador ou da lei, a sua tarefa interpretativa encontrará lugar confortável dentro do modelo formalista. Não é demais lembrar, aliás, que muito embora hoje exista consciência teórica de que a função das cortes supremas de *civil law* só pode ser a de atribuir sentido ao direito, algumas cortes supremas de países de direito altamente desenvolvido – como por exemplo a Itália – ainda tentam exercer a função que foi concebida para a cassação por aqueles que a viam a partir da teoria formalista da interpretação<sup>9</sup>.

A teoria formalista da interpretação – também chamada cognitiva – tem sustentação nos princípios do Estado legislativo, em que a tarefa do juiz se submetia à do legislador

Assim, *não deve haver surpresa ao se perceber que o pensamento jurídico ainda é povoado pela ideia de que o juiz pode “violiar literal disposição de lei”, como se a lei tivesse um conteúdo – a norma – que pudesse ser determinado ou como se a interpretação “correta” pudesse declará-lo.* Note-se que só é possível pensar em violação de lei ou de disposição de lei quando se supõe que a lei contém a norma que deve ser aplicada pelo juiz. Quando se admite que a interpretação tem a função de declarar ou revelar a norma preexistente ao próprio conflito, a decisão judicial que invoca a lei, mas revela e aplica outra norma, logicamente viola a lei. Portanto, o mesmo motivo que admite que se diga que a decisão, diante do formalismo interpretativo, é sujeita ao teste da verdade e da falsidade é o que permite afirmar que a decisão pode violar a lei. Há violação da lei quando a interpretação é falsa, porque destoante da norma que sempre esteve contida na lei.

### 1.3 A interpretação como valoração e atribuição de significado

O formalismo interpretativo foi deixado para trás quando se percebeu que o texto da lei não basta para determinar a decisão judicial. Demonstrou-se que o texto legal não tem um sentido próprio, *em si*, que possa ser visto como antecedente à atividade interpretativa. O texto é sempre equívoco, podendo requerer mais ou menos esforço do intérprete para uma atribuição de significado<sup>10</sup>.

Restou claro que para se chegar ao sentido da lei é necessária uma atividade regida por critérios ou diretivas que, não só quando eleitos pelo intérprete, mas também quando utilizados, impescindem de juízos de valor.<sup>11</sup> A atividade interpretativa é permeada de valorações não apenas na eleição, mas também na aplicação das diretivas de interpretação. Assim, a interpretação obviamente não é mera investigação, mas valoração. Por outro lado, o intérprete, nesta dimensão, opta racionalmente entre um dos resultados interpretativos possíveis, de modo que a interpretação-resultado, ao invés de ser declaração, é atribuição de sentido à lei.

A interpretação capaz de atribuir sentido ao direito obviamente não é uma operação meramente lógica, nada obstante a lógica seja importante para aferição da correção da justificação interna da decisão. As diretivas interpretativas não constituem regras lógicas, mas critérios eleitos e preenchidos a partir de opções e valorações. A decisão não é determinada pela fórmula legislativa, mas é fruto da valoração e da vontade racionalmente justificada do juiz<sup>12</sup>.

A percepção de que a decisão judicial não pode ser moldada a partir da lei apenas mediante raciocínio lógico põe às claras que o número de decisões que legitimamente podem ser extraídas de um mesmo texto normativo é diretamente proporcional ao grau da sua equivocidade. Frise-se que a equivocidade dos textos normativos não depende somente de defeitos objetivos de sua formulação, mas sobretudo da multiplicidade dos critérios interpretativos, da compreensão da dogmática jurídica e dos sentimentos de justiça dos intérpretes – que algumas vezes restam ocultos e, em outras, manifestam-se mediante explícitos juízos de valor<sup>13</sup>.

Isso tem relação direta não apenas com a ação rescisória contra decisão que viola literal disposição de lei, mas também com o pragmatismo da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal – que ditou a inviabilidade da ação rescisória no caso em que há várias interpretações sobre o mesmo dispositivo legal nos tribunais<sup>14</sup>.

#### **1.4 A preservação da lei dita inconstitucional como primeiro estímulo à dissociação entre texto e norma**

De qualquer forma, a construção da distinção entre texto e norma, embora tenha partido da ideia de que o raciocínio do intérprete não é determinado exclusivamente pela lógica nem é neutro, constituiu um claro processo de evolução histórica. É possível dizer que a elaboração teórica que foi delineada pela escola genovesa – que tem hoje em Guastini o seu maior expoente –, teve origem em uma questão prática, surgida na Itália à época em que a Corte Constitucional – projetada no pós-guerra – iniciou os seus trabalhos.

Quando a Corte Constitucional italiana efetivamente começou a funcionar – depois de um atraso de quase dez anos devido às suspeitas em relação ao *judicial review* –, um dos primeiros problemas que teve que resolver foi o da identificação do objeto do juízo de inconstitucionalidade<sup>15</sup>. A corte não queria, na medida do possível, confrontar diretamente os elaboradores da lei e aqueles que a aplicaram e ainda a aplicavam – especialmente a corte de cassação. Percebeu-se que a preservação do texto legal, mediante a nulificação da interpretação dele decorrente, seria “politicamente” mais conveniente. Assim, passou-se a sustentar que o objeto do juízo de inconstitucionalidade não é o texto da lei, porém a norma por ele expressa.

É interessante lembrar que, na época em que surgiu a discussão no âmbito da Corte Constitucional, nem todos os juristas manifestaram-se a favor da preservação da lei mediante a declaração de inconstitucionalidade da interpretação. Luigi Montesano, por exemplo, ao escrever “*Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*”, apresentou uma tese reducionista e extremamente rigorosa do controle de constitucionalidade, segundo a qual o texto legal que abre oportunidade a

interpretações não conformes à constituição não tem como não ser declarado inconstitucional<sup>16</sup>.

Posições como a de Montesano não prevaleceram. A Corte Constitucional, no final dos anos cinquenta do século passado, já trabalhava com as ditas sentenças interpretativas de acolhimento, declarando a inconstitucionalidade de determinadas interpretações do texto legal. A partir daí foi introduzida na corte uma separação estrutural entre texto e norma que trouxe dois benefícios bastante significativos. Permitiu-se a declaração de inconstitucionalidade de norma ou interpretação, preservando-se o texto legal respectivo, e favoreceu-se a práxis da interpretação de adequação do sentido do texto legal à Constituição<sup>17</sup>.

A influência da discussão surgida na Corte Constitucional sobre o trabalho teórico pode ser facilmente identificada quando se vê que um dos primeiros e principais trabalhos acerca da importância da dissociação entre dispositivo legal e norma foi escrito por Vezio Crisafulli, discípulo de Santi Romano, que se tornou um dos mais importantes constitucionalistas italianos do século 20 e em 1968 foi nomeado membro da Corte Constitucional. O trabalho de Crisafulli foi publicado poucos anos depois do surgimento do problema no seio da Corte Constitucional e poucos anos antes do seu ingresso na corte.<sup>18</sup> Em essência, concluiu Crisafulli que a relação disposição/norma não é de correspondência biunívoca, tal e como se sugere mediante o postulado da “norma verdadeira”. Para demonstrar a sua tese, argumentou i) que existem disposições “complexas”, que contêm proposições “inseparáveis” de que podem derivar duas ou mais normas; ii) que há disposições equívocas, que expressam “normas hipotéticas”, ou seja, duas ou mais normas alternativamente; e iii) que cabe distinguir a “disposição-norma” da “norma-ordenamento” (ou norma “vivente”), sendo a primeira o significado “originário” e literal de uma disposição, identificado mediante uma interpretação centrada sobre a disposição isoladamente considerada, e a segunda o significado atual da disposição, à luz do inteiro sistema normativo, em sua abstrata objetividade, e também, em certa medida, na efetividade da sua concreta realização<sup>19</sup>.

## 1.5 A dissociação entre texto e norma na teoria do direito

Como visto, ao contrário do que sustenta o formalismo teórico, inexistente significado unívoco intrínseco ao texto legal. Bem por isso desca-be pensar em simplesmente investigar para declarar a norma. Não há uma relação de sinonímia entre o texto legal e o resultado obtido com a atividade interpretativa<sup>20</sup>. De modo que é totalmente equivocado pensar que a tarefa da interpretação é reproduzir a norma contida na lei<sup>21</sup>.

Não obstante, costuma-se chamar o texto legal de norma e afirmar que o juiz decide mediante a declaração da lei ou da norma<sup>22</sup>. Porém, se o texto legal é sempre equívoco, o juiz realmente sempre lhe atribui um significado. Esse não pode ser confundido com o texto. A norma é exatamente o significado que o juiz atribui ao texto legal ao decidir<sup>23</sup>.

Não é correto entender que tal dissociação exista apenas na chamada zona de penumbra ou diante de um caso difícil. Na zona de luz ou em face de um caso fácil a atribuição de significado é mais fácil ou requer menos meditação e esforço<sup>24</sup>. Contudo, é óbvio que o juiz, ao se deparar com um “enunciado das fontes”, inevitavelmente lhe atribui significado ou sentido, independentemente da sua clareza. Na verdade, a atribuição de sentido é consequência imediata, natural e inevitável do contato de alguém com qualquer enunciado. A clareza só facilita a transposição da linguagem das fontes para a linguagem do emissor. Assim, a distinção que deve ser feita não está na clareza ou dubiedade do texto, mas na distinção entre linguagem das fontes e linguagem do emissor ou do intérprete. A linguagem da fonte, ainda que seja clara, nunca será a linguagem do intérprete<sup>25</sup>. Isso simplesmente porque o contato do intérprete ou do juiz

Toda disposição legal é vaga e ambígua e, assim, tolera diversas e conflitantes atribuições de significado, de modo que a uma única disposição corresponde não somente uma norma, mas uma multiplicidade de normas, conforme as diversas interpretações possíveis

com o texto legal – enunciado do discurso das fontes – transforma-o em enunciado do discurso do intérprete. Norma e lei são dois enunciados; apenas suas origens são diversas.

A velha e não bem refletida suposição de uma correspondência biunívoca entre disposição legal e resultado-interpretação não pode mais ser admitida para o bem do direito e da sua aplicação na vida das pessoas. Afinal, como diz Guastini, toda disposição legal é vaga e ambígua e, assim, tolera diversas e conflitantes atribuições de significado, de modo que a uma única disposição corresponde não somente uma norma, mas uma multiplicidade de normas, conforme as diversas interpretações possíveis<sup>26</sup>.

### **1.6 A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal como demonstração de que a decisão baseada em lei de que o Judiciário já extraiu várias normas jurídicas não pode ser objeto de ação rescisória: indagações daí decorrentes**

Conforme demonstrado, a ideia de violação a “disposição de lei” supõe uma biunivocidade entre a disposição de lei e o produto da interpretação, como se o intérprete tivesse a função de revelar a norma contida na lei. Essa pretensa biunivocidade é característica do formalismo interpretativo, em que a interpretação consiste em descobrir e declarar a norma contida no texto legal. Perceba-se que nessa dimensão se pode falar em interpretação verdadeira e falsa e, assim, numa interpretação que viola disposição de lei.

