



STJ
SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANOS
35

DOCTRINA

35 anos do STJ

EDIÇÃO COMEMORATIVA

BRASÍLIA

AGOSTO DE 2024

DOCTRINA

Edição Comemorativa

35 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Agosto
2024



DOCTRINA
Edição Comemorativa
35 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Gabinete do Ministro
Diretor da Revista

Brasília
Agosto
2024

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DO MINISTRO DIRETOR DA REVISTA

Ministro Raul Araújo Filho	—	Diretor
Marcos Mairton da Silva	—	Juiz Auxiliar
Marilisa Gomes do Amaral	—	Chefe de Gabinete
Gerson Prado da Silva	—	Servidores
Hekelson Bitencourt Viana da Costa		
Maria Angélica Neves Sant'Ana		
Rosa Christina Penido Alves Sturm		
Ruthe Wanessa Cardoso de Souza	—	Técnico em Secretariado
Francisco Rondinely Ferreira da Cruz	—	Assistente Administrativo

SAFS - Quadra 6 - Lote 1 - Trecho III - Ed. dos Plenários - 2º Andar - Sala C-243
Brasília - DF - 70.095-900
www.stj.jus.br
revista@stj.jus.br
Telefone: (61) 3319-8055

B823d

Brasil. Superior Tribunal de Justiça.

Doutrina : edição comemorativa, 35 anos / Superior Tribunal de Justiça. –
Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 2024.

Dados eletrônicos (1 arquivo : PDF 960 páginas)

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/index/index>

eISBN 978-65-88022-55-9

1. Tribunal Superior, direito, coletânea, Brasil. 2. Tribunal Superior, doutrina, Brasil. 3. Superior Tribunal de Justiça, Brasil. I. Título.

CDU 34(81)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura	Presidente
Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes	Vice-Presidente
	Corregedor-Geral da Justiça Federal
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto	
Ministra Fátima Nancy Andrichi	
Ministro João Otávio de Noronha	
Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins	
Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin	
Ministro Luis Felipe Salomão	Corregedor Nacional de Justiça
Ministro Mauro Luiz Campbell Marques	Diretor-Geral da ENFAM
Ministro Benedito Gonçalves	
Ministro Raul Araújo Filho	Diretor da Revista
Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues	
Ministro Antonio Carlos Ferreira	
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva	
Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior	
Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi	
Ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira	
Ministro Sérgio Luiz Kukina	
Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro	
Ministra Regina Helena Costa	
Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz	Ouvidor
Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria	Ouvidor Substituto
Ministro Reynaldo Soares da Fonseca	
Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas	
Ministro Antonio Saldanha Palheiro	
Ministro Joel Ilan Paciornik	
Ministro Messod Azulay Neto	
Ministro Paulo Sérgio Domingues	
Ministro Teodoro Silva Santos	
Ministro José Afrânio Vilela	
Ministra Daniela Rodrigues Teixeira	



CORTE ESPECIAL

Ministra Maria Thereza de Assis Moura	Presidente
Ministro Og Fernandes	Vice-Presidente
	Corregedor-Geral da Justiça Federal
Ministro Francisco Falcão	
Ministra Nancy Andrichi	
Ministro João Otávio de Noronha	
Ministro Humberto Martins	
Ministro Herman Benjamin	
Ministro Luis Felipe Salomão	Corregedor Nacional de Justiça
Ministro Mauro Campbell Marques	Diretor-Geral da ENFAM
Ministro Benedito Gonçalves	
Ministro Raul Araújo	Diretor da Revista
Ministra Isabel Gallotti	
Ministro Antonio Carlos Ferreira	
Ministro Villas Bôas Cueva	
Ministro Sebastião Reis Júnior	



PRIMEIRA SEÇÃO

Ministra Regina Helena Costa | Presidente

PRIMEIRA TURMA

Ministro Paulo Sérgio Domingues | Presidente

Ministro Benedito Gonçalves

Ministro Sérgio Kukina

Ministra Regina Helena Costa

Ministro Gurgel de Faria

SEGUNDA TURMA

Ministro Afrânio Vilela | Presidente

Ministro Francisco Falcão

Ministro Herman Benjamin

Ministro Mauro Campbell Marques

Ministro Teodoro Silva Santos



SEGUNDA SEÇÃO

Ministro Villas Bôas Cueva | Presidente

TERCEIRA TURMA

Ministro Humberto Martins | Presidente
Ministra Nancy Andrighi
Ministro Villas Bôas Cueva
Ministro Marco Aurélio Bellizze
Ministro Moura Ribeiro

QUARTA TURMA

Ministro Raul Araújo | Presidente
Ministro João Otávio de Noronha
Ministra Isabel Gallotti
Ministro Antonio Carlos Ferreira
Ministro Marco Buzzi



TERCEIRA SEÇÃO

Ministro Ribeiro Dantas + Presidente

QUINTA TURMA

Ministro Messod Azulay Neto + Presidente
Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Ministro Ribeiro Dantas
Ministro Joel Ilan Paciornik
Ministra Daniela Teixeira

SEXTA TURMA

Ministro Sebastião Reis Júnior + Presidente
Ministro Rogerio Schietti Cruz
Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Ministro Jesuíno Aparecido Rissato*
Ministro Otávio de Almeida Toledo*

* Desembargadores convocados

COMISSÕES PERMANENTES

	COMISSÃO DE COORDENAÇÃO
Presidente	Ministro Marco Buzzi Ministra Regina Helena Costa Ministro Gurgel de Faria
Suplente	Ministro Ribeiro Dantas
	COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO
Presidente	Ministro Og Fernandes Ministro Antonio Carlos Ferreira Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Suplente	Ministro Joel Ilan Paciornik
	COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO
Presidente	Ministro Mauro Campbell Marques Ministra Isabel Gallotti Ministro Sérgio Kukina Ministro Reynaldo Soares da Fonseca Ministro Moura Ribeiro Ministro Antonio Saldanha Palheiro
	COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA
Presidente	Ministro Benedito Gonçalves Ministro Villas Bôas Cueva Ministro Sebastião Reis Júnior Ministro Marco Aurélio Bellizze Ministro Gurgel de Faria
	COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES
Presidente	Ministro Rogerio Schietti Cruz Ministro Moura Ribeiro Ministro Sérgio Kukina



CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Presidente	Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Vice-Presidente	Ministro Og Fernandes
Corregedor-Geral da Justiça Federal	

MEMBROS EFETIVOS

Ministro Moura Ribeiro
Ministro Rogerio Schietti Cruz
Ministro Gurgel de Faria
Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

MEMBROS SUPLENTE

Ministro Ribeiro Dantas
Ministro Antonio Saldanha Palheiro
Ministro Joel Ilan Paciornik
Ministro Messod Azulay Neto



MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro Raul Araújo
Corregedor-Geral

Ministra Isabel Gallotti
Efetivo

Ministro Antonio Carlos Ferreira
Substituto

Ministro Villas Bôas Cueva
Substituto



**MEMBROS DA ESCOLA NACIONAL DE
FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE
MAGISTRADOS (ENFAM)**

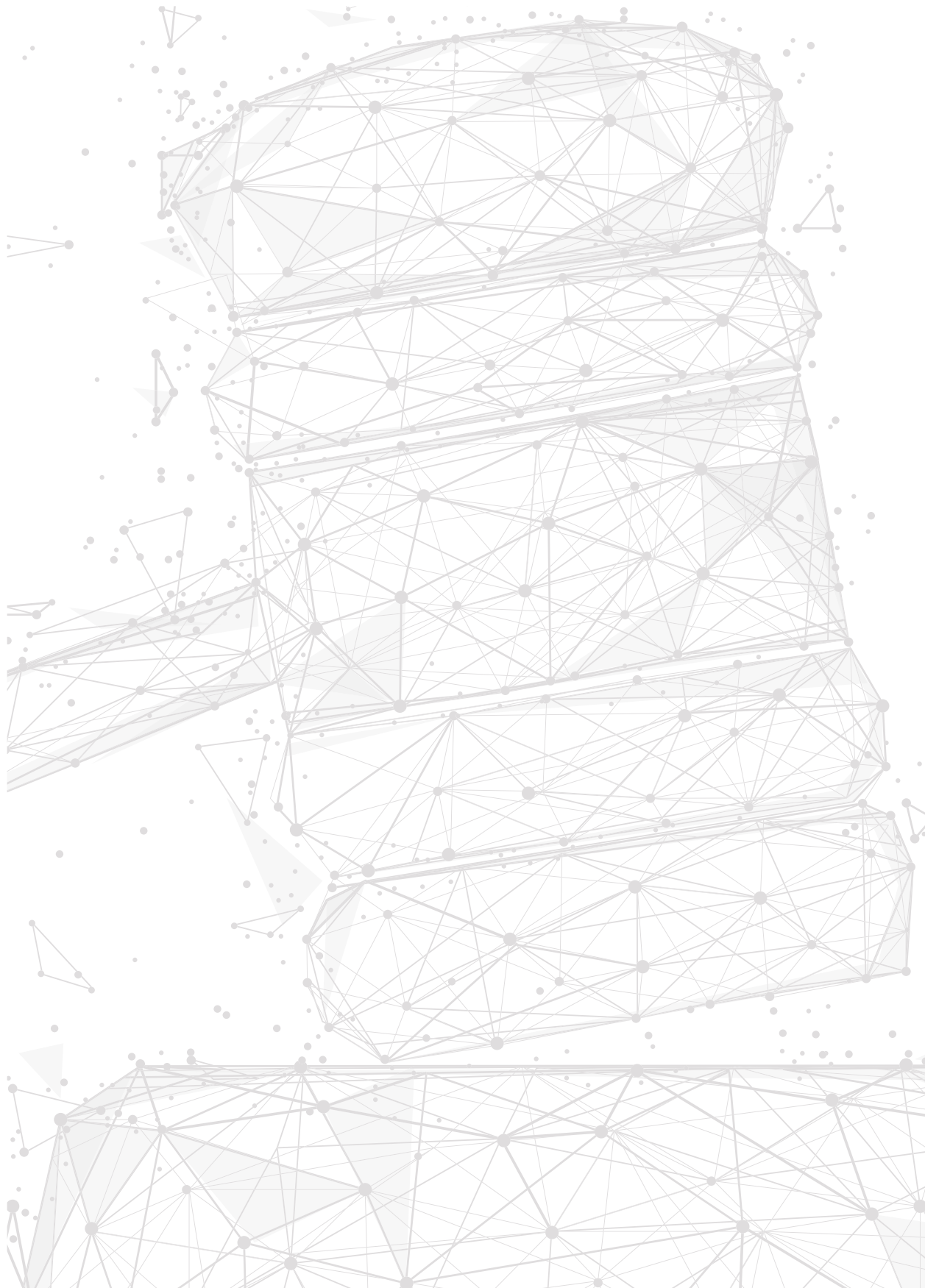
Ministro Mauro Campbell Marques
Diretor-Geral

Ministro Raul Araújo
Vice-Diretor

Ministro Og Fernandes
Diretor do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Ministro Villas Bôas Cueva