Quando se passa a admitir que o texto legal abre oportunidade a várias interpretações, a depender de uma série de circunstâncias, torna-se não apenas equivocado, mas na verdade impossível, pensar em violação de disposição de lei. Tanto é que o Supremo Tribunal Federal, ao responder à indagação de se uma decisão viola disposição de lei, valeu-se de um conceito negativo, precisamente o de que não há violação de disposição de lei “quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343/STF)<sup>27</sup>.

Note-se que essa súmula, o ponto-chave encontrado para a solução da ação rescisória baseada em “violação a disposição de lei”, não

só constitui admissão de que o texto legal pode abrir oportunidade a várias interpretações, como também de que a violação de disposição de lei é a negação da “clara e tranquila” interpretação da lei. Isso demonstra que a súmula distinguiu o enunciado do discurso das fontes do enunciado do discurso do intérprete, dissociando disposição de lei ou texto de interpretação ou norma.

Assim, bem vistas as coisas, a súmula elaborou a ideia de que o juiz, ao chegar no resultado-interpretação, edita uma norma que não se confunde com o texto ou com o enunciado legislativo. Essa norma nada mais é do que o significado extraído do texto legal pelo juiz. Portanto, pode ser chamada de norma jurídica ou, caso se prefira tomar em conta o seu emissor, de norma judicial. Ora, se o texto ou a disposição de lei constitui linguagem da fonte e a norma é linguagem do intérprete, quando o intérprete é o juiz nada impede que à norma seja acrescido o qualificativo de judicial. Quando o juiz interpreta a lei o resultado sempre será uma “norma”. A linguagem da fonte não varia; a linguagem do intérprete é que passa a ter um intérprete-juiz.

Não há dúvida, dessa forma, inclusive em face da Súmula 343/STF, que o problema da ação rescisória está ligado ao fato de que um mesmo texto legal pode dar origem a uma multiplicidade de normas jurídicas. Ora, quando isso ocorre não há como ver vício na decisão judicial e, assim, obviamente não há motivo para pensar na sua rescindibilidade.

Surgem, então, as questões que realmente interessam: *se a decisão rescindível – na perspectiva ora considerada – sempre é uma decisão interpretativa, quando essa decisão pode violar uma norma jurídica? Tendo em vista que podem existir múltiplas normas jurídicas editadas pelos juízes e pelos tribunais, é possível pensar numa norma jurídica produzida pelo Judiciário, que pode ser violada por uma decisão?*

## 1.7 A função das cortes supremas e a norma jurídica

Já se percebeu no *civil law* que, exatamente por não ser o juiz um mero aplicador da lei, esta não é suficiente para garantir a igualdade e a segurança jurídica. Se a lei abre oportunidade a uma multiplicidade de interpretações ou normas jurídicas e, assim, a decisões diferentes para casos similares, não há como não se preocupar com o problema da

coerência do direito ou das decisões judiciais, elemento imprescindível para se ter igualdade perante o próprio direito.

É sabido que a função das cortes supremas da tradição do *civil law* era voltada à tutela do ordenamento jurídico. Lembre-se que Calamandrei escreveu a mais célebre obra sobre a história e a função da corte de cassação do século passado. Essa obra teve impacto sobre toda uma geração de processualistas e, portanto, sobre o modo como as cortes supremas eram vistas até bem pouco tempo e, em alguns lugares e por alguns, ainda são concebidas<sup>28</sup>.

Embora o grande professor florentino tenha atentado para a necessidade de a corte definir a interpretação que deve prevalecer no território nacional, raciocinou como se a corte devesse fixar, a partir dos critérios interpretativos do formalismo, a interpretação que revela o “sentido exato da lei”. A unificação da interpretação do direito tinha o único propósito de tutelar o direito objetivo, revelando a sua devida e única identidade<sup>29</sup>.

A definição da interpretação que deve prevalecer, nessa linha, equivale à fixação da interpretação que efetivamente corresponde ao texto da lei. A tarefa da cassação, embora voltada à uniformização da interpretação, também consistia em descobrir e declarar o sentido da lei. A uniformização, assim, ocorre para tutelar o legislador.

A pretensão de uniformização da interpretação da lei, em tal contexto, não pactua com a dissociação entre lei e norma e nem é aberta à lógica argumentativa, mas, ao revés, busca responder à concepção clássica de jurisdição – própria à Calamandrei<sup>30</sup> –, em que o juiz simplesmente aplica a lei ao caso concreto, incumbindo à cassação, por consequência, somente declarar “oficialmente a verdadeira”<sup>31</sup> interpretação da lei em nome da unidade do direito objetivo.

Como a jurisdição se limita a declarar a vontade concreta da lei não há motivo para falar em igualdade perante as decisões. Basta a unificação da interpretação para garantir a unidade do direito objetivo e, por mera consequência, a igualdade de todos perante a lei. Não há necessidade de ter precedentes obrigatórios, mas apenas um sistema que permita a correção das decisões destoantes da lei.

A despreocupação com a coerência do direito no âmbito do Judiciário é consequência da desgastada suposição de que os tribunais,

inclusive os de vértice, estão limitados a procurar a interpretação que revela o sentido da lei. Ora, se as decisões discutem apenas sobre a exata interpretação da lei, não pode existir incoerência no direito produzido pelo Judiciário, mas apenas equívoco na aplicação da lei. Se a norma jurídica está implícita na lei e é preexistente à interpretação, não há incoerência entre as decisões dos tribunais, mas inadequada aplicação da norma do legislador. Daí porque não se dispensa atenção à incoerência das decisões judiciais. Há somente preocupação com a correção das decisões que equivocadamente aplicam a lei.

No entanto, quando se percebe que a interpretação não pode definir o “sentido *exato* da lei” – fim da corte de cassação para Calamandrei –, mas deve realizar valorizações para definir o sentido atribuível ao texto legal, é óbvio que a função da corte suprema tem que passar a ser outra. A corte suprema, diante da explosão de decisões interpretativas no seio do Judiciário, não mais pode ser vista como um órgão que visa a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento jurídico, fruto de uma razão iluminista que tanto já seduziu.<sup>32</sup>

A corte suprema, hoje, só pode ter a função de atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento de acordo com a evolução social. A necessidade de coerência do direito deve ser vista como uma decorrência do valor das decisões da corte. O precedente que outorga sentido à lei agrega algo de novo à ordem jurídica legislada, fixando a interpretação da lei que deve orientar a vida social e regular os casos futuros. Como consequência, o sentido do direito delineado pela corte não pode deixar de pautar a solução dos casos iguais ou similares, vinculando ou obrigando os juízes e tribunais.

A coerência é imprescindível para que a igualdade não seja violada. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado

A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a corte suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis

dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a corte suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis. Afinal, todos os homens, em condições iguais, merecem – e apenas podem exigir – a melhor solução que o Estado pode obter para lhes garantir uma vida justa.

Frise-se que o valor constitucional tutelado por esta nova corte suprema não é a unidade do direito objetivo, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, mas sim a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes a um “direito” que, delineado pela corte suprema, é dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças<sup>33</sup>.

Não se pense, porém, que basta substituir o critério da “norma contida na lei” pelo do “sentido do direito” para continuar admitindo que a função da corte suprema é de correção. Há óbvia diferença entre corrigir para tutelar a lei e corrigir para tutelar o direito delineado pela corte suprema. Quando se pensa em “corrigir” em razão de a decisão do tribunal ter divergido de precedente, não há contrariedade à lei, mas contrariedade à norma jurídica eleita pela corte suprema.

Note-se que, como os precedentes consolidam o direito que deve ser observado pelos tribunais, a atividade de “correção” das decisões que negam precedentes destina-se a reafirmar a função de interpretação e de desenvolvimento do direito. Essa atividade de “correção”, que é meramente supletiva, subordina-se à função de atribuição de sentido ao direito e de garantia da sua unidade. Assim, não se pode pensar que uma corte suprema, na atualidade, deva ter função de correção. Como é óbvio, é completamente contraditório atribuir a uma corte suprema que delinea o direito a função de corrigir as decisões<sup>34</sup>.

Por outro ângulo, ao se supor que os precedentes da corte que atribui sentido ao direito não precisam ser observados, a existência da corte suprema torna-se desnecessária. Realmente, não há motivo para se ter uma corte cuja função é definir a interpretação adequada quando os tribunais podem dela livremente divergir. Nesse caso não apenas bastariam os tribunais, como a suprema corte não teria motivo algum para

atribuir sentido ao direito e, portanto, para estar presente no sistema judicial<sup>35</sup>. Fechar os olhos para a verdadeira função que deve ser desempenhada por uma corte de vértice é tê-la como um grande tribunal de apelação, como uma espécie de mágica tábua de salvação posta à disposição de qualquer litigante, com a grande desvantagem de se abrir às portas para a incoerência do direito e para a irracionalidade da distribuição da justiça e, por consequência, para a negação da igualdade e da segurança jurídica<sup>36</sup>.

Se a explicitação e a frutificação do direito dependem do juiz, não há como não admitir que o direito é resultado de uma atividade compartilhada pelo Legislativo e pelo Judiciário. O juiz obviamente não pode ser mais visto como a “*bouche de la loi*”, mas, para usar a mesma imagem, não é errado dizer que o juiz é a boca do direito que resulta da lei. Não se quer dizer com isso que o Judiciário cria o direito. Na verdade a discussão sobre a “criação do direito” não tem muita relevância quando se pensa que uma decisão é criativa se a sua formulação exige opções valorativas do juiz<sup>37</sup>, ou melhor, quando se tem consciência de que a ideia de “criação judicial do direito” tem muitos significados<sup>38</sup>.

Tanto o juiz quanto a corte suprema reconstróem o direito a partir dos elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica<sup>39</sup>. Mas a “última palavra” ou, por assim dizer, a “definição da reconstrução” é das supremas cortes. A tarefa de delinear ou definir – mediante as “melhores razões”<sup>40</sup> – a “norma jurídica” capaz de orientar a vida social e regular os casos futuros é do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A norma jurídica que pode ser dita do Poder Judiciário – fora raras exceções (ver adiante item 2) – está nos precedentes das cortes supremas.

### **1.8 Violação de norma jurídica editada pelas cortes supremas: o problema da identificação da *ratio decidendi***

É preciso cautela para perceber que a norma jurídica não está em toda e qualquer decisão de corte suprema. Uma decisão só define a interpretação de uma norma quando a maioria do colegiado compartilha da mesma interpretação.

Assim, por exemplo, não basta que uma decisão dê ou negue provimento a um recurso especial para constituir precedente ou ter *ratio decidendi*. Uma decisão que afirma a contrariedade ou nega a contrariedade de uma lei só tem *ratio decidendi* quando a maioria dos membros do colegiado compartilha de um mesmo fundamento para a conclusão a respeito do significado da lei perante a decisão. Afirmar que uma lei foi contrariada ou não foi contrariada com base em fundamentos vários, sem que nenhum deles seja suportado pela maioria, conduz a uma afirmação privada de autoridade ou de valor enquanto entendimento ou voz da corte.

A situação é semelhante quando se tem em conta a interpretação do texto constitucional em recurso extraordinário. Só quando a maioria da corte compartilha do mesmo fundamento e, por conta disso, atribui ao texto o mesmo significado, há *ratio decidendi*. Da mesma forma, quando em recurso extraordinário uma lei é admitida como constitucional, dando-se a ela “interpretação de acordo”, só há *ratio decidendi* quando a “interpretação de acordo” é baseada em fundamento sustentado pela maioria. Em outro caso, existirão “interpretações de acordo” não referendadas pela corte.

Por outro lado, quando o recurso extraordinário declara a inconstitucionalidade ou emprega as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a decisão da questão constitucional faz parte da *ratio decidendi*. Ainda que a corte tenha resolvido que a lei é inconstitucional por diversidade de fundamentos, sem com que nenhum tenha sido compartilhado pela maioria, há eficácia precedental para todos os casos futuros que tratem da mesma lei.

Entretanto, o fundamento para a declaração de inconstitucionalidade ou para o emprego das referidas técnicas de controle de constitucionalidade terá importância quando o juiz do caso futuro tiver diante de si uma lei diferente, mas substancialmente igual ou similar, a exigir a adoção do mesmo fundamento que foi utilizado para se chegar à decisão. Caso a decisão tenha sido tomada a partir de mais de um fundamento, sem que nenhum deles tenha sido sustentado pela maioria, não haverá *ratio decidendi* ou precedente capaz de regular o *novo caso*.

A decisão de inconstitucionalidade, a interpretação conforme e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto têm efeito obrigatório ou vinculante em relação à própria lei discutida. Mas, tratando-se de outra lei, o efeito obrigatório dependerá de o fundamento da conclusão sobre a questão constitucional ter sido compartilhado pela maioria do colegiado.

Perceba-se que em tais casos pode não existir *ratio decidendi* para regular questão envolvendo *outra* lei – ainda que similar –, embora haja *ratio decidendi* para obstaculizar decisão diferente sobre a *mesma* lei. A *ratio decidendi* ou a autoridade de uma porção da decisão sempre dependem de maioria, mas a maioria pode concordar sobre o destino do texto legal sem harmonia quanto aos fundamentos para tanto.

A situação pode ser comparada com a da ação direta quando se percebe a distinção entre o dispositivo da decisão – cuja eficácia é *erga omnes* – e a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão proferida no controle principal<sup>41</sup>. Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal discutiu se os fundamentos determinantes da decisão proferida na ADIn 1.662 teriam efeitos obrigatórios. Chegou-se na conclusão de que a *ratio decidendi* da decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade obriga os demais tribunais. Tratando de reclamação, o Supremo Tribunal Federal declarou que na decisão reclamada estaria presente “violação ao *conteúdo essencial* do acórdão [...]. A decisão do Tribunal, *em substância*, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a *transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados*, uma vez que *os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional*”<sup>42</sup>.

Essa decisão, que nitidamente declarou que os fundamentos determinantes de decisão proferida em ação de inconstitucionalidade têm eficácia obrigatória, foi reafirmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na Rcl 2.363. Nessa ocasião, o relator, ministro Gilmar Mendes, argumentou que “a aplicação dos *fundamentos determinantes* de um *leading case* em hipóteses *semelhantes* tem-se verificado, entre nós, até

mesmo *no controle de constitucionalidade das leis municipais*. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas *em leis de outros municípios*. Tendo em vista o disposto no *caput* e § 1º-A do art. 557 do CPC[73], que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, *emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame*<sup>243</sup>.

Na ação direta há clara distinção entre o dispositivo que declara a inconstitucionalidade e a *ratio decidendi*. O primeiro diz respeito à lei atacada e a segunda pode se expandir para regular leis substancialmente similares. Note-se que uma decisão pode violar o dispositivo ou a *ratio decidendi* da decisão do Supremo Tribunal Federal. Uma decisão que, por exemplo, afirma inconstitucional lei dita constitucional em ação de constitucionalidade viola o dispositivo da decisão. Já a decisão que deixa de aplicar outra lei, distinta da que foi declarada constitucional, mas a ela substancialmente igual, pode ser dita violadora da *ratio decidendi* da ação declaratória de constitucionalidade.

Já no recurso extraordinário, o dispositivo, além de se referir somente aos litigantes, apenas dá ou nega provimento ao recurso. A conclusão sobre a inconstitucionalidade da lei é sobre uma questão que importa à resolução – parte dispositiva – do recurso, encartando-se, do mesmo modo que os fundamentos para se chegar na conclusão sobre a inconstitucionalidade, na fundamentação da decisão e, quando for o caso (maioria), na *ratio decidendi*. Em outros termos, é preciso ter claro que a questão constitucional, além de estar também na fundamentação, pode ser resolvida por maioria, ainda que com base em fundamentos compartilhados por minorias, quando apenas a solução da questão constitucional estará na *ratio decidendi*.

Pense-se, agora, no recurso que, para ser resolvido, depende do enfrentamento de diversos fundamentos, *cada um deles bastante para*

*o provimento*. Imagine-se, por exemplo, recurso especial fundado em alegação de contrariedade a três leis federais distintas – obviamente que com fundamentos também distintos. Num colegiado composto por cinco ministros, seria possível pensar em provimento do recurso com base em três votos, cada um sustentando que a decisão contrariou uma das três leis federais, sem que nenhum dos votos concorde que a mesma lei tenha sido contrariada. Esse é o primeiro ponto que reclama atenção. É racional prover um recurso destinado à tutela do direito federal sem que a maioria do colegiado entenda que houve contrariedade ao direito federal? Ou mais claramente, é racional declarar que uma decisão não deve prevalecer, sob o argumento de que contrariou lei federal, quando o colegiado não chega à conclusão – nem mesmo por maioria – de que a lei foi contrariada?

Na ação direta há clara distinção entre o dispositivo que declara a inconstitucionalidade e a *ratio decidendi*

Se uma decisão só tem motivo para ser reformada em virtude de ter contrariado lei federal ou se o recurso especial só tem razão para ser provido para tutelar o direito federal, não há como entender correto que o entendimento de um dos membros do colegiado competente para o julgamento do recurso seja suficiente nem para a reforma da decisão nem, muito menos, para a afirmação do direito federal que deve prevalecer.

Na verdade, por detrás do vício em prover recurso com base em votos que afirmam contrariedade a leis diversas está a confusão entre decisão colegiada e ajuntamento de decisões individuais de membros do colegiado. Quando se tem em conta a alegação de contrariedade a diversas leis, a racionalidade do julgamento e da deliberação colegiada depende da discussão e da votação em separado de cada uma das alegações de contrariedade. De modo que, numa situação como essa, o relator deve delimitar os textos legais afirmados contrariados pela decisão recorrida para que o julgamento se desenvolva mediante a discussão e a votação em separado de cada uma das alegações. Caso contrário, não apenas não haverá discussão adequada sobre a eventual afronta da de-

ção à lei, mas sobretudo não se decidirá sobre qualquer das alegações de contrariedade realizadas pelo recorrente.

Não há qualquer dúvida que, quando os membros do colegiado podem *decidir diretamente o recurso* a partir de várias alegações de contrariedade, não há *decisão colegiada* sobre o significado do texto legal dito contrariado em face da decisão recorrida. Há, isto sim, uma ou outra decisão individual dos membros do colegiado. O colegiado e, portanto, a corte suprema simplesmente não decidem ou, ao menos, não finalizam a decisão que têm o dever de proferir para o desenvolvimento do direito.

A decisão em separado, portanto, é imprescindível no caso em que estão em jogo alegações de contrariedade a diversos textos normativos. Note-se, porém, que não há a mesma necessidade quando se considera o emprego de decisão de inconstitucionalidade, de interpretação conforme ou de declaração parcial de nulidade. Não há razão para se decidir em separado se é o caso de declaração de inconstitucionalidade e, apenas depois e também em separado, sobre a interpretação conforme ou a declaração parcial de nulidade. Nesses casos a tutela do direito constitucional não depende de decisão em separado.

De outra parte, a questão da maioria em relação aos fundamentos utilizados para se afirmar a contrariedade a um texto tem a ver com a necessidade de se ter um entendimento da corte a respeito do seu significado. Quando se pensa em fundamentos para a decisão do recurso, portanto, o problema não é mais relacionado nem ao fim do recurso nem à necessidade de reforma da decisão. Não basta saber se o direito foi contrariado e, assim, se o recurso deve ser provido. Importa identificar a voz da corte na decisão do recurso.

Quando se quer saber o entendimento da corte sobre o sentido do direito obviamente não basta perguntar se a lei ou a Constituição foi contrariada. É preciso olhar para a justificativa. Não é por outra razão que, numa corte de precedentes, há que se justificar fundamentos e não votos. A justificativa deve demonstrar a validade do fundamento determinante da decisão e, ao mesmo tempo e quando for o caso, trazer as razões dos fundamentos concorrente e dissidente<sup>44</sup>. Aliás, mais do que dar a cada fundamento uma justificativa, não convém permitir várias justificativas de um mesmo fundamento. Isso comumente ocorre

quando a justificativa é relacionada com os votos e não com o fundamento sustentado por um ou vários julgadores. Sucede que numa corte de precedentes não há razão para justificar o entendimento de cada um dos julgadores. A justificativa tem a ver com o entendimento da corte e, assim, com os fundamentos do colegiado. Porém, nem sempre será possível encontrar na justificativa dos fundamentos um entendimento que possa realmente ser dito da corte. Isso só ocorrerá quando um fundamento for compartilhado pela maioria. É quando há *ratio decidendi*.

Frise-se que não há necessidade de decidir os fundamentos em separado para identificar como a corte os pensa<sup>45</sup>. A partir da discussão dos fundamentos, decide-se sobre – por exemplo – a contrariedade à lei para se prover ou não o recurso. Se três julgadores afirmam contrariedade à lei, ainda que com base em dois fundamentos distintos, o recurso especial deve ser provido, embora não se forme *ratio decidendi*. Há um fundamento majoritário – sustentado por dois –, um fundamento concorrente – adotado por um –, e um fundamento dissidente – também sustentado por dois. É interessante notar que o fundamento majoritário empata com o fundamento dissidente. Não há fundamento que possa ser dito do colegiado. Assim, embora o recurso seja provido, não há *ratio decidendi*<sup>46</sup>.