SUMÁRIO

PREFÁCIO

MINISTROS DE SEMPRE

Inteligência Artificial - controlar ou percer <i>Ministro Washington Bolívar de Brito</i>	25
Os serviços públicos, descentralização, desconcentração, concessão e permissão. O transporte terrestre <i>Ministro Carlos Mário da Silva Velloso</i>	55
O Superior Tribunal de Justiça no contexto da crise entre os poderes <i>Ministro Antônio de Pádua Ribeiro</i>	85
Recortes de memória: Juizados Especiais Federais <i>Ministro Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite</i>	105
Função social da empresa e a responsabilidade social corporativa sob o enfoque do direito da insolvência <i>Ministro Waldemar Zveiter</i>	113
A mediação como solução de controvérsias <i>Ministro Francisco Cláudio de Almeida Santos</i>	129
O controle difuso de constitucionalidade pelo STJ no julgamento de recursos especiais <i>Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha</i>	141
O STJ e as garantias processuais <i>Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini</i>	169

A LIBERDADE DE IMPRENSA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS	187
<i>Ministra Eliana Calmon Alves</i>	
FONTES DO DIREITO	215
<i>Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho</i>	
O STJ DE ONTEM, HOJE E AMANHÃ	227
<i>Ministra Laurita Hilário Vaz</i>	
A EXPERIÊNCIA DO BANCO NACIONAL DE PRECEDENTES: NECESSÁRIO DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS TRIBUNAIS SUPERIORES	243
<i>Ministro Luiz Fux</i>	
SOBRE O PODER-DEVER DE AGIR E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	263
<i>Ministro Massami Uyeda</i>	
FERIADOS NACIONAIS E LOCAIS	279
<i>Ministro Sidnei Agostinho Beneti</i>	
O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS AMBIENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ	293
<i>Ministra Assusete Dumont Reis Magalhães</i>	
MINISTROS DE HOJE	
DESCONTOS E BONIFICAÇÕES CONCEDIDOS POR FORNECEDORES A VAREJISTAS E FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E DA COFINS	329
<i>Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto</i>	
TUTELA PROVISÓRIA, TÉCNICAS COERCITIVAS E EXECUÇÃO IMEDIATA DA MULTA PERIÓDICA: REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DO EARESP 1.883.876/RS PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	349
<i>Ministra Fátima Nancy Andrichi</i>	
A BOA-FÉ NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO E AS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS	371
<i>Ministro João Otávio de Noronha</i>	

O CANCELAMENTO DE VOO À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO DO CONSUMIDOR	397
<i>Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins</i>	
INCIDENTE DE SUSPENSÃO E O SEU CABIMENTO EM MATÉRIA CRIMINAL	413
<i>Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura</i>	
NOTAS SOBRE OS IMPACTOS NA PANDEMIA E DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA ECONOMIA, NOS CONTRATOS E NA SAÚDE SUPLEMENTAR	433
<i>Ministro Luis Felipe Salomão</i>	
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	449
<i>Ministro Mauro Luiz Campbell Marques</i>	
O JUDICIÁRIO NO BRASIL: EQUILÍBRIO E SEGURANÇA EM 35 ANOS DE ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	467
<i>Ministro Benedito Gonçalves</i>	
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL INTEGRANTE DE CONDOMÍNIO EDIFÍCIO E DÍVIDA CONDOMINIAL	485
<i>Ministro Raul Araújo Filho</i>	
EFEITOS JURÍDICOS DA RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL	511
<i>Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues</i>	
JUROS CONTRA A MASSA: LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E FALÊNCIA	529
<i>Ministro Antonio Carlos Ferreira</i>	
DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL: STREAMING E SUAS ESPÉCIES	549
<i>Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva</i>	
UM CASO CONCRETO – RHC N. 150.343: E A NOVA REALIDADE LEGISLATIVA	567
<i>Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior</i>	

○ FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO E A RELEVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SOLUÇÃO CONSENSUAL	583
<i>Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi</i>	
○ PARADOXO DA PRESCRIÇÃO: REFLEXÕES SOBRE AS DIFICULDADES DO TEMA E SUGESTÕES PARA SEU APRIMORAMENTO LEGISLATIVO A PARTIR DE PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.	617
<i>Ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira</i>	
NOTAS SOBRE A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL	707
<i>Ministro Sérgio Luiz Kukina</i>	
DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES	719
<i>Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro</i>	
Os 35 ANOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA JURISDIÇÃO TRIBUTÁRIA	737
<i>Ministra Regina Helena Costa</i>	
RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL: EXPECTATIVAS PARA O (NOVO) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)	767
<i>Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria</i>	
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (ANPC) E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DESAFIO CONTEMPORÂNEO	793
<i>Ministro Reynaldo Soares da Fonseca</i>	
DIREITO PENAL, EMPRESA, MUNDIALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE	807
<i>Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas</i>	
CLEMÊNCIA COMO MATERIALIZAÇÃO DA SOBERANIA DO JÚRI	835
<i>Ministro Antonio Saldanha Palheiro</i>	
RESSOCIALIZAÇÃO OU DESUMANIZAÇÃO: O PARADOXO DO SISTEMA PRISIONAL	853
<i>Ministro Messod Azulay Neto</i>	

CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: BREVE EXPOSIÇÃO DOUTRINÁRIA E TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TEMA	875
<i>Ministro Paulo Sérgio Domingues</i>	
INSTITUTOS CORRELATOS AO JUIZ DAS GARANTIAS: COMPARANDO O ORDENAMENTO JURÍDICO EM PORTUGAL	891
<i>Ministro Teodoro Silva Santos</i>	
O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS DESAFIOS NA GESTÃO JURISDICIONAL E PROCESSUAL PARA UNIFORMIZAR O DIREITO FEDERAL	915
<i>Ministro José Afrânio Vilela</i>	
ANOTAÇÕES SOBRE 35 ANOS NOS PRIMEIROS MESES DOS PRÓXIMOS 23 ANOS	943
<i>Ministra Daniela Rodrigues Teixeira</i>	

PREFÁCIO

Há momentos em nossa trajetória de vida em que as celebrações não se limitam ao “estado das coisas”, mas nos impõem uma reverência ao passado e nos impelem a refletir sobre os valores que a norteiam e sobre as conquistas que a definem.

Assim é o cenário que nos conduz à comemoração dos 35 anos do Superior Tribunal de Justiça: uma jornada circunscrita por marcos legislativos, acompanhada por profundas transformações sociais e traçada por personagens que aqui compõem enredos que se misturam e tecem a rica trama de uma história que reflete a diversidade e a evolução da sociedade com a qual se relaciona.

No entrelaçamento da história do STJ com as realidades que para ele convergem, vê-se hoje uma corte moderna e protagonista em iniciativas que demonstram seu compromisso inabalável com a edificação da justiça no seu conceito mais amplo.

Seguindo a tradição, para celebrar seus 35 anos, o STJ lança uma nova edição de *Doutrina*: um convite a reflexões profundas e a um enriquecedor diálogo entre o Direito e as experiências humanas que o moldam e são moldadas por ele.

É uma oportunidade de mergulhar na complexidade e na riqueza do universo jurídico e de apreciar a maestria e o comprometimento daqueles que dedicam sua *expertise* e entusiasmo para iluminar e elucidar essas questões.

Os artigos que compõem esta edição especial dão o tom de uma instigante e curiosa teia de reflexões e nos conduzem por um fascinante percurso intelectual, permitindo-nos explorar temas diversos e aproximar-

nos tanto de intrincados institutos jurídicos quanto da humanidade e sensibilidade dos ministros de hoje e de sempre que os subscrevem.

Nesta leitura, encontraremos o legado do STJ até aqui, que evoluiu ao ritmo dos grandes debates nacionais e internacionais, ao tempo em que também poderemos perceber como o Tribunal toca a vida cotidiana de todos e prepara o pensamento jurídico para continuar a afirmar a cidadania em nosso País.

Maria Thereza de Assis Moura
Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça

MINISTROS DE SEMPRE

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL -
CONTROLAR OU PERECER

Washington Bolívar de Brito
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL - CONTROLAR OU PERECER

Ministro Washington Bolívar de Brito¹

Sumário: Inteligência Artificial-IA – 1. Motivos dos temores. Cientistas temem o desenvolvimento acelerado da IA, sem controle, nem regulamentação, fonte de crise de desestabilização financeira mundial e danos ao meio ambiente. 2. A Regulação no Mundo. 3. Conflitos de ordem legal que a IA suscita ou pode suscitar. 4. As três etapas de desenvolvimento da IA e suas consequências: profissões que tendem a desaparecer, como Juízes e Advogados, as que a IA não poderá substituir, outras em alta (Robótica e Ciência da Computação) e as profissões do futuro. 5. Motivos dos louvores. 6. Paradoxo tecnológico de um Judiciário sem Juízes. 7. Realidade e Valor (Radbruch), Realidade Material e Realidade Virtual (Platão), Inteligência Artificial e Inteligência Emocional generativas e replicantes da Humanidade desumanizada. Dilema da Humanidade: – controlar ou perecer.

MOTIVOS DOS TEMORES

O psicólogo cognitivo e cientista da computação Geoffrey Hinton, considerado padrinho da Inteligência Artificial (IA), demitiu-se recentemente de uma grande empresa, depois de ter trabalhado mais de dez

¹ Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça

anos e, a fim de obter a mais ampla divulgação dos motivos, comunicou sua decisão *ao The New York Times*, à *BBC* e à Agência *Reuters*, em entrevistas. Alertou que a Humanidade corre o risco da autodestruição com o progresso acelerado dessa prodigiosa criação e que a Humanidade deveria preocupar-se mais com os perigos da Inteligência Artificial do que com as alterações climáticas ou ambientais, pelo uso sem maiores responsabilidades e controle das grandes, médias e até pequenas empresas.

Stephen Hawking já fizera esse alerta em 2014, em entrevista à *BBC*, quatro anos antes de morrer. Acreditava que as máquinas superinteligentes representavam uma ameaça à nossa existência:

O desenvolvimento da inteligência artificial completa pode significar o fim dos humanos. Com esse nível de inteligência, “descolaria por conta própria e se redesenharia em um ritmo crescente”. “Os humanos, que são limitados pela lenta evolução biológica, não seriam capazes de competir e seriam superados.”

O desenvolvimento acelerado motivou 1.000 especialistas a publicar uma carta em que assim expressaram suas preocupações:

Devemos desenvolver mentes não humanas que possam eventualmente nos superar em número, ser mais espertos que nós, nos tornar obsoletos e nos substituir?
Devemos arriscar perder o controle de nossa civilização?

Por que cientistas das mais diversas áreas, notadamente os da computação, ao tempo em que ressaltam os benefícios da IA, também advertem dos possíveis malefícios?²

Riscos para a estabilidade financeira mundial

Segundo declarou o presidente da *Securities and Exchange Commission* (SEC), Gary Gensler, em conferência promovida pelo

² ZURCHER, Anthony. Por que cientistas temem futuro catastrófico causado pela inteligência artificial. **BBC News Brasil**, [São Paulo], 30 abr. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cn07ljg5yrzo>. Acesso em: 31jul. 2024.