## 2. Outras normas jurídicas delineadas pelo Judiciário que podem ser objeto de ação rescisória

Também podem ser violadas as súmulas vinculantes, além de outras súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – definidoras, respectivamente, de matéria infraconstitucional e de matéria constitucional (art. 927, II e IV, CPC). Recorde-se, porém, que a técnica das súmulas esteve, sem qualquer êxito, a serviço das cortes de correção. A súmula foi pensada para sedimentar, mediante um breve escrito, entendimento que, representando o conjunto de várias decisões num mesmo sentido, pudesse permitir o controle das decisões dos tribunais inferiores. Constituía, assim, um enunciado abstrato, completamente indiferente aos casos e às suas particularidades.

Ora, foi exatamente esta neutralidade ou abstração que impediu aos tribunais analisar a aplicabilidade das súmulas aos novos e diferentes casos concretos, tornando-as completamente destituídas de utilidade. É curioso, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 afirme, em seu art. 926, § 2º, que, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem *ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”. Isso nada mais é do que a admissão de que as súmulas só têm alguma importância quando identificadas as *rationes decidendi* dos precedentes que lhe deram origem. Por consequência, ainda que o legislador tenha insistido nas súmulas, é óbvio que os precedentes das cortes supremas vão ocupar o seu lugar. As súmulas poderão ter espaço, ainda que sem muita eficiência, nos tribunais.

Embora seja evidente a impossibilidade de resumir precedente de corte suprema a uma decisão firmada por ocasião de julgamento de recurso repetitivo, uma vez proferida a decisão sobre a questão de direito objeto do recurso repetitivo todos os juízes de primeiro grau, tribunais e órgãos fracionários da própria corte suprema não podem contrariá-la. A técnica do recurso repetitivo é voltada à solução de questão prejudicial ao julgamento de recursos pendentes. Os artigos 1.037, II, 1.039 e 1.040 do Código de Processo Civil, ao exigirem a suspensão dos processos e recursos, subordinando a sua solução à decisão proferida no recurso repetitivo, deixam clara a intenção do legislador<sup>47</sup>.

De acordo com o art. 1.040, uma vez publicada a decisão: i) será negado seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem – se o acórdão recorrido coincidir com a decisão da corte suprema; ii) o órgão que proferiu o acórdão recorrido reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado – se o acórdão recorrido divergir da decisão da corte suprema; e iii) os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pela corte suprema. De qualquer forma, qualquer decisão que negue a decisão firmada no recurso repetitivo, resolvendo a questão de direito de modo divergente, e transite em julgado em primeiro grau, no tribunal ou mesmo na corte suprema, está sujeita a ação rescisória com base em violação de norma jurídica.

Igualmente podem ser violadas as decisões proferidas em incidente de assunção de competência (art. 947, CPC). As decisões proferidas para solucionar “questão de direito com grande repercussão social” e “relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”, previstas no art. 947, *caput* e § 4º, do Código de Processo Civil, vinculam “todos os juízes e órgãos fracionários”, conforme dispõe o § 3º do mesmo art. 947. Se juiz ou órgão fracionário contraria decisão do seu tribunal que resolveu qualquer dessas questões – quando obviamente a decisão proferida no incidente de assunção não foi superada por precedente firmado por corte suprema –, há violação de norma jurídica.

Entretanto, é importante perceber desde logo que a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas não é uma mera decisão com eficácia obrigatória. O incidente de resolução decide questão de direito que é prejudicial ao julgamento de demandas que se repetem. Portanto, o incidente julga questão que afeta diretamente a tutela do direito de várias pessoas, ou melhor, dos diversos litigantes das demandas repetitivas. Esses sujeitos obviamente têm o direito de discuti-la. A exclusão dos litigantes da discussão da questão de direito, sem que ao menos o “representante adequado” participe do incidente de resolução, configura inquestionável violação do *due process*. Significa que o procedimento do incidente de resolução tem que necessariamente contar com a participação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos, descritos na Lei da Ação Civil Pública e no CDC. Nessas condições, corrigido o déficit de constitucionalidade do incidente, a sua decisão produz coisa julgada *erga omnes*<sup>48</sup>. Isso quer dizer que, quando uma decisão julga demanda repetitiva e nega a decisão sobre a questão prejudicial proferida no incidente de resolução, há ofensa à coisa julgada *erga omnes* que recaiu sobre a questão. A ação rescisória, assim, deve ser proposta com base no inciso IV do art. 966; não com fundamento em “violação de norma jurídica” (art. 966, V, CPC).

Outra decisão que não pode ser contrariada – enquanto não superada por precedente do Supremo Tribunal Federal – é a decisão proferida

no incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 948 e ss, CPC). Nos termos do parágrafo único do art. 949, os órgãos fracionários ficam obrigados perante a decisão do seu tribunal proferida em incidente de inconstitucionalidade. Todos os órgãos fracionários, e não apenas aquele que submeteu a questão para decisão em incidente, ficam obrigados ou vinculados perante a decisão do plenário ou do órgão especial. E isso não apenas quando a declaração é de inconstitucionalidade, mas também quando a decisão é de constitucionalidade. A eficácia obrigatória da decisão é consequência da regra do art. 97 da Constituição Federal, que estabelece que a lei só pode ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial.

Significa que, quando uma decisão nega outra proferida em incidente de inconstitucionalidade, não importa se afirmando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, há violação de norma jurídica. De modo que é cabível, também nesses casos, a ação rescisória.

### **3. A importância dos §§ 5º e 6º do art. 966 para a confirmação do significado de “violação de norma jurídica”**

Lembre-se que os §§ 5º e 6º do art. 966 foram inseridos no Código de Processo Civil de 2015 quase um ano depois da sua publicação. Esses parágrafos de forma clara enfatizam a possibilidade de ação rescisória em caso de decisão que se pauta equivocadamente em súmula ou precedente.

O § 5º afirma expressamente que cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 966, contra decisão que, baseada em súmula ou precedente, não fez a distinção da questão discutida no processo, ou seja, não percebeu tratar-se de outra questão ou caso. Em outras palavras, o § 5º quer dizer, a princípio, que a decisão que julgou questão ou caso com base em súmula ou precedente manifestamente inaplicáveis pode ser objeto de ação rescisória.

Como está claro, o § 5º entende que há violação a norma jurídica quando a decisão julgou caso que não poderia ser regulado pelo precedente ou súmula. A violação da norma jurídica, portanto, constitui violação de norma delineada pelo Judiciário – cuja eficácia é obrigatória.

O § 6º frisa que a ação rescisória pode ser utilizada diante de decisão que viola norma jurídica produzida pelo Judiciário. Adverte que a petição inicial da ação rescisória, quando baseada no § 5º, deve evidenciar que a decisão rescindenda julgou caso que não podia ser regulado pela norma editada pelo Judiciário, vale dizer, julgou caso que, além de particularizado por hipótese fática distinta ou marcado por outra questão jurídica, por conta disso impunha solução diversa.

Os dois novos parágrafos inseridos no art. 966 são nítidas demonstrações de que não é possível ler “violação de norma jurídica” como se lia “violação de disposição de lei”, à luz do código de 1973. Há nesses parágrafos confirmação de que é possível violar norma jurídica delineada pelo Judiciário.

#### **4. Decisão que se pautou equivocadamente (sem fazer distinção) em precedente de corte suprema, decisão proferida em recurso repetitivo, súmula e decisão de tribunal sobre questão**

##### **4.1 Significado da não consideração da “existência de distinção”**

O § 5º do art. 966 afirma que pode ser rescindida a decisão “que não tenha considerado a existência de distinção” entre o caso julgado e o “padrão decisório” que foi utilizado para decidi-lo. Por “padrão decisório” entende-se a *ratio decidendi* – no caso de precedente corte suprema –, a decisão da questão de direito objeto do recurso repetitivo, as *rationes decidendi* ou fundamentos determinantes das decisões que deram origem à súmula, a decisão da questão de direito objeto do incidente de assunção de competência e a decisão do incidente de inconstitucionalidade.

O precedente, a súmula e a decisão de uma questão de direito são sempre “interpretados”. Afinal, é preciso analisar se devem ou não regular o caso sob julgamento. Além disso, é preciso saber se o caso a ser julgado amolda-se a eles. Isso significa que o juiz nunca aplica irracionalmente um precedente, decisão de questão ou súmula. A adoção de qualquer um

destes sempre depende de uma análise racional e justificada, intimamente ligada às particularidades do caso sob solução. Lembre-se, por oportuno, que o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil afirma que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] v – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; vi – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Quando a decisão julga o caso e aplica precedente, súmula ou decisão que não podem regulá-lo há exatamente o que se chama de “falta de percepção da distinção do caso sob julgamento”. Quando isso ocorre, a norma ou a solução jurídica são aplicadas equivocadamente, de modo que se pode afirmar que há violação de norma jurídica para efeito de ação rescisória.

O § 5º alude a decisão que “não tenha considerado a existência de distinção”. Porém, é certo que a rescindibilidade também se apresenta viável quando se entende, de modo manifestamente equivocado, que o caso deveria ser regulado pelo precedente, decisão ou súmula. Toda vez em que a decisão aplica precedente, súmula ou decisão de questão que *manifestamente* não podia regular o caso, aplica-se o inciso V do art. 966, uma vez que a decisão “violou *manifestamente* norma jurídica”.

Note-se que até aqui se tratou de duas hipóteses de *equivocada aplicação* de precedente, decisão ou súmula – uma em que não é considerada a existência de distinção e outra em que se supõe equivocadamente que o caso é similar ou igual. Contudo, é ainda cabível perguntar se é possível falar em violação de norma jurídica quando a decisão *deixa de aplicar precedente*, decisão ou súmula.

Sem dúvida, sim. Quando, por exemplo, a decisão deixa de aplicar decisão proferida em recurso repetitivo, há violação de norma jurídica. É fácil chegar a essa conclusão quando se está diante da mesma questão de direito. Porém, no caso em que, também por exemplo, argumenta-se que não se aplicou *ratio decidendi* ou precedente firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de embargos

de divergência, a rescindibilidade da decisão dependerá desta não ter aplicado precedente que *clara e indiscutivelmente aplicava-se* ao caso. Note-se, desde logo, que a margem de aplicação de um precedente é muito maior do que a de uma decisão a respeito de questão de direito.

É interessante perceber que este problema permite voltar à ideia de zonas de luz e de penumbra, embora aqui com outra finalidade. Determinadas *rationes decidendi* são absolutamente claras no sentido de que regulam determinados casos. Outras, no entanto, podem deixar dúvida sobre a sua aplicabilidade a certas situações.

Seria possível dizer que a dúvida está relacionada à múltipla variação dos casos e não ao texto do precedente, de modo que o problema não teria relação com a sua clareza. Sucede que um texto só se torna obscuro quando confrontado com a realidade ou com os novos casos que surgem.

Quando a decisão justifica a não aplicabilidade do precedente, somente quando há manifesto equívoco, capaz de ser identificado em vista da evidente e indiscutível aplicabilidade do precedente, torna-se possível admitir a rescindibilidade da decisão. De forma que a rescindibilidade de decisão que deixou de aplicar precedente caberá, a princípio, quando a decisão nada disser a seu respeito, ignorando-o. Todavia, mesmo nessa hipótese, a rescisão ficará na dependência de a aplicação do precedente ser necessária, além de obviamente poder inverter o resultado da decisão tomada.

É certo que não se pode pensar, para efeito de ação rescisória, em aplicação equivocada de precedente – ou mesmo de súmula ou de decisão de questão – quando se está diante do próprio órgão judicial que o criou. Tal forma de pensar é incabível quando se considera o órgão competente para rever o precedente, a súmula ou a decisão em recurso repetitivo ou o órgão do tribunal que pode rever a decisão proferida no incidente de assunção de competência ou no incidente de inconstitucionalidade. Ou melhor, obviamente não há como supor violação de precedente, súmula ou decisão quando a corte suprema e o tribunal

A adoção de um precedente sempre depende de uma análise racional e justificada, intimamente ligada às particularidades do caso sob solução

estão *em momento e em lugar* adequados para poder afastá-los – ainda que não definitivamente.

#### 4.2 O problema em face de precedente de corte suprema

Um precedente de corte suprema pode ter a sua aplicação estendida ou restringida, conforme os novos casos. A corte, ao instituir um precedente e não obstante a necessidade deste dever ser moldado de modo a abarcar todas as situações que racionalmente exijam o mesmo tratamento<sup>49</sup>, pode deixar de considerar alguma circunstância ou situação envolvida com o caso resolvido ou com o próprio entendimento jurídico firmado. Ademais, em virtude de os casos variarem naturalmente, conforme as particularidades que lhe dão configuração, é sempre possível o surgimento de novas situações, não tratadas no precedente.

Entretanto, isso não quer dizer que o precedente apenas pode ter a sua aplicação estendida. A não percepção de determinada circunstância, assim como um caso posterior, pode evidenciar que o precedente, elaborado de modo amplo para abrigar várias situações, não pode regular uma situação específica que estaria, a princípio, sob o seu guarda-chuva. Nesse caso o precedente obviamente deve ter a sua aplicação restringida.

Não há dúvida de que a extensão ou a limitação do alcance dos precedentes constitui forma de relacioná-los com novos casos. Dessa forma, desenvolve-se o significado do precedente, que passa a adaptar-se, sem rupturas, às situações que surgem à medida que o tempo passa<sup>50</sup>. Na verdade, um precedente deve ser aplicado até os seus limites. É esta potencialidade, inerente ao precedente, que torna possível a sua adoção para a solução de casos particularizados por outras circunstâncias ou aspectos inicialmente não tratados. Por idênticos motivos, se a finalidade do precedente deixa de estar presente diante de nova situação, não há como aplicá-lo.

O sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que não foram anteriormente tratadas, sem que seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem. Assim, a distinção para aplicar ou

deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito<sup>51</sup>.

Diante disso, a questão que realmente interessa à ação rescisória é a de que a ampliação ou a restrição de um precedente só tem racionalidade quando compatível com as suas próprias razões. O problema, mais uma vez, é o de que a necessidade de extensão ou restrição do precedente nem sempre é clara ou isenta de dúvida. Aliás, pode haver dúvida mesmo quando o precedente não está diante de situação diversa da inicialmente contemplada. Há hipóteses em que a dúvida está centrada apenas em saber se o caso está sujeito ao precedente. Não se parte da premissa de que há caso distinto e, então, pergunta-se se cabe a extensão ou a restrição do precedente. Indaga-se de maneira direta se o caso está efetivamente sujeito ao precedente.

Ora bem, como não se pode rescindir decisão que não viola *manifestamente* norma jurídica, a solução para a conclusão pela rescindibilidade está na determinação das zonas em que a aplicabilidade de um precedente é “certa” e “não certa”. É sempre possível identificar, em face de um precedente, uma zona de certeza positiva – em que o precedente certamente deve ser aplicado –, e uma zona de certeza negativa, em que o precedente não pode ser aplicado. Entre essas duas zonas há uma zona de incerteza ou de penumbra. É certo que, quando se está diante de aplicação extensiva ou restritiva do precedente, a zona de penumbra é mais extensa. Nessa zona intermediária há dúvida e, portanto, decisão que não pode violar *manifestamente* a norma jurídica. A decisão que estiver fora da zona de penumbra, no entanto, terá deixado de aplicar precedente ou terá resolvido o caso com base em precedente inaplicável. É quando, em virtude de ter a decisão violado *manifestamente* norma jurídica, caberá ação rescisória baseada no inciso V do art. 966 do Código de Processo Civil.

### 4.3 A decisão diante de súmula

Com as súmulas passa-se o mesmo, uma vez que a sua correta aplicação só pode ser determinada com base nos precedentes que lhe dão origem. Nessa perspectiva, atualmente positivada no § 2º do art. 926 do Código de Processo Civil, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso é necessário verificar os fundamentos determinantes das decisões

que estão na sua base. Sem a busca da história das súmulas jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que a súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (distinção) para permitir a solução do caso sob julgamento.

Nessa dimensão, é oportuno lembrar, por exemplo, como a Súmula 691 já foi aplicada no Supremo Tribunal Federal. Essa súmula afirma que não compete “ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”. Porém, no HC 85.185-1<sup>52</sup> decidiu-se que a Súmula 691 não se opõe ao conhecimento de *habeas corpus* quando há *flagrante constrangimento ilegal*. Entendeu-se que, num caso como esse, é de se conhecer do pedido de *habeas corpus* em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A Súmula 691 foi mantida porque, como consta das decisões que lhe deram origem, há de se negar, como princípio, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão de ministro que, em sede liminar, indefere *habeas corpus*. Mas, segundo o Supremo Tribunal Federal, o direito fundamental à tutela jurisdicional, diante da situação de flagrante ilegalidade, justifica o conhecimento do *habeas corpus* e, portanto, a não aplicação da súmula. Significa que a existência de “*flagrante constrangimento ilegal*” sustentou, a partir de um fundamento de natureza constitucional, uma *distinção*, limitando-se o alcance da súmula, que, dessa forma, continuou em vigor, porém passou a abarcar menor número de casos – exatamente aqueles em que não há flagrante ilegalidade.

A consideração dos precedentes que deram origem à súmula é imprescindível para se desvendar a sua finalidade e, assim, a racionalidade da sua limitação ou, quando for o caso, extensão. De qualquer forma, não se pode pensar em aplicação equivocada de súmula, para efeito de ação rescisória, por parte do órgão judicial que tem poder para afastá-la. Entretanto, quando não há espaço para discricionariedade e uma súmula é aplicada ou não aplicada de forma *manifestamente* equivocada, ou seja, fora da zona intermédia entre as zonas de certeza positiva – em que a súmula deve ser aplicada – e negativa – em que não deve ser aplicada –, há violação de norma jurídica. Advirta-se que – também aqui – a zona de

penumbra é mais ampla quando se está diante de aplicação extensiva ou restritiva de súmula do que de simples aplicação de súmula.

#### 4.4 A distinção em face da decisão de questão

A decisão de questão tem importante particularidade diante da *ratio decidendi* ou do precedente quando se pensa em distinção e, especialmente, em distinção equivocada, capaz de dar origem a ação rescisória. É muito mais fácil identificar um caso que deve ser solucionado mediante o emprego de uma decisão de questão do que um caso ao qual se aplica um precedente.

O art. 1.037, § 9º, do Código de Processo Civil alude expressamente a distinção. Adverte para a distinção que pode ser feita para diferenciar a questão de direito presente em determinado processo em face daquela a ser resolvida no recurso repetitivo: “Demonstrando distinção entre a *questão a ser decidida no processo* e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”.

Note-se que, em caso de recurso repetitivo – e também na hipótese de incidente de assunção de competência –, importa saber se a *questão de direito* é a mesma. A *questão de direito* tem que ser *igual, idêntica*. Não se pensa, ao contrário do que ocorre em hipótese de *ratio decidendi*, em *caso semelhante* que deve ser resolvido pela mesma *ratio*. Portanto, existem dois pontos particulares quando se tem em conta *decisão de questão*: em primeiro lugar não importa identificar *caso*, mas *questão*. Em segundo lugar não se pergunta sobre algo que pode ser *semelhante*, mas sobre algo que é *igual ou idêntico*. A consequência óbvia é a de que, quando uma decisão deixa de aplicar ou aplica a decisão proferida num recurso repetitivo – ou num incidente de assunção de competência –, é muito mais simples identificar se houve um equívoco manifesto ou violação manifesta de norma jurídica.

Em alguns casos, pode-se deliberadamente deixar de aplicar a decisão da questão de direito. Em outros, a decisão pode não ser aplicada mediante o argumento de que a questão sob julgamento é distinta e, ainda em outros, pode se aplicar a decisão da questão para resolver questão diferente.

Se no primeiro caso a violação manifesta de norma jurídica está à primeira vista, não se pode pensar que nos outros dois não pode haver *manifesta* violação. Nessas duas últimas hipóteses não apenas pode existir violação manifesta de norma jurídica, como a sua aferição *é muito mais fácil e simples* do que nos casos em que há aplicação de *ratio decidendi*.

Quando não se aplicou a decisão mediante o argumento de que a questão era distinta, basta ver se a questão era igual. Porém, tendo sido utilizada a decisão para a solução de questão diferente, haverá violação manifesta quando a questão for solucionada mediante a mera aplicação da decisão, sem que a fundamentação tenha feito qualquer ligação entre a decisão da questão e a questão resolvida. Como é óbvio, quando a decisão da questão for utilizada como argumento para a decisão da questão diferente, não há que falar em violação de norma jurídica. Há violação manifesta quando a decisão da questão é aplicada, sem reflexão, para a solução de uma questão diferente.

No caso de decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade tudo é ainda mais fácil. Aí basta identificar se a lei é a mesma. Frise-se que, quando se pensa em decisão de questão de direito e em decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade, não importa a *ratio decidendi*. Isso não quer dizer que em tais decisões não pode haver *ratio decidendi*. Quer significar, isto sim, que nessas hipóteses o que obriga é a *decisão* da questão e não a *ratio decidendi* ou o precedente.

## **5. A petição inicial da ação rescisória fundada em manifesto equívoco na aplicação de precedente, súmula ou decisão**

De acordo com o § 6º do art. 966, “quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.

O autor, mediante a petição inicial, deve demonstrar que o caso ou a questão de direito não poderia, ou deveria, ter sido resolvido mediante

a aplicação do precedente, da súmula ou da decisão. Isso é, substancialmente, o que importa constar da petição inicial. Para tanto, o autor pode ter que evidenciar que o caso, resolvido mediante a aplicação do precedente ou da súmula, é “*particularizado por hipótese fática distinta*”, diferenciando-se e, por isso, não podendo ser regulado pelo precedente ou pela súmula. Mas o autor também pode pretender demonstrar que o caso, não obstante conter hipótese fática distinta, deveria ter sido resolvido pelo precedente ou pela súmula<sup>53</sup>. Isso ocorre quando a hipótese fática do caso está inserta na categoria pertencente ao fato considerado no precedente ou aos fatos dos precedentes que deram origem à súmula<sup>54</sup>.