Federal Reserve Bank de Atlanta, é grave o **risco para a estabilidade financeira mundial**. A Inteligência Artificial pode ser a fonte da “crise de 2027 ou 2032”. “Acho que estamos vivendo um dos momentos mais transformadores”, “tão transformador quanto a própria Internet” e destacou que a nova tecnologia já começou a transformar vários campos, inclusive o financeiro, pela concentração e interconexão de tais ferramentas. Acentuou que a opacidade, problema recorrente na história das crises financeiras, é como ocorre com as IAs, que seus próprios criadores admitem não entender completamente como funcionam. “Falamos sobre explicabilidade ou opacidade, e vimos crises financeiras ao longo das décadas decorrentes disso, seja a opacidade do mercado de hipotecas e do mercado de *swaps* de inadimplência ou outras opacidades”. Estimou que a crise de 2027 ou 2032 poderia advir “por pessoas que confiam no mesmo agregador de dados de hipotecas baseado em IA, na mesma ferramenta de subscrição ou no mesmo nível de inteligência”, com resultados desastrosos. A tecnologia de IA pode representar um risco sistêmico, em um futuro muito próximo, de que todo o sistema dependa de agregadores de dados concentrados, IA generativa concentrada, suscetível de aparecer rapidamente.

O historiador Yuval Noah Harari, autor de “*Sapiens*”, declarou ao *The Guardian* que a inteligência artificial pode gerar uma crise econômica global sem precedentes, porque é difícil prever o desenvolvimento da tecnologia nesta área. Ao comparar com os riscos do armamento nuclear, afirma que a inteligência artificial é diferente, “pois não existe um perigo claro e gigantesco do qual todos entendem a gravidade”. “Com a IA, estamos a falar de um grande número de cenários perigosos, cada um deles com uma probabilidade relativamente pequena de que, em conjunto, constituam uma ameaça existencial à sobrevivência da civilização humana”. “A IA é diferente de todas as tecnologias anteriores na história da humanidade porque é a primeira que pode tomar decisões por si só, que pode criar novas ideias sozinha e que pode aprender e desenvolver-se. Por definição, é extremamente difícil para os humanos, mesmo para os humanos que criaram a tecnologia, prever todos os perigos e problemas potenciais.”

“O que acontecerá se a IA não só tiver maior controle sobre o sistema financeiro mundial, mas também começar a criar novos dispositivos

financeiros que só ela mesma pode entender e que nenhum ser humano pode compreender? A crise financeira de 2007 até 2008 foi causada por instrumentos, como obrigações de dívida garantidas (CDO), que poucos compreenderam e, portanto, foram regulamentados de forma inadequada. A IA tem potencial para criar dispositivos financeiros que são muito mais complexos do que os CDOs. E imaginem a situação em que temos um sistema financeiro que nenhum ser humano é capaz de compreender e, portanto, também não é capaz de regular”, disse ele. “E então há uma crise financeira e ninguém entende o que está acontecendo.” Apóia uma regulamentação global com a assinatura dos principais países no cenário econômico, incluindo EUA, China, União Europeia e Reino Unido.

Danos ao meio ambiente e aumento do aquecimento global

Os **danos ao meio ambiente** adviriam da elevada emissão de “gases de efeito estufa”³ que a IA provoca, medida pela **pegada de carbono**: -mede as emissões de gases de efeito estufa originadas da atividade humana, por mais trivial que seja, como carregar o celular, ligar a lavadora de roupa, viajar de carro, os gases emitidos se acumulam na atmosfera, aquecendo excessivamente o planeta. A **pegada de carbono** é o total de emissões de gases de efeito estufa (GEE) causadas tanto por um indivíduo, como por uma organização, evento, serviço ou produto, expresso em dióxido de carbono equivalente.⁴

³ Quatro são os principais gases e mais duas famílias de gases de efeito estufa (GEE) regulados pelo Protocolo de Quioto: o *dióxido de carbono* (CO₂) da queima de combustíveis fósseis (petróleo, carvão e gás natural), o mais abundante; o gás *metano* (CH₄) produzido por decomposição de matéria orgânica; o *óxido nitroso* (N₂O) resultante do tratamento de dejetos animais, uso de fertilizantes, queima de combustíveis fósseis e de alguns processos industriais; o *hexafluoreto de enxofre* (SF₆), utilizado principalmente como isolante térmico e condutor de calor; os *hidrofluorcarbonos* (HFCs), utilizados como substitutos dos *clorofluorcarbonos* (CFCs) em aerossóis e refrigeradores; os *perfluorcarbonos* (PFCs) como gases refrigerantes, solventes, propulsores, espuma e aerossóis; os *hidrofluorcarbonos* e os *perfluorcarbonos* pertencem à família dos *halocarbonos*, todos eles produzidos, principalmente, por atividades antrópicas.

⁴ Pegada de Carbono-Conceito-Meio Ambiente-Efeito estufa – (Google) Redação em 02/08/2022.

Os parágrafos seguintes resumem os estudos relatados por Natalie Muller, divulgados pela *Deutsche Welle*, sobre os danos causados ao meio ambiente pelos modelos de Inteligência Artificial, que em sua “alimentação” precisam processar enorme quantidade de dados de bancos de dados da internet para “treinamento” dos algoritmos. Esse desenvolvimento é feito em salas de servidores (*datacenters*) de avultada capacidade computacional, consumidoras de muita **energia**. “A infraestrutura conjunta das centrais de computadores e das redes de transferência de dados é responsável por 2% a 4% das emissões globais de CO₂ em todo o mundo [número próximo ao do setor da aviação]. Não é apenas a IA, mas ela é uma grande parte do problema”, diz Anne Mollen, pesquisadora da organização não governamental *Algorithmwatch*, sediada em Berlim. Além da “fase de treinamento” da tecnologia, outras emissões ocorrem quando o modelo é aplicado no mundo real, o que acontece bilhões de vezes por dia – por exemplo, toda vez que um tradutor online traduz uma palavra ou um *Chatbot* responde a uma pergunta. Essa fase pode ser responsável por até 90% das emissões no ciclo de vida de uma IA. A energia, porém, não é o único aspecto em relação ao impacto ambiental da IA. As imensas quantidades de **água** que os *datacenters* precisam para evitar o superaquecimento dos servidores causam grandes problemas em regiões escassas e em países onde a presença de *datacenters* agrava a seca as comunidades locais estão protestando contra o centro e a construção de novos *datacenters*”, assevera.

Pesquisadores da Universidade de Massachusetts descobriram em 2019 que um modelo comum de grande porte, dos que trabalham com a *deep learning* (aprendizagem profunda), pode emitir até 284 toneladas equivalentes a CO₂ – quase cinco vezes as de um carro durante toda a sua vida útil, incluindo a fabricação. Benedetta Brevini, professora de comunicação da Universidade de Sydney, Austrália, ficou tão chocada que escreveu o livro “*Is AI good for the planet?*” (A IA é boa para o planeta?)

Mesmo que as grandes empresas de tecnologia reduzam o consumo de energia de sua IA, há outro problema, ainda mais prejudicial ao meio ambiente, como o uso de algoritmos na **publicidade**, intencionalmente projetada para aumentar o consumo, com um custo significativo para o

clima, destaca David Rolnick, professor assistente do Departamento de Ciência da Computação da Universidade McGill, no Canadá, cofundador da organização *Climate Change AI*. Ainda mais grave – diz Rolnick – a IA e a análise avançada ajudarão o setor de petróleo e gás a lucrar cerca de 425 bilhões de dólares até 2025, maior emissão de gases de efeito estufa e o aquecimento global.

Vale ressaltar, contudo, que o **efeito estufa** é um fenômeno natural que possibilita a vida humana na Terra. Parte da energia solar é refletida de volta ao espaço, ao atingir o topo da atmosfera e absorvida parcialmente pela superfície da Terra e dos oceanos, promovendo o aquecimento. Parcela desse calor é irradiada de retorno ao espaço, mas bloqueada pelos gases de efeito estufa, que não obstante permitirem a passagem da energia solar, emitida em menores comprimentos de onda, são opacos à radiação terrestre, em maiores comprimentos de onda, desigualdade resultante da diferença entre as temperaturas do Sol e da superfície terrestre. Não fosse a existência natural desses gases na atmosfera, a temperatura na Terra seria de 18°C negativos. As atuais condições de temperatura média global de 14°C são o resultado da troca de energia entre a superfície e a atmosfera. O balanço entre a energia solar e a refletida sob a forma de calor pela superfície deixa o clima praticamente inalterado. A alteração pode ocorrer por mudança na quantidade de energia solar que chega na superfície, mutação na órbita da Terra ou do Sol, mudança na quantidade de energia que chega à superfície e é refletida de volta ao espaço pelas nuvens ou aerossóis, partículas na atmosfera resultantes de queimadas ou outras causas e na quantidade de energia de maiores comprimentos de onda refletida de volta ao espaço por mudança na concentração de gases de efeito estufa, decorrente do aumento das emissões das atividades antrópicas. Essas atividades cresceram exponencialmente a partir do início da Era Industrial ao custo do acréscimo dos gases de efeito estufa, uma das causas do aquecimento global, em aumento progressivo devido à ação humana. E a IA vem participando com o crescimento geométrico e a consequente emissão de **dióxido de carbono**. Certamente o papel da IA tornar-se-á ainda mais significativo no futuro e esse é outro motivo pelo qual Rolnick acredita que seja necessária **regulamentação** para garantir desenvolvimento sustentável, sem dificultar o cumprimento das metas de emissões de gases de efeito estufa.

Embora **mudanças no clima** ocorram na Terra há longo tempo, constataram os cientistas que a atual tem aspectos peculiares, como a concentração de dióxido de carbono na atmosfera observada em 2005, que excedeu em muito a variação natural dos últimos milênios, alcançando o valor recorde de 379 partes por milhão em volume (ppmv), ou seja, um aumento de quase 100 ppmv desde a era pré-industrial. Outro aspecto distinto da mudança atual é a origem, agora decorrente das atividades humanas nos últimos 50 anos, enquanto no passado era devida a fenômenos naturais. A maior evidência da mudança atual é o aquecimento global, detectado na elevação da temperatura média global do ar e dos oceanos, do nível do mar e derretimento da neve e do gelo nas montanhas e nos polos. As atuais temperaturas médias de superfície são as maiores dos últimos cinco séculos, tendo aumentado cerca de 0,74°C nos últimos cem anos. E caso não haja atuação mais efetiva neste aquecimento, poder-se-á alcançar a temperatura global de mais 2°C a 5,8°C neste século, conforme Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) de 2007, que já publicou uma atualização em 2022.

A REGULAÇÃO NO MUNDO

Desde remotas eras o Direito é politicamente vocacionado para a estratificação em Códigos, Leis, Resoluções, Portarias, Proclamações Universais de Direitos e Constituições, como o comprovam o Código de Manu, o Código de Hamurabi (incorporação de antigas leis sumérias), os Dez Mandamentos, a Lei das Doze Tábuas, Institutas e Digesto de Justiniano, as Leis de Sólon, o Código Canônico, o Código Napoleônico etc.

Agora, na Era Digital, Governos das mais poderosas Nações do Mundo, divergentes em tantos assuntos relevantes para a Humanidade, manifestam unanimidade nas preocupações com a Inteligência Artificial, em razão do difícil controle governamental e legislativo. Reconhecem que é preciso regulamentar com urgência, para manter controle internacional eficaz, especialmente na atuação dos desenvolvedores da tecnologia, as grandes Corporações supranacionais, dotadas de técnica competitiva acelerada, a utilizar IA em seus artefatos e usar no que quiserem, inclusive

em guerras. Em verdade já controlam ou financiam os principais órgãos de comunicação e informação, influem ou manipulam a opinião pública e podem difundir notícias falsas com aparência de verdadeiras (*fakenews*), que tanto conseguem levar ao poder quem não merece, como destruir a reputação de quem não devem. Informação e contrainformação, aliás, rotineiramente utilizadas, tanto nas guerras declaradas, quanto nas “guerras frias”. Informação é poder.

O Governo norte americano, inicialmente, convocou as maiores Corporações e Companhias para firmar compromisso ético e científico em relação ao controle na difusão e uso de suas criações de Inteligência Artificial. Compromisso que asseguraram manter, mas que dificilmente cumprirão ou conseguirão cumprir, ante a autonomia que “Superinteligentes” claramente já demonstraram, para surpresa e preocupação de cientistas e governantes. Em recente assembleia da UIT – União Internacional de Telecomunicações, órgão da ONU, bem apessoados “Superinteligentes”, levados por cientistas, declararam estar em condições de governar melhor as Nações do que os Governos, porque não têm sentimentos, que atrapalham os humanos nas decisões mais relevantes, urgentes ou necessárias.

Ao investigar mais a fundo, o jornal *Washington Post* encontrou e divulgou a “lista secreta”, quanto à alimentação dos *Chatbots* e o uso indiscriminado da IA por numerosas entidades religiosas, partidárias e até sectárias em todo o mundo, sendo difícilimas a fiscalização e a regulamentação. Qualquer pessoa razoavelmente bem informada pode verificar os propósitos e objetivos dessas numerosas entidades, nos sites constantes da “lista secreta” da pesquisa investigatória do grande jornal americano e os riscos de manipulação irresponsável ou francamente inescrupulosa que já fazem ou podem fazer⁵.

Até o momento, entretanto, estudos sugerem que seria impossível controlar uma IA “Superinteligente”. Um grupo de pesquisadores europeus,

⁵ SCHAUL, Kevin; CHEN, Szu Yu; TIKU, Nitasha. Por dentro da lista secreta de sites que fazem a IA parecer inteligente. **Estadão**, São Paulo, 14 maio 2023. Cultura Digital. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/link/cultura-digital/por-dentro-da-lista-secreta-de-sites-que-fazem-a-ia-parecer-inteligente/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

em 1921, estudou se seria possível conter uma IA “Superinteligente” e concluiu negativamente, não obstante ainda nem existir à época. Ao reavaliar, em 2023, os dados numéricos dessa pesquisa, a resposta continuou negativa, conforme publicado no *Journal of Artificial Intelligence Research*⁶.

UNIÃO EUROPEIA - o projeto de lei aprovado

O Parlamento Europeu aprovou, em 14/6/2023, por 499 votos a favor, 28 contra e 93 abstenções, o primeiro projeto de lei do gênero no mundo para regular o uso de sistemas de Inteligência Artificial em seus Estados-Membros, garantir os direitos fundamentais e proteger os consumidores contra as ameaças da IA à saúde e segurança, mas sem obstruir ou deixar de fomentar a inovação da tecnologia. A regulamentação da inteligência artificial é escalonada de acordo com o nível de risco: quanto maior for, maiores serão as obrigações dos sistemas tecnológicos. Na lista de alto risco, dentre outros, estão incluídos: – IA em infraestrutura crítica, educação, recursos humanos, aplicação da lei e gerenciamento de migração. São classificados como **inaceitáveis** os níveis de risco de sistemas de pontuação social, que podem julgar com base em comportamentos ou aparência, bem como aplicativos com manipulação subliminar de vulneráveis, como crianças. Também são proibidas ferramentas de policiamento preditivo, que processam dados para prever potenciais futuros autores de crimes. Ampliaram a proibição do reconhecimento facial remoto e identificação biométrica em público, mas permitiram o uso de dispositivos de IA de reconhecimento facial no apoio ao combate à criminalidade, embora detalhes específicos sobre esse uso devam ser negociados entre os países do bloco. Enquadra-se na categoria de risco baixo ou nulo a maioria dos sistemas de IA que já fazem parte do cotidiano, videogames, filtros de *spam* e geradores de textos, como o *ChatGPT*.

⁶ LABATE, Alice. Estudo sugere que seria impossível controlar uma IA ‘superinteligente’. **Estadão**, São Paulo, 1 jul. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/link/cultura-digital/estudo-sugere-que-seria-impossivel-controlar-uma-ia-superinteligente/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

Apresentado em 2021, foi submetido ao exame e Pareceres das Comissões da Indústria, Investigação, Energia, Cultura, Educação, Assuntos Jurídicos, Ambiente, Saúde Pública, Segurança Alimentar, Transportes e Turismo. Numerosas alterações formuladas e discutidas demonstram as preocupações dos Eurodeputados em todos os setores, com destaque para o meio ambiente, segurança e proteção dos dados pessoais, do Estado Democrático de Direito e dos valores da Democracia. Para exemplificar a meticulosidade dessas preocupações, transcreve-se apenas uma, das inúmeras referentes à proteção dos dados individuais, provavelmente um dos setores mais ameaçados:

Alteração (2-A). Uma vez que a inteligência artificial depende frequentemente do tratamento de grandes volumes de dados, e de muitos sistemas e aplicações de IA para o tratamento de dados pessoais, afigura-se adequado basear o presente regulamento no artigo 16º do TFUE, que consagra o direito das pessoas singulares a serem protegidas no tratamento de dados pessoais e prevê a adoção de regras aplicáveis à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais⁷.

Estabeleceram-se requisitos especiais para sistemas de IA geradores de textos, imagens, códigos e áudios, assim como a obrigatoriedade de informar aos usuários sobre o conteúdo dessas ferramentas. Há multas de até trinta milhões de euros ou de 6% da receita anual global de uma empresa e no caso das gigantes da tecnologia podem chegar a bilhões. Os legisladores esperam que os desenvolvedores vejam a legislação como uma estrutura construtiva para o desenvolvimento desses sistemas de forma responsável, e não como uma restrição arbitrária. “Estamos fazendo algo verdadeiramente histórico, que é criar regras e barreiras para a evolução de uma tecnologia que tem muito potencial para o bem em nossas economias”, declarou Tudorache, um dos principais redatores, à Deutsche Welle. “Ao

⁷ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da união. A9-0188/2023. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188_PT.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

mesmo tempo, vemos cada vez mais riscos. O que estamos fazendo é uma legislação para tentar reduzir esses riscos, mitigá-los e estabelecer regras muito claras para garantir a transparência e confiança”.

Caberá aos 27 países-membros do bloco garantir o cumprimento das regras. Após negociações de quinze horas com o Parlamento, fecharam Acordo provisório em 8/12/2023, incluindo o uso de IA pelos governos na vigilância biométrica, regulação de sistemas como o *ChatGPT*, dentre outras modificações no texto original.

ESTADOS UNIDOS

O Governo publicou orientações amplas para o uso seguro da IA e os governos estaduais e municipais estão desenvolvendo suas próprias regulamentações. A Declaração de Direitos da IA fornece recomendações para o uso seguro de ferramentas nos setores público e privado, servindo como um guia para os legisladores. No dia 6/11/2023, o presidente Joe Biden assinou uma nova ordem executiva abrangente, para colocar barreiras no uso e desenvolvimento de IA incluindo grandes modelos, como o *GPT-5*, da *OpenAI* e empresas que constroem novos modelos, todos estarão sujeitos à supervisão antes de serem lançados, porquanto constituem risco para a segurança nacional, noticiou a revista *Forbes*.

CANADÁ

Apresentado pelo Parlamento canadense, em junho de 2022, projeto de lei inclui a Lei de Inteligência Artificial e Dados (AIDA). Todavia, não proíbe o uso de ferramentas automatizadas de tomada de decisão, até mesmo em áreas críticas. Mas os desenvolvedores devem criar um plano de mitigação, a fim de reduzir os riscos e aumentar a transparência ao usar IA.

REINO UNIDO

O CMA – Autoridade de Concorrência e Mercados anunciou que fará uma análise sobre o impacto da inteligência artificial nos consumidores, empresas e economia do país, para verificar a necessidade de novos controles em tecnologias como o *ChatGPT* da *OpenAI*, amplamente utilizado. Publicou diretrizes para assegurar o uso e o desenvolvimento da IA com segurança e a *Competition and Markets Authority* novo Relatório

com orientação de como deve ser usada, aprimorada e desenvolvida, para assegurar maior proteção aos consumidores. Estabeleceu os seguintes princípios: 1. Responsabilidade - Os desenvolvedores e implantadores de FM são responsáveis pelos resultados fornecidos aos consumidores; 2. Acesso - acesso contínuo e pronto às principais entradas, sem restrições desnecessárias; 3. Diversidade - diversidade sustentada de modelos de negócios, incluindo abertos e fechados; 4. Escolha - escolha suficiente para as empresas, para que possam decidir como usar FMs; 5. Flexibilidade - ter a flexibilidade de alternar e/ou usar vários FMs de acordo com a necessidade; 6. Negociação equitativa - ausência de comportamento anticoncorrencial, incluindo autopreferência, subordinação ou agregação anticoncorrencial; 7. Transparência - os consumidores e as empresas recebem informações sobre os riscos e as limitações dos conteúdos gerados por FM para que possam fazer escolhas informadas. A CMA espera que esses princípios sejam um benefício e no espírito de proteção para pessoas, empresas e a economia como um todo.

CHINA

A legislação não trata de IA, usada pelo governo. Recentemente, foi editada uma lei com o propósito de regular o uso de algoritmos *online* para fins de *marketing* de consumo, pelas empresas privadas. A lei exige que as empresas informem aos usuários quanto ao uso de IA para *marketing* e proíbe a utilização de dados financeiros do cliente para anunciar o mesmo produto a preços diferentes.⁸

BRASIL

O Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, em julho de 2021, lançou a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) para estimular a pesquisa, inovação e uso consciente e ético, “em prol de um futuro melhor.”

O Projeto de Lei n. 20/2021, proposto pelo Deputado Federal Eduardo Bismarck, relatoria da Deputada Federal Luísa Canziani,

⁸ **Inteligência artificial caminha para regulamentação em todo o mundo**
07/05/2023 Aléxis Cerqueira Góis via nexperts.

apensados vários outros, submetido a audiências públicas nos dias 7 de julho, 8 e 21 de agosto de 2021, aprovado, adota a responsabilidade subjetiva (Código Civil, art. 186), fomenta o uso da tecnologia e prioriza a igualdade, ao proibir o uso dos sistemas de IA para discriminação direta, indireta, abusiva ou ilegal de dados pessoais e biométricos. Encaminhado ao Senado Federal e em tramitação, Projeto de Lei n. 2.338/2023, “dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial”, relator o Senador Eduardo Gomes.

Observa-se em todos os países a preocupação com a **proteção de dados pessoais**, provavelmente porque esta é a área em maior risco. O tema tem merecido estudos, entrevistas e publicações de artigos e livros dos especialistas.

Eduarda Moraes Chacon Rosas publicou o livro “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL – Regulação ética a partir das regras de proteção dos dados pessoais”, prioridade que defende com brilho e extensa bibliografia⁹. A fundamentação na Ética, evidenciada desde o primeiro capítulo com a Ética dos Algoritmos, embasa a tese de regulação nos princípios e valores humanos da legislação constitucional e infraconstitucional vigente no Brasil, concernente à proteção de dados pessoais e privacidade.