Só cabe rescisão quando a decisão, em um ou outro caso, negou o significado ou a intenção do precedente ou da súmula. Assim, o autor terá que demonstrar que os fatos do caso, à luz da *ratio* do precedente ou das *rationes* dos precedentes, *não permitiam* a aplicação do precedente ou da súmula, ou, na hipótese inversa, *exigiam-na*. Não há como deixar de lembrar que a violação ao precedente ou à súmula deve ser manifesta. A aplicabilidade ou não do precedente ou da súmula, diante dos fatos do caso, deve ser clara, isenta de dúvida.

O § 6º fala ainda em demonstração “de questão jurídica não examinada”. Se a decisão aplicou precedente – ou súmula – supondo que ele tratou de determinada questão jurídica, quando em verdade ele dela não tratou, é certo que o precedente não poderia ter sido aplicado. Contudo, esta parte do § 6º faz mais sentido quando relacionada à decisão que aplicou decisão de questão de direito que não dizia respeito à questão solucionada.

## 6. Violação de norma jurídica “dotada de aceitabilidade”

A norma jurídica que pode ser manifestamente violada não é apenas aquela elaborada pelo Judiciário. Também é possível violar norma jurídica que não foi delineada por corte suprema, que não está presente em decisão com eficácia obrigatória de tribunal e que poucas vezes teve que ser afirmada pelos juízes.

Se os textos legais em regra estão numa zona de incerteza ou de penumbra e, por isso, frequentemente abrem oportunidade para vários

resultados-interpretação ou normas jurídicas que, posteriormente, têm que passar pelo crivo das cortes supremas para a definição do sentido do direito, certamente há textos legais que dificilmente dão lugar à dúvida àqueles que com eles se deparam.

É claro que qualquer texto, por mais claro que seja, sempre tem a possibilidade de ser confrontado com particularidades concretas capazes de torná-lo obscuro e de interpretação complexa ou duvidosa. Porém, também é certo que existem interpretações que derivam clara e logicamente do texto, independentemente da necessidade de valoração de elementos que podem ser postos em dúvida. Assim, por exemplo, quem olha para o art. 1.003 do Código de Processo Civil não fica em dúvida em afirmar que o prazo para a interposição do recurso de apelação é de quinze dias. Isso não quer dizer que, dessa forma, está a se aceitar a ideia de que determinados textos têm valor em si ou independem de normas jurídicas, deles extraídas pelo intérprete. Ainda que um texto não comporte dúvida interpretativa, ele sempre oportuniza interpretação, já que o texto, enquanto enunciado das fontes, nunca se confunde com o discurso daquele que o analisa. O texto legal adquire outro valor, ou seja, valor de norma jurídica, quando pronunciado pelo intérprete.

Lembre-se que o argumento do “*open texture*” dos textos legislativos, desenvolvido por Hart<sup>55</sup>, de que decorrem as ideias de zona de luz e de zona de penumbra, permitiu-lhe a conclusão de que o enunciado que está na zona de luz, ao contrário daquele que está na zona de penumbra, constitui uma norma que é pré-definida, que, assim, pode ser simplesmente descrita. O propósito de tal argumento foi o de demonstrar a validade da teoria normativista. Entretanto, aqui não interessa distinguir zona de luz e zona de penumbra para afirmar a existência de uma norma que antecede a interpretação. Na verdade, aqui não se aceita a ideia de que a norma é pré-definida.

Não é preciso negar que ter em conta um texto legal implica necessariamente atribuir-lhe significado, pouco importando a sua suposta clareza ou dubiedade, para admitir que determinados textos resultam em normas sobre as quais não paira discussão no comum dos casos<sup>56</sup>. Frise-se que não se está a admitir norma engastada no texto, mas se está a falar de aceitação da interpretação ou da norma que deriva do texto

pelos pessoas que cotidianamente estão com ele envolvidas. Trata-se, em outras palavras, do que se pode denominar de uma norma “*dotada de aceitabilidade*” ou de uma “situação de consenso” a seu respeito.

É necessário admitir a rescindibilidade de decisão que nega interpretação ou norma jurídica racionalmente “*aceita*” por aqueles que estão envolvidos com o texto legal ou sobre a qual há consenso. Nessas situações, em que a norma jurídica é “*dotada de aceitabilidade*”, certamente cabe a rescindibilidade da decisão com base em “violação manifesta a norma jurídica”, nos termos do inciso V do art. 966. Perceba-se que isso não redundaria na admissão de violação de disposição de lei, como se a norma nela estivesse encartada. A violação é de norma jurídica que, a despeito de não afirmada por corte suprema ou por decisão investida de particular autoridade, é “*dotada de aceitabilidade*”.

## Notas

1. Luiz Guilherme Marinoni. Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law.
2. “Secondo la teoria che converremo di chiamare ‘cognitivistica’ – ma talora della ‘formalistica’ – la quale risale alle dottrine giuridiche dell’illuminismo, l’interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 409).
3. Riccardo Guastini, A interpretação: objetos, conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 139 e ss.
4. Jerzy Wróblewski, Functions of law and legal certainty, *Anuario de Filosofia del Derecho*, XVII, 1973-1974, p. 322 e ss.
5. A ideia está traduzida no parecer elaborado pelo Tribunal de Apelação Rouen, logo após a apresentação do projeto de código. Nesse documento, os juizes são chamados de flagelos destruidores da lei, que primeiro a debilitam, depois a minam pouco a pouco e finalmente usurpam os direitos: “Ces fléaux destructeurs de la loi, qui l’af faiblissent d’ahord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne réparaitront que trop tôt. Malheur au temps où, comme par le passé, on cherchera moins ce que dit la loi que ce qu’on lui fait dire l’où l’opinion d’un homme, que le temps seul aura accrédi tée, balancera l’aulorité de la loi! où une erreur hasardée par l’un , et successivement adoptée par les autres , devien dra la vérité! où une suite de préjugés recueillis par des compilateurs aveugles ou serviles,

- violentera la conscience du juge , et étouffera la voix du législateur!” (Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome Cinquième, Paris: Videcoq, 1836, p. 456).
6. O respeito à vontade histórica do legislador está em Montesquieu. Em sua obra, como forma de impedir os desmandos de uma magistratura corrompida e fortemente ligada ao Antigo Regime, Montesquieu busca o direito em fatores puramente objetivos, nos quais o espaço de atuação dos juízes fica propositalmente reduzido. Ver Norberto Bobbio, *Lições de Filosofia do Direito*, trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues, São Paulo: Icone, 1995, p. 95 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26 e ss; Chaim Perelman, *Lógica jurídica: nova retórica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 32.
  7. No célebre discurso proferido na apresentação do projeto de Código ao Conselho de Estado, Portalis afirmou expressamente a impossibilidade de se prever em um texto legal todas as hipóteses que seriam levadas a juízo: “Tout simplifier est une opération sui laquelle on a besoin de s’entendre. Tout prévoir est un but qu’il est impossible d’atteindre. Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient- la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d’industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d’une société pauvre ou plus réduite” (Jean-Étienne-Marie Portalis, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la comissão du gouvernement, In: Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome Premier, Paris: Videcoq, 1836, p. 467).
  8. Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 410; Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione: Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma: Laterza, 1999, p. 321 e ss.
  9. “A função das cortes de cassação de *civil law* foram definidas, como não poderia deixar de ser, a partir de valores e pressupostos teóricos de um determinado momento histórico. A formação positivista e cognitivista de Calamandrei [autor da mais célebre obra sobre a corte de cassação produzida no século XX] tem íntima ligação com a ideia de ‘uniformidade’ como meio de controle da ‘exata interpretação da lei’. Ocorre que o pressuposto teórico que determinou a ideia de que a corte suprema se destina a controlar a ‘exata interpretação da lei’ foi completamente desgastado com o passar do tempo. Tal pressuposto está assentado na teoria formalista ou cognitiva da interpretação, que, por sua vez, é informada pelos valores do Estado legislativo” (Luiz Guilherme Marinoni, El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law*: la contribución de Taruffo, Conferência proferida na Universidade de Girona, Espanha, por ocasião do Congresso em Homenagem a Michele Taruffo).
  10. Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 415 e ss.
  11. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 2001, p. 62-5.

12. Note-se que, na linha da teoria de Wróblewski, a interpretação que exige a consideração do significado da Constituição requer, mais do que em outro lugar, que o intérprete opte entre uma ideologia da interpretação jurídica que pode ser definida como estática e outra ligada à adaptação do direito às necessidades presentes e futuras da sociedade. A adoção de uma ou outra postura tem relação de causa e efeito com a eleição das diretivas de primeiro grau – linguísticas, sistêmicas e funcionais – e com a utilização das diretivas de segundo grau – procedimentais e de preferência –, voltadas a definir o modo de aplicação e a prevalência das diretivas de primeiro grau. É claro que o intérprete que adere à ideologia estática da interpretação dá ênfase às diretivas linguísticas e sistêmicas em detrimento das funcionais e, quando aplica uma diretiva funcional, apega-se à vontade do “legislador histórico”. Por outro lado, se o intérprete é adepto da ideologia da interpretação que procura adaptar o texto à realidade social que lhe é contemporânea, prefere as diretivas funcionais em relação às linguísticas e sistêmicas, e, quando aplica as funcionais, elege a diretiva que frisa a vontade ou as valorações do intérprete. *Há aí nítido e claro emprego de juízo de valor para a eleição das diretivas de interpretação, tanto de primeiro quanto de segundo grau.* Ademais, quando o intérprete elege diretiva funcional que reclama a sua “vontade”, lhe é aberta a possibilidade de valorar os elementos da vida em sociedade em várias perspectivas – moral, política, econômica etc. –, tendo as suas escolhas, mais uma vez, natureza que confere à interpretação-resultado um conteúdo que, além de obviamente não declarado, não é descoberto ou meramente extraído do direito (Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 72-8).
13. Riccardo Guastini, *Disposizione vs. norma*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 3-14; Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*, Lima: Palestra, 2011, p. 14 e ss.
14. A Súmula 343-STF diz que não cabe “ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.
15. Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*. Lima: Palestra, 2011. p. 8.
16. Montesano concluiu dizendo que o sistema que procurou delinear significa, em termos práticos, que a corte, quando nega a inconstitucionalidade, porém ao mesmo tempo revisa a fórmula legislativa em busca de aplicações contrárias à Constituição, não pode obrigar o legislador a melhorar esta fórmula, nem tampouco obrigar os juízes a se absterem destas aplicações, mas deve considerar-se impotente para defender a Constituição deste perigo ou eliminá-lo de vez, declarando inconstitucional a lei equivocadamente formulada (Luigi Montesano, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale. Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 539). Um ano antes da publicação do artigo de Montesano, Tullio Ascarelli publicou trabalho – que contribuiu para o desenvolvimento teórico da dissociação entre disposição e norma – em sentido diametralmente oposto: “Quando analisa a constitucionalidade de uma lei, o juiz constitucional se depara sempre com um texto que