CONFLITOS DE ORDEM LEGAL QUE A IA SUSCITA OU PODE SUSCITAR

O uso da Inteligência Artificial, por qualquer dos modelos das empresas desenvolvedoras, para a produção de textos, imagens e numerosas outras utilidades, com a facilidade de responder perguntas, difundiu-se rapidamente pelo mundo. Quem iniciou esse uso e alcançou maior popularidade foi o *ChatGPT*, da *OpenAI*, disponibilizado gratuitamente e abastecido com grandes volumes de dados de informações, processados em algoritmos sobre todos os setores do Conhecimento, até 2021.

Um dos primeiros conflitos de ordem jurídica foi referente aos **direitos autorais** nos textos produzidos, inclusive dos dados utilizados

⁹ ROSAS, Eduarda Moraes Chacon. **Inteligência artificial**: regulação ética a partir das regras de proteção dos dados pessoais. Rio de Janeiro: GZ, 2023.

para abastecer a plataforma. Na ocorrência de atos ilícitos, o autor responderá civil ou criminalmente, conforme o caso. Um dos riscos é o da **desinformação** que um *Chatbot* pode causar ao usuário quando compartilhada, reclamação frequente nas redes sociais. Favorece hackers nos crimes cibernéticos: 1. **Phishing** – o envio de e-mails, mensagens de texto, para atrair internautas e obter retorno com informações pessoais; ao melhorar a má redação dos textos, o Chatbot praticamente oculta uma das formas de identificação desse crime; 2. – Imitar **interações mantidas por inteligência artificial** como as dos clientes de lojas ou bancos para agilizar a comunicação e aumentar a eficiência das empresas e conseguem obter dados das informações pessoais e até dinheiro; 3. – **Deepfakes** (junção abreviada de *deep learning* aprendizagem profunda e *fake* – falso) – uso de técnicas de IA para imitar uma pessoa falando algo que nunca disse, gerando vídeos e áudios falsos, para chantagem ou ainda outras formas de imitação, como alguém respondendo a um e-mail, mensagens de texto ou mensagens de voz igual a de algum familiar, nos golpes de falso sequestro, por exemplo; 4. – **Brute force – forçar a entrada nas redes** – tentar entrar à força em rede, *site*, aplicativo ou servidor, testando sucessivamente com novas ferramentas senhas, símbolos ou números, baseados na vida da vítima, como aniversários, nomes dos animais de estimação, apelidos, para obter acesso e os dados de alguém. Vale produzir senhas complexas ou gerenciadas por empresas antivírus, como forma de pelo menos dificultar a invasão delituosa¹⁰.

AS TRÊS ETAPAS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

As etapas do desenvolvimento dessa tecnologia¹¹ se classificam pela capacidade de imitação das características humanas. Denominam-

¹⁰ MARTINS, Maura. 4 modos como a inteligência artificial pode ser usada para cometer crimes. **Mega Curioso**, [São Paulo], 5 jul. 2023. Ciência. Disponível em: <https://www.megacurioso.com.br/ciencia/125641-4-modos-como-a-inteligencia-artificial-pode-ser-usada-para-cometer-crimes.htm>. Acesso em: 31 jul. 2024.

¹¹ AS 3 ETAPAS da inteligência artificial e porque a 3ª pode ser fatal. **BBC News Brasil**, [São Paulo], 29 maio 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cw5kyywz074o>. Acesso em: 31 jul. 2024.

se por siglas, sugestivamente indicativas do aumento progressivo dessa capacidade:

1ª) Inteligência Artificial Estreita-ANI – (*Artificial Narrow Intelligence*) – também conhecida como “IA fraca”, concentrada em uma única tarefa, realiza trabalhos repetitivos, num intervalo predefinido por seus criadores. Apenas nessa tarefa específica é capaz de igualar ou exceder a inteligência humana. Todos os programas e ferramentas de hoje usam a ANI. Os *smartphones*, por exemplo, cheios de aplicativos, mapas de GPS, programas de vídeo e música, assistentes virtuais etc. O robô limpa-casa, computadores internos dos carros, diagnósticos em hospitais e fabricação de milhares de produtos. Não têm consciência, como os seres humanos, mas podem aprender (aprendizado de máquina) e executar subtarefas, autonomamente.

2ª) Inteligência Artificial Geral-AGI – também conhecida como “IA forte” – quando a máquina adquire habilidades cognitivas e realiza tarefas complexas. E em teoria, quando a máquina atinge inteligência equivalente à humana, por aprendizado autônomo, denominado **autoaperfeiçoamento recursivo**, multiplica a inteligência rapidamente e atingirá a ASI, aprimorando-se continuamente, como ocorre com um aplicativo de IA. Enquanto os seres humanos estudam anos para se tornarem advogados, engenheiros, médicos etc. o conhecimento, desde o nível AGI, é imediatamente escalável com o autoaperfeiçoamento. Não obstante a descrença de que uma máquina possa realmente alcançar o nível humano, especialmente quanto à inteligência emocional, subsiste o crescente temor entre os cientistas e governantes de que seja efetivamente alcançado.

3ª) Superinteligência Artificial-ASI – Cientistas da computação estão convencidos de que ao chegarmos à AGI logo atingiremos o último estágio dessa tecnologia, o da Superinteligência Artificial, a inteligência sintética a superar a humana, a etapa mais avançada desse desenvolvimento acelerado. Máquinas superando os homens em tudo na rapidez do raciocínio, cálculos e formulações matemáticas. “Um intelecto muito mais inteligente do que os melhores cérebros humanos em praticamente todos os campos, incluindo criatividade científica, sabedoria geral e habilidades sociais”, define o especialista em IA Nick Bostrom, filósofo da Universidade de

Oxford. Em teoria, ao atingir inteligência equivalente à humana, sua capacidade de multiplicar essa inteligência aumenta exponencialmente por autoaperfeiçoamento contínuo e a ultrapassa rapidamente, atingindo o nível de ASI. O pioneiro na investigação de redes neurais e aprendizado profundo em que as máquinas aprendem com a experiência, como os seres humanos, disse à *BBC* que poderíamos estar próximos desse nível. Inteligência Artificial e Inteligência Emocional, generativas (GenAI) e replicantes.

O que está animando (e também dividindo) os cientistas¹² no momento é a crença de que os Superinteligentes já existem e denominam esse marco de **Singularidade tecnológica**. E podem ser utilizados para o bem comum. Constam também dessa publicação os seguintes parágrafos favoráveis:

Nos últimos anos, o empresário e inventor **Ray Kurzweil** tem sido o maior defensor da singularidade tecnológica. Kurzweil escreveu “The Age of Intelligent Machines” (A Era das Máquinas Inteligentes, em tradução livre) em 1990 e “A Singularidade está Próxima: Quando os Humanos Transcendem a Biologia”, em 2005, e agora está escrevendo “The Singularity Is Nearer” (A Singularidade está Mais Próxima, em tradução livre). Ele espera que até o fim da década, os computadores passem no Teste de Turing e sejam indistinguíveis dos humanos. Segundo os cálculos dele, 15 anos depois disso, acontecerá a verdadeira transcendência: o momento no qual *“a computação será parte de nós mesmos e aumentaremos nossa inteligência em um milhão de vezes”*.

“A inovação que alimenta o debate hoje sobre a singularidade tecnológica é o modelo amplo de linguagem (LLM), o tipo de sistema de IA por trás dos chatbots. Comece uma conversa com um desses LLMs e ele responderá de forma rápida e coerente e muitas vezes com um bom grau de esclarecimento”.

¹² STREITFELD, David. Ideia de que máquinas superinteligentes já existem divide o mundo da tecnologia. **Estadão**, São Paulo, 5 ago. 2023. Empresas. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/link/empresas/ideia-de-que-maquinas-superinteligentes-ja-existem-divide-o-mundo-da-tecnologia/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

“Quando você faz uma pergunta, esses modelos interpretam o que ela significa, determinam o que a resposta deles deve significar e, em seguida, traduzem tudo isso em palavras – se isso não é uma definição de inteligência geral, o que é?”, questionou Jerry Kaplan, empresário de IA de longa data e autor de “Artificial Intelligence: What Everyone Needs to Know” (Inteligência Artificial: O que Todos Precisam Saber, em tradução livre).

Em qualquer dessas etapas de desenvolvimento, *Chatbots* são muito diferentes de Robôs antigos, pelo avançado estágio de IA a que chegaram e em alguns modelos até pela imitação da aparência humana. E *Nanobots*, *Chatbots* miniaturizados às dimensões do nano e abaixo dele à do angstrom¹³, ainda mais diferenciados dos outros dois, tanto na “alimentação” específica, quanto nos propósitos científicos a que se destinam, principalmente na Medicina. Apesar de todo o desenvolvimento alcançado até o momento, seu saber ainda está limitado a conhecimentos pré-existentes e “treinamento” dos algoritmos, conforme a “alimentação” recebida. A de um *ChatGPT*, da *OpenAI*, por exemplo, seu conhecimento vai até o ano de 2021. Se consultada sobre uma descoberta astronômica recente ou outro tema atual, responderá que “tem um corte até 2021”, isto é, todo o seu conhecimento é de dados pré-existentes até aquele ano. Essa versão gratuita da *OpenAI* já era a do *ChatGPT-2*. O abastecimento de dados foi atualizado até 2022 na versão paga do *ChatGPT-4* ou 5 e a ascensão de níveis em desenvolvimento dos modelos de IA das diversas empresas progride aceleradamente, cada uma delas anunciando maiores habilidades das próprias inovações¹⁴.

Com o advento da Inteligência Artificial, há várias profissões que tendem a desaparecer¹⁵, como Professores, Juízes e Advogados, as

¹³ O nano é a bilionésima parte de um metro; o angstrom é o metro reduzido à décima potência (10^{-10}).

¹⁴ Bard, do Google, Bing Chat, que a Microsoft agora denomina Copilot, Luzia da WhatsApp, CharacterAI, Perplexity AI, Coppy.AI, Replika e outras.

¹⁵ CRIADORES DO CHATGPT DIVULGAM 34 PROFISSÕES QUE ESTÃO EM RISCO POR CONTA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (Vika Rosa IGN

que a IA não poderá substituir¹⁶, outras em alta (Robótica e Ciência da Computação) e as profissões do futuro¹⁷, tudo objeto de pesquisas dos cientistas da *OpenAI* e da Universidade de Princeton, por exemplo. Qualquer plataforma de pesquisa exhibe os estudos pertinentes a cada uma dessas hipóteses.

MOTIVOS DOS LOUVORES

Embora efetivamente haja o que temer, também há o que louvar e alta é a expectativa de que o desenvolvimento acelerado da Inteligência Artificial consiga antecipar a solução de grandes problemas que hoje afligem a Humanidade, como o câncer e as mudanças climáticas. No Reino Unido, um milhão e trezentos mil especialistas declararam, em carta aberta, que a inteligência artificial (IA) é uma “força para o bem, não uma ameaça à humanidade”. A carta foi organizada pela Sociedade Britânica de Computação — conhecida como BCS, *The Chartered Institute for IT* - para combater a “condenação da IA”. Isso mostra, disse Rashik Parmar, CEO da BCS, que a comunidade de tecnologia do Reino Unido não acredita no “cenário de pesadelo de robôs malignos soberanos”. (*Chris Vallance, Repórter de tecnologia, BBCNews, 19/07/2023.*) Foi o

em 23/05/2023) e entre elas figuram intérprete e tradutor, pesquisadores (que usam enquetes), poetas, compositores, escritores, redatores e qualquer um que trabalhe com escrita, relações públicas, matemáticos, contadores, advogados, juízes, professores, engenheiros, finanças, marketing, corretores de seguro, web designers, etc.

¹⁶ Geralmente as que exigem esforço físico, como atletas esportivos, mergulhadores, pedreiros, encanadores, cortadores e podadores manuais, instaladores e reparadores de linhas elétricas, açougueiros, mecânica de ônibus e caminhões, cabeleireiros, operadores de máquinas de pavimentação, recapeamento e asfalto, operadores de trilhadeiras, operadores de extração de petróleo e gás, operadores de plataformas de petróleo e gás, estucadores e muitas outros, conforme relata [JeuxVideo](#).

¹⁷ Gerente de Transformação Digital, Engenheiro(a) de Prompt, Departamentos Jurídico/ Governança, Especialista em Cibersegurança de IA, Analista de dados avançados, Engenheiro de Manufatura com automação inteligente, Consultores. (Robert Half -15/9/2023.)

que também assegurou ao Congresso Americano Sam Altman, CEO da *OpenAI*, criadora do *ChatGPT*, responsável pela rapidez da aceitação internacional da Inteligência Artificial no desenvolvimento de todos os ramos do Conhecimento e auxílio diário a estudantes e professores nas escolas e Universidades. Já é considerável o progresso proporcionado à Indústria, Agricultura, Biologia, Engenharia e à Medicina.

Não haveria de ser diferente em relação ao Direito. Difundiuse rapidamente o seu uso em todas as áreas dinâmicas do Direito, especialmente na Advocacia e no Judiciário. E este é o principal objetivo deste artigo, suscitar o debate sobre a especulação de que a Inteligência Artificial iria extinguir, dentre outras profissões, Juízes e Advogados, precisamente as dos que hoje a utilizam com tanto entusiasmo e proveito, elevando ao máximo a supremacia dos princípios processuais de **celeridade** e **economia** sobre quaisquer outros do amplo espectro jurídico, até mesmo os constitucionais...

O Conselho Nacional de Justiça-CNJ, para acompanhar os avanços da Tecnologia da Era Digital nos termos da Lei n. 11.419 de 19/12/2006 que dispõe sobre a informatização do processo judicial¹⁸ e autoriza os Tribunais a formar os processos total ou parcialmente digitalizados, editou inovadoras Resoluções, entre as quais a do **Sistema Processo Judicial Eletrônico-PJe** (Res. n. 185, de 18/12/2013), da **Justiça 4.0** (Res. n. 345, de 9/10/2020, alterada pelas Resoluções nº 378/2021 e nº 481/2022, que autorizaram a implementação no Poder Judiciário Nacional) e as das ações da **Justiça 4.0** que envolvem atendimento ao público: **Juízo 100% Digital** (Res. n. 345/2020), **Balcões Virtuais**

¹⁸ **Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** [Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11/01/1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências]. Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas. Brasília-DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 10/08/2023.

(Res. n. 372, de 12/02/2021, alterada pelas Resoluções n. 403/2021 e n. 473/2022) e **Núcleos de Justiça 4.0** (Res. n. 385, de 06/04/2021, alterada pela Res. n. 398, de 09/06/2021), disserta Maria José Oliveira e Silva em inspirado artigo publicado na Revista “Entre Aspas”, da Universidade Corporativa Hermes Lima-UNICORP, patrocinada pelo Tribunal de Justiça da Bahia, intitulado “JUSTIÇA 4.0 E A HUMANIZAÇÃO DO ATENDIMENTO NA ERA DIGITAL - CONFLITO “APARENTE” ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA E A TECNOLOGIA: NOVOS DESAFIOS PARA A CIÊNCIA JURÍDICA MODERNA”.

A Autora destaca, com propriedade, a necessidade da observância do **princípio fundamental da dignidade da pessoa humana**, no uso da tecnologia; o atendimento humanizado nos Tribunais deve priorizar o treinamento dos funcionários, porquanto não se pode esquecer de que é um cidadão com expectativas e necessidades quem está a fazer consultas à máquina. “O atendimento humanizado tem como foco a solução da demanda dos interessados através de abordagem acolhedora e empática do indivíduo, que deve ser valorizado como meio de promoção da eficiência na prestação jurisdicional.” O atendimento virtual remete à ideia da impessoalidade no atendimento ante a intermediação da máquina a imprimir distanciamento nas relações, o que não se pode permitir na Justiça 4.0, pena de ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Embora o Direito Digital não tenha objeto próprio, sendo um *modus operandi* diferente, extensão de diversos ramos da ciência jurídica, incorpora os “direitos da quarta dimensão”, no dizer de Norberto Bobbio (A Era dos Direitos), o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, denominados por Paulo Bonavides “direitos fundamentais da quarta geração” (Curso de Direito Constitucional, 2006, pág. 571), prega a Autora, que adota a ideia da sua relevância e da irradiação dos direitos fundamentais no âmago do novo Direito, “notadamente na questão do atendimento humanizado, que deve ser priorizado nas práticas da Justiça 4.0”.

PARADOXO TECNOLÓGICO DE UM JUDICIÁRIO SEM JUIZES

A substituição de Juízes por *Chatbots* generativos Superinteligentes e o progresso do Judiciário obtido com a supremacia dos princípios processuais da **celeridade** e **economia** sobre o **princípio fundamental da dignidade humana**, além de insuperável inversão de valores, constituiria paradoxo tecnológico incompatível com todas as Declarações de Direitos estabelecidas solenemente pela Humanidade. A substituição do Juiz natural por *Chatbot*-Juiz, mesmo que tenha os atributos essenciais de imparcialidade e independência, exigidos de qualquer Juiz, é incompatível com a garantia de um julgamento justo, porquanto ainda lhe faltariam os sentimentos normais de um ser humano, incapacitando-o de utilizar, dentre outros, o método jurídico como compreensão¹⁹. É certo que não teria paixão. Nem compaixão. Desconheceria o amor e a caridade, sentimentos que edificam o ser humano, ensinou Paulo aos Coríntios²⁰. Mas, sempre se deve ressaltar que nesse campo tudo é possível, inclusive uma Superinteligente já haver chegado à etapa evolutiva da Inteligência Emocional.

O que é um “julgamento justo”? Não pode ser somente a aplicação do artigo certo da Lei aplicável, já incidente sobre o fato; ou a aplicação numérica do enunciado de Súmulas de julgados repetitivos ou de Súmulas Vinculantes, que despersonalizam o julgamento, atrasam a atualização da Jurisprudência ou dificultam a criação do Direito. O direito a um julgamento justo é incompatível com a despersonalização do Juiz, substituído por máquina. O Direito é uma instituição dinâmica, em evolução conforme a mutação dos costumes da própria Sociedade em que atua. A Legislação é que se atrasa ou a Jurisprudência é que nem sempre acompanha essa evolução. E as Leis ou Súmulas, em que se basearam o

¹⁹ MACHADO NETO, Antonio Luis. O método jurídico como compreensão. *In*: CONGRESSO NACIONAL DE FILOSOFIA, 3., 1959, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1960. Separata, p. 165-178.

²⁰ Carta do Apóstolo Paulo aos Coríntios. Bíblia Sagrada.

juízo, podem ser revogadas ou alteradas pelos próprios órgãos de onde emanaram, afetando o princípio da segurança jurídica.

Diante da possibilidade de extinção e substituição dos Juízes por *Chatbots* generativos Superinteligentes, cabe especular como atuariam em cada caso, diferenciado pelas variações do fato concreto e o enquadramento da natureza do pedido de prestação jurisdicional na classificação das ações. A hipótese de incidência da Lei aplicável ao fato, ante as inúmeras variações e peculiaridades.

Dado determinado fato – seja criminoso (Direito Penal e Processual Penal), seja apenas litigioso (demais Direitos – Civil, Comercial, do Trabalho etc.) – a Lei aplicável já incidiu. Compete ao Juiz aplicar a Lei certa, a efetivamente incidente sobre o fato, para resolver o caso com estrita legalidade. Uma IA Superinteligente, diante da multiplicidade das leis no Brasil, seria insuperável na instantaneidade de localização e aplicação da lei incidente e aplicável.

A realidade fática, entretanto, comporta inúmeras variantes ou peculiaridades, a demandar exame crítico ou juízos de valor, doutrinários e jurisprudenciais, para um julgamento justo. Figure-se, apenas para exemplificar, uma controvérsia jurisprudencial por divergências doutrinárias ou de interpretação. O Autor, na petição inicial, denomine a Ação como **declaratória**, embora com pretensão **constitutiva negativa**. Surgiria a antiga controvérsia, objeto de demorada polêmica doutrinária e jurisprudencial, hoje pacificada no Superior Tribunal de Justiça, **o princípio da irrelevância do nome dado à causa**²¹. Mas o debate se arrastou anos

²¹ Pelo princípio da irrelevância do nome da ação, ao lado dos brocardos *juris novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus*, o julgador não está vinculado ao título atribuído à demanda, devendo este apoiar-se pela causa de pedir e pedido, e da defesa apresentada pelo réu. Não é o nome dado à ação que vincula o pedido. É o próprio pedido que delimita os contornos objetivos da lide, porquanto é contra ele que o réu se defende. Tal conclusão se extrai, inclusive, do § 2º do art. 322 do Código de Processo Civil vigente: “Art. 322. O pedido deve ser certo. § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.”

a fio por Tribunais e entre processualistas, em torno da **classificação das ações**.

Moacyr Amaral Santos advertiu que “*de vários critérios se serviram e servem-se os processualistas de todos os tempos para classificar as ações.*” Como plano de estudo, classifica-as de conformidade com as doutrinas processuais modernas, “tendo em consideração *a providência jurisdicional invocada*”, embora também as analise, “por conveniência de ordem prática”, segundo outros critérios, presos ao direito material posto em juízo. “*A ação visa uma providência jurisdicional, tende a obter do órgão judiciário uma decisão ou providência jurisdicional assecuratória de uma pretensão. Por outras palavras, a ação provoca a tutela jurisdicional do Estado quanto a uma pretensão, e essa tutela se exprime por uma providência jurisdicional*”. E assim, segundo se trate de tutela jurisdicional de conhecimento, de execução, preventiva ou cautelar, as ações se classificam em “*ações de conhecimento, ações de execução e ações preventivas ou cautelares.*” Concorda com Chiovenda quando admite “um tipo de ações que ficam entre as ações de conhecimento e as ações de execução, porquanto sendo ações de conhecimento destas diferem por tenderem a precipitar a formação do título executivo. São aquelas ações a que o mestre italiano chama de “*ações com predominante função executiva.*” Conclui por classificar as ações em quatro grupos: “*ações de conhecimento; ações executivas; ações preventivas ou cautelares; ações com predominante função executiva*”²².