- deve interpretar e que é equívoco. A univocidade pode ser apenas das aplicações concretizadas e não pode referir-se ao texto em função do qual se quer estabelecer a norma objeto da análise. Qualquer texto pode dar lugar a interpretações divergentes e, portanto, à formulação de normas distintas. Uma dessas poderá ser inconstitucional, diversamente de outras” (Tullio Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*. *Rivista de diritto processuale*, 1957, p. 356-7).
17. Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*. *Disposición. vs norma*. Lima: Palestra, 2011. p. 8-9.
  18. Vezio Crisafulli, *Disposizione (e norma)*. *Enciclopedia del diritto*, 1964.
  19. Pierluigi Chiassoni, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*. *Disposición. vs norma*, cit., p. 12-3.
  20. O ponto remonta a Giovanni Tarello: “Sovente si dice e si scrive, impropriamente, che l’interprete ‘scopre’ il significato delle ‘norme’. In realtà né l’interprete ‘scopre’, né la sua attività ha per oggetto delle ‘norme’. Vediamo di chiarire, incominciando con ciò che si cela sotto il verbo ‘scoprire’ e passando poi ao sostantivo ‘norma’. (...) È chiaro perciò che il vocabolo ‘scoprire’, così come è usato nell’espressione ‘l’interprete scopre il significato di una norma’, è del tutto improprio, ed anzi è dannoso alla chiarezza, perchè occulta – riassumendole in una sola parola – tre attività diverse che possono essere presenti tutte, o possono non essere tutte presenti, nell’attività dell’interpretazione. Dobbiamo perciò correggere l’espressione corrente riformulandola così: ‘l’interprete rileva, o decide, o propone il significato di una norma, ovvero compie più d’una di queste attività’. Ma questa correzione non basta. Infatti anche il vocabolo ‘norma’ è ingannevole. L’interprete rileva, o decide, o propone il significato da attribuire a un documento, costituito da uno o più enunciati, di cui il significato non è affatto precostituito all’attività dell’interprete, ma ne è anzi il risultato; prima dell’attività dell’interprete, del documento oggetto dell’interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano: ‘norma’ significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d’azione. L’espressione corrente deve perciò essere corretta, perché non sia ambigua, così: ‘l’interprete rileva, o decide, o propone il significato di uno o più enunciati precettivi, rilevando, o decidendo, o proponendo che il diritto ha incluso, o include, o includerà una norma’” (Giovanni Tarello, *L’interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 61, 63-4).
  21. V. Mario Jori e Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 205 e ss; Enrico Dicitoli, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli, 1999. p. 200 e ss; Rodolfo Sacco, *Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell’interprete*. *Diritto, giustizia e interpretazione*. Roma/Bari: Laterza, 1998. p. 111 e ss.
  22. Riccardo Guastini, *Se i giudici creino diritto. Istituzioni e dinamiche del diritto*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 395.
  23. De acordo com Guastini, “l’operazione intellettuale che conduce dall’enunciato al significato – o, se si preferisce, l’operazione di identificazione del significato – altro

non è che l'interpretazione. La *disposizione* è dunque l'oggetto dell'interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*. O, detto altrimenti, 'la disposizione è fonte della norma attraverso l'interpretazione' (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 63-4).

24. A ideia de zona de penumbra é ligada à teoria de Hart (Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (02/1958), p. 593-629 e *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993). Segundo Hart, em virtude da textura aberta dos textos legais, neles há sempre um núcleo iluminado ou uma zona de luz circundado por uma zona de penumbra. Nas palavras do autor, "There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case" (Positivism and Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (02/1958), p. 607). Somente os enunciados que estão na zona de penumbra reclamam valoração e decisão ou opção, ou melhor, uma atividade discricionária do intérprete. Aqueles que estão na zona de luz, ao contrário, são normas pré-definidas, que podem ser simplesmente descritas. Desse modo de ver as coisas deriva a divisão dos casos em fáceis e difíceis. Os casos fáceis são aqueles que se acomodam à zona de luz, que são resolvidos a partir de enunciados claros e que, por isso, não exigem opção – não ensejam mais de uma interpretação. Os difíceis são aqueles em que a aplicação do texto legal é controvertida, que estão situados na zona de penumbra. São os que abrem oportunidade a várias interpretações, requerendo valoração e decisão (ou opção). O interessante é que a ideia de penumbra, na tese de Hart, tem como objetivo demonstrar a validade da teoria normativista. A objeção dos céticos, de que as normas legais nada mais são do que fórmulas de sentido vago e indeterminado e, assim, vazias e destituídas de significado enquanto possível objeto do conhecimento científico, é confrontada por Hart exatamente mediante o argumento de que as normas são dotadas de textura aberta e, assim, contam com uma zona de penumbra e uma zona de luz – em que a interpretação é uma descrição, a dar vigor a uma ciência de normas. Cf. Riccardo Guastini, "Trama aberta" – Ciência Jurídica, *Interpretação. Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 145. V. Herbert L. Hart, *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993; Jerzy Wróblewski, Transparency and doubt. Understanding and interpretation in pragmatics and in Law. *Law and Philosophy*, 1988, p. 322 e ss; Genaro Carriò, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.
25. "... la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicemente la disposizione *interpretata* e pertanto riformulata, o, da un altro punto di vista, un enunciato (interpretante) di cui l'interprete assume la sinonímia con l'enunciato interpretato (la disposizione)" (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65).
26. "...molte disposizioni – quase tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplici-

- cità di norme congiunte. Ad un'única disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65-6).
27. Publicada nos anos sessenta do século passado, a súmula sustenta-se no julgamento do recurso extraordinário 50.046. No caso, a Cooperativa Central dos Produtores de Leite, ré na ação rescisória, alegou que não teria havido violação à literalidade do art. 76 da Lei de Falências pelo fato de a decisão rescindenda ter adotado uma das interpretações possíveis acerca do dispositivo. Em seu voto, o ministro Victor Nunes Leal afirmou que a adoção de uma das interpretações admitidas pela doutrina e pelos tribunais não poderia configurar ofensa à literalidade do dispositivo (Leandro Rutano, *Ação Rescisória por violação à norma jurídica*, Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Paraná (UFPR). 2016).
  28. A obra de Calamandrei (*La cassazione civile*, 1920) tem uma dimensão que desborda os limites usuais dos trabalhos doutrinários, constituindo a elaboração de um modelo teórico que não só veio a ser recepcionado – ainda que em parte – pela legislação italiana, mas também uma premissa ou fundamento para quase todos os trabalhos que têm sido escritos sobre o tema.
  29. Resta evidente, mesmo na investigação de caráter histórico-dogmático realizada por Calamandrei, grande preocupação em evidenciar a necessidade de a corte de cassação realizar função de unificação da interpretação da lei. Porém, Calamandrei deixou absolutamente claro que *a tutela da lei e a garantia de uniformidade são faces de uma mesma moeda e, assim, que as decisões da Cassação, quando definem a interpretação, fixam o exato e único sentido da lei*. Não foi por outro motivo que a sua obra deixou imortalizada a célebre ideia de que a função da corte de cassação é definir o “sentido *exato* da lei”.
  30. V. Piero Calamandrei, La genesi logica della sentenza civile, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1965, v. 1
  31. A expressão é de Calamandrei.
  32. Gaetano Silvestri, Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei, *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.
  33. Cf. Gaetano Silvestri, Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei. *Le Corti Supreme*, cit., p. 45.
  34. Michele Taruffo, Precedente e giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 718; Michele Taruffo, Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
  35. Só há lógica em dar a “última palavra” quando essa é a “última” para todos os casos similares que estão para aflorar. O contrário seria supor que uma Corte tem posição de vértice e dá a última palavra por acaso. Ou ainda que cabe à Corte Suprema dar a última palavra apenas no caso concreto, quando a sua tarefa, então, seria a de um mero tribunal de revisão, algo incompatível com a função de colaboração para o desenvolvimento do direito. Portanto, não é o caso de simplesmente dizer que os tribunais inferiores estão submetidos às Cortes Supremas, mas de perceber que os

- tribunais inferiores devem respeito ao direito delineado pela Cortes que, no sistema judicial, exercem função de vértice. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Parte II, Capítulo 4, item 4.4.
36. O Estado constitucional tem dever de tutelar a segurança jurídica, garantindo a estabilidade do direito e a sua previsibilidade. Num Estado constitucional, além da estabilidade da ordem jurídica, espera-se univocidade da qualificação das situações jurídicas, sem a qual não há previsibilidade em relação às consequências jurídicas das condutas, algo que é indispensável para que o cidadão possa se desenvolver num Estado de Direito. O sistema jurídico, inclusive a estruturação e o funcionamento dos órgãos judiciais, deve ser capaz de outorgar previsibilidade. Lembre-se, aliás, que para MacCormick a previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver e, portanto, estar em um Estado de Direito. (Neil MacCormick, *The ethics of legalism*, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193). Por sua vez, diz Massimo Corsale que um ordenamento jurídico destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobreviver enquanto tal (Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 e ss.).
37. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.
38. “Sin adoptar posturas extremas, reconocemos con Carrió, que afirmar que los jueces crean derecho es una expresión ambigua; quizá sea esa ambigüedad la que posibilite el amplio consenso existente hoy en día al respecto. Pensamos, sin embargo, que se trata sólo de un consenso aparente, pues el significante ‘los jueces crean derecho’ encierra múltiples significados que dan lugar a las más diversas concepciones de la actividad judicial. Desde quienes pretenden asimilar la actividad de los jueces a la de los legisladores hasta aquellos que hablan de creatividad judicial en su sentido más débil como una dimensión necesaria en la tarea de decidir. Como ni uno no otro extremo nos ofrecen un modelo de actividad judicial que resista su comparación con la realidad, creemos por el contrario *que cierto grado de creación del derecho es inevitable y que en instancias tales como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la creatividad judicial se asimila a la función del legislador en lo que se ha venido llamando legislación negativa*” (Ernesto J. Vidal Gil; Cristina García Pascual, *Creación Judicial del Derecho. Sentido y razón del derecho – enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial, 1992, p. 145-6). Ver Genaro Carrió. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, p. 24 e ss; Giovanni Tarello, Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 355.
39. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31-5; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 413.
40. Como diz Taruffo (La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 103), afirmar que a interpretação

determina o significado “exato” de uma norma é uma afirmação privada de sentido, uma vez que a interpretação pode determinar apenas o significado fundado no emprego correto de critérios de eleição aceitáveis, ou seja, o significado fundado nas “melhores razões”. A interpretação fundada nas melhores razões tem a ver com a correção do procedimento de eleição e com a aceitabilidade dos critérios em que ela se funda, não se ligando à correção do resultado interpretativo. Fala-se, então, em “exatidão do método” de interpretação da lei; o método é correto quando a decisão é racionalmente justificada sob o perfil interno – de coerência entre as premissas e conclusões – e sob o perfil externo – de fundabilidade e aceitabilidade das premissas. A devida justificativa das opções interpretativas faz ver a *racionalidade* da interpretação e da decisão. Portanto, “decisão adequada” é a dotada de racionalidade, para o que é imprescindível “razões apropriadas” ou as “melhores razões”. A justificativa ou a qualidade das razões depende das características básicas da cultura jurídica ou, mais propriamente, da própria cultura geral que apela à racionalidade (Jerzy Wróblewski, *Ideología de la aplicación judicial del derecho. Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008, p. 83). Não há interpretação exata da lei ou interpretação correta se, com isso, pretende-se algo que independe de juízos de valor subjetivos. Há, isso sim, interpretação que, a partir de diretivas e de juízos de valor, é devidamente justificada; existe “decisão adequada” ou “decisão racionalmente aceitável”. Substitui-se, dessa maneira, a ideia de interpretação correta pela de “interpretação dotada de razões apropriadas”. Tutela-se a legalidade mediante a prática argumentativa e a busca da racionalidade. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª. ed., cit., Part II, Capítulo 1, item 1.9.

41. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, Capítulo IV, item 4.1.
42. STF, Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 21.05.2004.
43. STF, Plenário, Rcl 2.363, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 01.04.2005.
44. Linda Novak, *The precedential value of Supreme Court plurality decisions*, *Columbia Law Review*, 1980, p. 756-9.
45. “A ideia de se impor a decisão em separado dos fundamentos, ainda que múltiplos em relação a uma única alegação de contrariedade a norma, não pode ser admitida em virtude de contrariar a lógica do julgamento do recurso, ou melhor, em razão de negar o modo pelo qual o recurso é racionalmente julgado para se ter uma decisão ou resultado adequado ou justo. Como já dito, não há racionalidade em exigir maioria de votos ao menos em um dos fundamentos do recurso para se admitir o seu provimento. Com isso, num colegiado de cinco Ministros, ainda que os cinco reconhecessem a violação da norma, dois com base em um fundamento, dois com base em outro e o terceiro a partir de outro, não se teria como prover o recurso. Ou seja, a unanimidade dos Ministros teria visto contrariedade à norma e, ainda assim, seria proclamada a inexistência de contrariedade capaz de viabilizar o provimento do recurso” (Luiz Guilherme Marinoni, *O Julgamento nas Cortes Supremas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, Capítulo VI, item 6.18).
46. A doutrina e os tribunais estadunidenses se mostram angustiados com as deci-

sões majoritárias ancoradas em fundamentos compartilhados por minorias. Isso por terem dificuldade de admitir uma decisão que não configure *ratio decidendi* ou precedente. Quando se parte da premissa de que a Corte não pode decidir sem formar precedentes, há realmente problema quando a decisão não é proferida com base em um fundamento sustentado pela maioria do colegiado. Porém, isso parece ser um equívoco próprio do direito estadunidense, já que não se pode supor que num julgamento de que participam nove Justices sempre se tenha que ter um fundamento compartilhado por cinco. Isso equivaleria a não se poder ter uma decisão de cinco baseada em mais de um fundamento. Em verdade, isso significa confundir resolução do caso com fixação do entendimento da Corte. Mesmo num sistema de *common law* não deveria haver motivo para, ao não se encontrar maioria para sustentar um fundamento (*ratio decidendi*), não deixar a questão em aberto perante os juízos inferiores. Sobre o tema das *plurality opinions* da Suprema Corte dos Estados Unidos, ver Linda Novak, The precedential value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, vol. 80, n. 4 (May, 1980), p. 761 e ss; John F. Davis e William L. Reynolds, Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *Duke Law Journal*, v. 59, 1974, p. 67 e ss; Adam S. Hochschild, The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4 p. 279 e ss; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, 1993, p. 11; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases, *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, 2004, p. 249 e ss.

47. Em que pese não existir filtro semelhante à repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça, é certo que esse tribunal é uma corte suprema que deve funcionar mediante a instituição de precedentes. Assim, a suspensão dos recursos pendentes é legítima desde que a participação dos *amici curiae* – cuja intervenção é admitida no recurso repetitivo – seja suficiente para dar voz aos litigantes perante a corte.
48. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, São Paulo: Ed. RT, 2016.
49. Fala-se neste sentido em “universabilidade” do precedente. Quando se pensa em decisão universalizável não se está propriamente considerando o caso sob julgamento em face do precedente já firmado, mas se apontando para a necessidade de a justificativa da decisão conter razões que demonstrem a possibilidade da sua aplicação em todos os casos dotados das mesmas particularidades fáticas individualizadas como relevantes. Como escreve MacCormick, um ato só pode ser justificado como correto mediante universalização, uma vez que mostrar a sua correção é evidenciar que, sob qualquer visão objetiva do tema, o ato deveria ser praticado – ou mesmo deve ser praticado – em face das características do ato e das circunstâncias do caso (Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 131 e ss). A universabilidade tem importância para propiciar a aceitabilidade das razões justificadoras da decisão judicial e para permitir a checagem de se as decisões que lhe são posteriores ferem a igualdade. Desse modo a regra da

universabilidade incide em duas perspectivas: para justificar a racionalidade da decisão e para identificar se uma decisão, posterior à firmada como precedente, nega as razões desse último. Essa segunda perspectiva, contudo, é uma *consequência* da adoção de um critério de racionalidade da decisão. Mas, além de contribuir para a racionalidade jurídica, a universabilidade certamente favorece a isonomia e inibe a parcialidade. Ao decidir, a corte sabe que não poderá tratar os casos similares de modo diferente. Por isso é obrigada a proferir uma decisão que, considerando os fatos e fundamentos jurídicos relevantes, tenha validade para todos os casos posteriores que se enquadrem na mesma moldura. Significa que não poderá decidir o caso sob julgamento a não ser a partir de critérios que tenham validade para todos os casos. Assim, ficará impedida de decidir de modo parcial, isto é, considerando particularidades que não são relevantes para uma decisão universal e imparcial. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2. ed., cit., Parte II, Capítulo I, item 1.10. Ver Paula Pessoa Pereira, *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Triunais. 2015.

50. Ver Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, esp. itens 5, 8 e 9.
51. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5a. ed., cit., Capítulo III, item 4.2.
52. STF, Plenário, HC 85.185-1, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 01.09.2006.
53. Afinal, como diz Schauer, “para que uma decisão seja precedente para outra não há necessidade de que os fatos dos casos anteriores e posteriores sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, não haveria precedente para nenhum outro caso” (Frederick Schauer, *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 575).
54. Lembre-se que “a tarefa de uma teoria de precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não” (Frederick Schauer, *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 577).
55. Herbert Hart, *The concept of Law*, cit., p. 86 e ss.
56. Significa que não se nega que “una disposizione è chiara, in relazione a un qualche problema da risolvere e a un qualche caso concreto da disciplinare, soltanto *dopo* averla interpretata” (Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 62).

# EM DESTAQUE



## Espírito de emulação (ou recursos processuais infundados)

**Albino Freire**

Escritor e membro da Academia Paranaense de Letras. Cadeira 21

HOUVE UM TEMPO EM QUE O LITIGANTE DE MÁ-FÉ era severamente punido com pesadas multas pela legislação e explicitamente desdenhado, senão mesmo execrado, pela comunidade jurídica. Hoje, não. Cumprindo-se a profecia do sábio baiano, agiganta-se o poder nas mãos dos maus, estes cada vez mais ousados, enquanto, na mesma proporção, os bons se intimidam e se encolhem, desprotegidos por um Poder Judiciário cada vez mais acovardado e, desgraçadamente, comprometido. Quem, então, dará um basta a essas manobras indefinidamente protelatórias?

Emulação, no sentido comum, não é um sentimento ignóbil, podendo até mesmo impulsionar alguém ao progresso. Já no sentido jurídico, significa ato ilegal que leva o litigante a recorrer ao Poder Judiciário sem qualquer fundamento, acionando temerariamente o sistema, visando prejudicar a outra parte ao retardar injustificadamente a solução do processo.

Hoje em dia, eu me escandalizo ao ver certos advogados, regamente remunerados, especializarem-se na interposição de uma gama infundável de recursos processuais, com fundamentos flagrantemente contrários à lei. Dessa forma, vão conseguindo retardar o início do cumprimento da pena, desaguando o processo penal, invariavelmente, no mar da impunidade. Enquanto isso, os criminosos riem da Justiça, zombam do sistema, de um Poder Judiciário leniente com a chicana, e que continua indeciso, demorando demais a dar um basta ao deboche deles, ao deixar de aplicar imediatamente medidas drásticas, que desencorajariam recursos interpostos por mero espírito de emulação, se indeferisse *in limine* o pedido. Mas têm de ser muitas milionárias, proporcionais aos valores surrupia-

dos dos cofres públicos e que agora servem para remunerar os signatários desses recursos sobre recursos de recursos... em ridícula maratona da litigância de má-fé! E quem são eles? Seriam aqueles senhores, uns muito jovens, outros já encanecidos, luxuosamente trajados, portando pastas de grife, transitando pelos corredores do STF com uma desenhadura principesca? Será que estou sendo corporativista, ou realmente vejo ali a imagem da insolência e da petulância? Será mesmo que vi, ou meus olhos me enganaram, quando me pareceu que vi um dedo em riste desafiando a autoridade do juiz e do tribunal, sem o menor pudor ou senso ético? Por que será? Não quero ser injusto com eles, mas será, talvez, porque fiados na sensação de poder baseada na inesgotável fonte do dinheiro abjeto, roubado do povo e acumulado durante décadas por sua clientela privilegiada e corrupta?

Eu, cá do meu canto modesto e silencioso, me entristeço ao ver que o Poder Judiciário parece ter abdicado totalmente de sua autoridade e autonomia na direção do processo. A propósito, são tantos recursos *contra legem*, tantas manobras protelatórias, que o próprio sistema, reiteradamente fragilizado por atos flagrantemente antiéticos por parte de certos julgadores, já nem sequer consegue identificá-los. A propósito, se um deles tivesse telhado de vidro, como, por exemplo, se algum deles, apenas por hipótese, tivesse o cônjuge como sócio de um escritório de advocacia que atua na corte, como poderia aquele juiz arvorar-se em atirar a primeira pedra nos inexauríveis recursos emulatórios?

Estamos, sim, antevendo o caos, a crise da ética, de um lado, e da autoridade, do outro. Vivenciamos um cenário do absurdo. Assistimos a um teatro do absurdo. Evidencia-se, no dizer de conhecido jurista, uma surpreendente antinomia das convicções. Longe de mim ser pessimista, mas não consigo disfarçar os arrepios de medo ao ver desenharem-se no horizonte uma tragédia anunciada. Justamente o que eles, os hipócritas e corruptos, querem, tentando, aos poucos, minar a autoridade da Suprema Corte e, desafortunadamente, conseguindo.