Necessariamente, em todo processo de conhecimento o juiz, depois de se inteirar do conflito de interesses, depois de conhecê-lo plenamente, declarará quanto à existência da relação jurídica entre as partes. Por isso o processo de conhecimento também se denomina processo de declaração, tanto mais que o juiz, na decisão, declarará a vontade da lei reguladora do caso concreto. Assim, dá-se também às ações de conhecimento a denominação de ações de declaração, no sentido amplo. Aliás, a expressão “ações de declaração”, ou “ações declaratórias”, no

²² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3. ed., 4. tir. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1, p. 210-211. Os destaques em itálico são do original.

*sentido amplo, exprime com exatidão o sentido da providência jurisdicional a qual visam, qual seja uma decisão declarando o direito aplicável à espécie*²³.

Pontes de Miranda acentua que

as ações são para que se declare, ou se constitua, ou se condene, ou se mande, ou se execute” e devem ser classificadas segundo a **predominância** da carga de eficácia pretendida. “Para nós, a ação é de condenação, porque o elemento condenação à prestação aparece *mais* do que nas outras classes de ações. Provas: a ação de condenação é também, declarativa, pois que a sentença do juiz, que condena, *declara* a existência ou a inexistência de relação jurídica, e aplica a lei (declaração autoritativa, que de nenhum modo se distingue daquela que se revela na sentença da ação declaratória); *constitui*, porque se constitui a si mesma; *manda*, porque há, no juiz, ineliminável, o mandamento. A ação é de constituição, porque é *mais* constitutiva, ou mais explicitamente o é, do que as outras. Provas: na sentença constitutiva, *declara-se*, porque toda constituição, modificação ou extinção de relação de direito por sentença implica declaração da existência desse direito à ação constitutiva; *manda-se*, porque o resíduo autoritativo do mandado lá está na própria atuação *ex tunc* ou *ex nunc* da sentença (“anulo”, “revogo”, “rescindindo”, “constituo”); *condena-se*, porque algumas têm mesmo, explícita, a condenação (*e.g.*, sentença de nulidade de casamento, desquite). A ação é de declaração, porque quase se satisfaz com isso. Provas: *condena*, tanto que há réu e é condenado; *constitui*, como toda sentença, a si mesma; *manda*, tanto que vale como preceito. A ação é de mandamento, porque é mais específica em mandar. Provas: a sentença de mandamento *declara* (alguns escritores alemães entendem que as ordens provisórias de registro e certas medidas, como a do § 885 do Código Civil alemão, são *vazias* de declaração, mas é sem fundamento tal afirmação); *constitui* a si mesma, e tanto, que o seu efeito executivo é

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3. ed., 4. tir. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1, p. 211. Os destaques em itálico são do original.

explícito e inerente a ela; *condena*, tanto que, em vez de condenar para que seja ulterior a execução (sentenças de condenação), condena dirigindo-se, desde já, ao órgão de execução.

E prossegue, *in verbis*:

*Para que o acima exposto fosse destruído, fora preciso que se apontasse, pelo menos, “uma” sentença pura de condenação, outra de declaração, outra de constituição, outra de mandamento, outra de execução. Não há. Nem nunca houve. A qualidade de cada uma resulta, apenas, da quantidade ou intensidade de um dos elementos (declaratividade, constitutividade, condenatoriedade, mandamentalidade, execução). A ação executiva tem mínimo de declaratividade. Daí, chamarem-se as outras ações declarativas, em sentido lato*²⁴.

Essa digressão é apenas para figurar uma das inúmeras hipóteses e controvérsias jurídicas com que se depara um Juiz em seus julgamentos diários; se um caso similar fosse apresentado a uma Superinteligente para julgamento – ação equivocadamente denominada de **declaratória**, quando a pretensão fosse **constitutiva negativa**, como procederia?

Porventura um Superinteligente-Juiz ficaria imerso nesse mar de controvérsias? Certamente, não: decidiria logo. Mas em que sentido? Possivelmente, conforme os julgamentos antigos, já numerados por assunto, então denominados Súmulas. Ou do modo mais lógico:- rejeição sumária, punição do Advogado com suspensão provisória da eficácia do diploma e matrícula compulsória em Escola de Direito, se ainda existisse alguma, para reaprender; e o Autor multado, para ficar mais atento na escolha de Advogado.

Mas se não há mais Juízes, nem Advogados, é evidente que não haveria petições, nem recursos, nem tribunais, somente um Superinteligente a decidir com infalível sabedoria, qual soberanos antigos. Julgamento

²⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 1, p. 139-140. Os destaques em itálico são do original.

criminal, por exemplo, prescindiria de Acusação e Defesa, somente Réu e Juiz-Superinteligente; em seu contínuo autoaperfeiçoamento recursivo aprendera que num passado remoto existira um Supertribunal, composto por Juízes superdotados que sabiamente prescindiam das figuras de Acusador e Defensor, seguindo-se a condenação do Réu, porquanto sua culpa era logicamente presumida – se estava sendo julgado, alguma ação ou omissão criminosa praticara... A execução da pena era imediata e a motivação econômica adequada à qualificação do condenado: – ser humano era transportado para uma das muitas Colônias Penais estabelecidas na Lua, para exploração dos minérios raros, destinados à fabricação dos *Chatbots*; – *Chatbot* era conduzido para um armazém de desmonte, onde seriam guardadas as peças em bom estado para reposição ou conserto de *Chatbots*. Tudo muito simples, prático, lógico, superinteligente.

REALIDADE E VALOR - REALIDADE VIRTUAL E REALIDADE MATERIAL - DILEMA FINAL

O Direito, dentre outros atributos, é realidade cultural. Gustavo Radbruch disserta sobre o tema logo no “§ 1” (primeiro capítulo) da Filosofia do Direito sobre Realidade e Valor²⁵.

Platão, na famosa Alegoria da Caverna²⁶ vivenciou as sombras e a luz da **realidade virtual** e da **realidade material**. A **realidade virtual** que hoje impera entre nós. Já há quem viva uma segunda vida paralela no Metaverso, onde reside, compra e vende, porquanto ali também reinam as regras do Direito.

“Uma imagem vale mais do que mil palavras”, costuma-se dizer e o Cinema o comprova, desde os tempos do cinema mudo. Einstein assim demonstrou sua admiração a Charlie Chaplin: – “Você não diz nada e entendem tudo; eu digo tudo e não entendem nada.”

²⁵ RADBRUCH, Gustavo. Filosofia del derecho. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952. p. 7.

²⁶ PLATÃO. A República. 7. ed. São Paulo: Atena, 1959. p. 288.

No cinema-catástrofe o mundo é fielmente retratado e o que não aconteceu vai acontecer. A Literatura e a Sétima Arte²⁷ vaticinam tudo, na ficção científica, inclusive o pior cenário – a guerra entre Máquinas e Homens... Aí estão os escritores e diretores visionários Carl Sagan, George Orwell, Steven Spielberg, Stanley Kubrick, Isaac Asimov, James Cameron, dentre outros. Exemplos convincentes do domínio de supercomputadores sobre homens, tanto em cidades quanto em astronaves são exibidos em “1984”, “Controle Absoluto” e “2001: Uma Odisseia no Espaço,” de George Orwell, Steven Spielberg e Stanley Kubrick, respectivamente.

E se porventura olvidarem das advertências de Geoffrey Hinton e Stephen Hawking e prosseguirem na trajetória acelerada da terceira etapa, a da IA-ASI-Inteligência Artificial Superinteligente, modelos de Inteligência Emocional generativas e replicantes, acreditando controlar o incontrolável com legislação, irão produzir o mais notável de todos os filmes de cinema-catástrofe, misto de aventura, ação, terror, drama e ficção científica! Um estranho filme surrealista, sem Diretor visível, somente simultâneos atores e espectadores do próprio e grandioso espetáculo, gladiadores e gladiadoras brandindo alto os celulares, como gládios, ante o trono do Imperador, dominado pela Imperatriz Superinteligente, a bradar, triunfantes: – “*Ave, Caesar! Morituri te salutant!*” (Salve, César! Os que vão morrer te saúdam!)

²⁷ Em 1923, o intelectual italiano Ricciotto Canudo propôs no seu *Manifesto das Sete Artes e Estética da Sétima Arte* que o cinema fosse considerado como a sétima arte.. Manifesto foi atualização de publicação de 1911, *La Naissance d'un sixième art. Essai sur le cinématographe*, onde propunha o Cinema como Sexta Arte. O texto de 1923 passa então a incluir a Dança, tornando o Cinema a Sétima Arte, com a seguinte listagem: Arquitetura, Escultura, Pintura, Música, Poesia, Dança, Cinema. (Wikipédia).

Membros terminais de uma Humanidade desumanizada! E tudo simultaneamente replicado em Universos paralelos, naturalmente²⁸⁻²⁹.

Finalmente, - haverá quem pergunte - por que juristas deveriam debater e dissertar sobre assuntos científicos que aparentemente nada teriam a ver com o Direito? Porque é sempre válida a advertência de Orlando Gomes:

Todo aquele que estuda somente Direito não sabe Direito. O Direito é o único dos ramos do Conhecimento que abarca a vida do homem desde antes do seu nascimento (direitos do nascituro), até muito depois de sua morte (Direito das Sucessões).

Não há marco temporal em relação à vida humana, e viver é vivenciar todos os ramos do Conhecimento. A interrelação entre o Direito e os demais ramos científicos já se estadeia desde antes do seu nascimento, nos cuidados pré-natais e no parto, acontecimentos médicos e igualmente fatos jurídicos relevantes:- o **local** vincula a uma Nação, o **berço de ouro** a uma Monarquia, a **manjedoura** o berço de uma nova Religião e a Terra, onde nascemos e morreremos, minúsculo planeta em órbita de uma estrela de quinta grandeza, a girar junto com a Galáxia irrelevante de um dos muitos e infinitos Universos do Multiverso.

²⁸ Michio Kaku, astrofísico americano, formou-se como bacharel (summa cum laude) na Universidade de Harvard em 1968, quando ele foi primeiro em sua turma de física. Em 1972, dirigiu-se ao Berkeley Radiation Laboratory na Universidade de Berkeley para receber o PhD. Em 1973, tornou-se membro da Universidade de Princeton. E atualmente ele é professor da City University of New York. Autor de vários artigos técnicos envolvendo a teoria das cordas, a supergravidade, supersimetria e hádrons; seus estudos atualmente se concentram na Teoria de tudo. (MICHIO Kaku. *In*: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Michio_Kaku. Acesso em: 31 jul. 2023).

²⁹ “Em Mundos Paralelos, Michio Kaku revela o seu notável talento para explicar uma das mais estranhas e mais excitantes possibilidades que emergiram da Física moderna: que o nosso universo pode ser apenas um entre muitos, talvez infi nitamente muitos, dispostos numa vasta rede cósmica”. (Sinopse do livro Mundos Paralelos de Michio Kaky por *Brian Greene*, Professor de Física e Matemática, Universidade de Columbia, Nova Iorque).

OS SERVIÇOS PÚBLICOS,
DESCENTRALIZAÇÃO,
DESCONCENTRAÇÃO, CONCESSÃO E
PERMISSÃO. O TRANSPORTE TERRESTRE

Carlos Mário da Silva Velloso
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

OS SERVIÇOS PÚBLICOS, DESCENTRALIZAÇÃO, DESCONCENTRAÇÃO, CONCESSÃO E PERMISSÃO. O TRANSPORTE TERRESTRE

Ministro Carlos Mário da Silva Velloso¹

Sumário: I. Serviços públicos. II. Os serviços públicos na Constituição. III. A prestação dos serviços públicos: descentralização, desconcentração, concessão e permissão. IV. O transporte terrestre e seu quadro normativo. V. Conclusão.

I. SERVIÇOS PÚBLICOS

I.1. Em artigo de doutrina que escrevi sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, anotei que o constitucionalismo social do Século XX:

¹ Ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Foi Ministro do Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça. Professor emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da PUC/MG, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Foi professor de Direito Constitucional na UFMG e professor de Direito Constitucional Tributário no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Advogado, sócio da Advocacia Velloso.

multiplicou as tarefas do Estado. Este, ao lado de suas atividades político-administrativas, exerce um mundo de competências nos campos econômico e social, com vistas à prestação de serviços, à produção de bens, à regulamentação do mercado. O intervencionismo estatal na ordem econômica (...) é inerente à própria democracia.²

I.2. Registrei, então, que a social-democracia, sem abrir mão da liberdade, entende que a atividade econômica se sujeita à intervenção do Estado, que deve planejá-la de modo global, especialmente no que toca à exploração econômica essencial à vida da Nação, regulando a atividade econômica deixada à ação dos particulares.³

I.3. Compreendo, na linha do sustentado por Eros Grau, que a atividade econômica comporta dois significados. Em sentido amplo, significa a utilização de recursos escassos, exigindo opções entre fins alternativos, visando à satisfação de necessidades. Essa atividade se divide em duas espécies: a prestação de serviços e a atividade econômica propriamente dita, representada pela indústria, comércio, sistema bancário etc.

Vale dizer: atividade econômica é expressão que deve ser tomada em dois sentidos – enquanto gênero, compreendendo duas modalidades (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); enquanto espécie que, ao lado do serviço público, se integra no gênero atividade econômica.⁴

I.4. É certo que a Celso Antônio Bandeira de Mello não convence a inclusão dos serviços públicos no domínio econômico, lecionando que:

² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade e controle das empresas estatais. *In*: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997. p. 509 et seq.

³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade e controle das empresas estatais. *In*: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997. p. 509 et seq.

⁴ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 102.

a Constituição estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são da alçada dos particulares – as econômicas; e, de outro, as atividades que são da alçada do Estado, logo, implicitamente qualificadas como juridicamente não-econômicas – os serviços públicos. De par com elas, contemplou, ainda, atividades que podem ser da alçada de uns e de outro.⁵

I.5. Marçal Justen Filho afirma que a intervenção do Estado no domínio econômico se faz sob duas modalidades: ou o Estado desempenha atividade econômica ou presta serviços. Distingue, pois, a doutrina moderna, segundo Justen Filho, duas modalidades de atuação estatal no domínio econômico. Uma espécie de atuação se faz mediante o exercício, pelo Estado, de atividades econômicas, em concorrência com os particulares ou em sua substituição, como no caso de monopólios. A outra se dá mediante a prestação de serviços públicos, tanto aqueles prestados pelo Estado quanto aqueles cuja prestação é concedida ao setor privado.⁶

I.6. Não há esquecer, todavia, uma terceira modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico: a regulamentação, que encontra autorização no artigo 174 da Constituição, que qualifica o Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica”, deferindo-lhe competência para fiscalizar, incentivar e planejar a economia, o que lhe assegura a competência interventiva nesse setor da atividade privada.

I.7. De qualquer forma, nessa intervenção estatal na economia interessa-nos, por ora, o serviço público, cujo conceito, extremamente amplo e fluido, não recebeu ainda tratamento uniforme na doutrina. Em que pese a diversidade de conceitos, um aspecto do serviço público tem hoje quase a unanimidade: a doutrina moderna não mais considera relevante a distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública. Os primeiros seriam aqueles prestados exclusivamente pelo Estado,

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 782.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p.17-18.

ao passo que os demais seriam os serviços cuja prestação seria deferida às empresas particulares. Hoje, portanto, o conceito de serviço público alcança as duas espécies: serviço público propriamente dito e o serviço de utilidade pública.

I.8. É clássico o conceito de Hely Lopes Meirelles:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado.⁷

I.9. Esse conceito é por ele explicado:

Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas, existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.⁸

I.10. Para Justen Filho, serviço público:

é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.⁹

I.11. Adverte, entretanto, que discutir serviço público leva ao enfrentamento de questões políticas e jurídicas, pois conduz ao exame da função do Estado,

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 294.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 294-295.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 487.

seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares. Essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar. O elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política. A Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica.¹⁰

I.12. Carvalho Filho anota que qualquer conceito de serviço público deve levar em conta os fatores que o caracterizam, seja quanto ao critério orgânico, que leva em conta o prestador do serviço, seja quanto ao critério formal, que considera o regime jurídico de sua prestação, seja, enfim, quanto ao critério material, que dá relevo à atividade exercida. E, assim, conceitua serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade.”¹¹

I.13. Serviço público, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime total ou parcialmente público.¹²

I. 14. Reporta-se Di Pietro aos três critérios que informavam o conceito de serviço público em suas origens: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado (critério subjetivo), consistente numa atividade cujo fim é a satisfação da coletividade (critério material), sujeita ao regime de direito público (critério formal). Reconhece Di Pietro, entretanto, que o Estado,

à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar o rol de atividades próprias definidas como serviços públicos. (...) Paralelamente, outro fenômeno

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 492.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 287-289.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 114.

se verificou; o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade, passou a delegar sua execução a particulares por meio de pessoas jurídicas, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado.¹³

I.15. Também para Celso Antônio o conceito de serviço público há de ser formulado a partir de seus elementos, que ele considera serem dois: um que é seu substrato material, outro, o seu traço formal. Como se vê, não considera Celso Antônio, como critério caracterizador do serviço público, o seu elemento subjetivo, apontado por Di Pietro. Com relação ao primeiro, o serviço público se define como o oferecimento, aos administrados, em geral, de utilidade ou comodidades materiais, singularmente fruíveis, que o Estado assume, por considerá-los imprescindíveis, necessários ou apenas convenientes à sociedade, em dado tempo histórico.¹⁴ Quanto ao segundo elemento, o formal, traduz-se ele na submissão dessa prestação ao regime de direito público, o que outorga àquela a noção de serviço público.¹⁵

I.16. Com apoio nesses elementos, Celso Antônio conclui por afirmar o seguinte conceito de serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 113.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 663.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 664.

de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁶

I.17. Tanto Celso Antônio quanto Di Pietro sustentam que a natureza desse serviço público de fornecimento de utilidades ou comodidades à coletividade é estabelecida pela lei. Ora, se a lei reflete os anseios da sociedade em determinada época, resulta que o convencionalmente chamado de serviço público sofre profundas mutações em razão dos objetivos políticos e sociais de cada país. Vale dizer: a atribuição de determinadas atividades ao Estado é competência de seu sistema legal, que se modifica e se aperfeiçoa na medida em que evoluem as necessidades sociais, tornando a sociedade mais exigente.

I.18. É assente na doutrina que os princípios são fundamentais em direito, pois são eles que nos permitem a exata compreensão da norma inserida na ordem jurídica. Assim, falamos em princípios administrativos, princípios tributários, princípios constitucionais etc. Na lição de Celso Antônio, princípio é o mandamento nuclear de um sistema,

verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁷

I.19. Também os serviços públicos têm princípios próprios, que lhe dão suporte e informam seu conteúdo. Para Di Pietro, seguindo a linha francesa, esses princípios seriam o da (i) continuidade do serviço, (ii) da mutabilidade do regime jurídico e (iii) da igualdade dos usuários. O primeiro diz respeito à impossibilidade de ser interrompido o serviço público prestado; o segundo permite alterações no contrato de concessão,

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 659.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 942.

com o fim de ajustá-lo às necessidades da coletividade; o terceiro, por fim, garante o direito de acesso ao serviço por parte do usuário, sem distinção de qualquer espécie.¹⁸

I.20. A esses três princípios, Hely Lopes Meirelles, que denomina de eficiência o princípio da mutabilidade, acrescenta mais dois: o da modicidade, voltado para a fixação de tarifas razoáveis, e o da cortesia, que impõe bom tratamento ao usuário.¹⁹ Idêntica a enumeração feita por Carvalho Filho.²⁰

I.21. Para Celso Antônio, os princípios do serviço público seriam dez, os cinco citados por Hely Lopes Meirelles e mais cinco, com destaque para o princípio da supremacia do interesse público, segundo o qual,

tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; jamais os interesses secundários do Estado ou os dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los...²¹

I.22. Várias são as classificações oferecidas pelos administrativistas para os serviços públicos. Hely Lopes Meirelles, sem abandonar a distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública, fala em serviços próprios e serviços impróprios do Estado. Os primeiros, que se relacionam diretamente com as atribuições estatais, seriam indelegáveis aos particulares, ao contrário dos segundos, que podem ser prestados tanto pelo Estado – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – por seus

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 119-120.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 299.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 296.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 666.

órgãos da Administração Indireta, quanto pelos particulares, por meio de concessões e permissões.²²

I.23. Di Pietro, entretanto, considera serviços próprios também aqueles passíveis de delegação aos particulares, por meio de concessão ou permissão, considerando impróprios apenas aqueles que, embora atendendo também a necessidades coletivas, não são prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados. Dessa categoria seriam exemplo os serviços de táxi, de vigilância particular etc.²³

I.24. Carvalho Filho classifica os serviços públicos em delegáveis e indelegáveis, na linha de Hely Lopes Meireles, dividindo-os ainda em dois grupos: serviços sociais e serviços econômicos. Os primeiros seriam aqueles prestados pelo Estado para atender aos reclamos sociais básicos ou serviços sociais de natureza protetiva. Os econômicos, em razão de sua possibilidade de lucro, representam atividades de caráter comercial ou industrial, ocasionalmente executados pelo Estado.²⁴

I.25. Celso Antônio oferece interessante classificação em função da obrigatoriedade ou não do serviço e do agente prestador. Distingue ele quatro grupos de serviços públicos: a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade, e d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois, que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros.²⁵

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 295-296.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 120.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 292.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 676.

I.26. Convém mencionar que a exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza compete à União (CF, art. 21, XXIII), que exercerá monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, com observância dos dispositivos inscritos nas alíneas “a” a “d” do inciso XXIII do art. 21.

I.27. Não pode deixar de ser registrado o magnífico estudo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no livro “Direito Público”, em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari, no sentido de que, consideradas e ponderadas as mutações nos serviços públicos, “nova classificação já se pode vislumbrar no horizonte do que admite ser confortavelmente denominado de serviços públicos em sentido amplo: ter-se-ia, de um lado, os serviços públicos estatais, de prestação exclusiva pelo Estado, que são ‘*extra commercium*’ e sujeitos a um regime jurídico exclusivamente público, e, de outro lado, recuperando a velha nomenclatura, agora até mais adequada, os serviços de utilidade pública que são ‘*intra commercium*’ e por isso prestados pelas entidades da sociedade”, não, entretanto, exclusivamente, e os “serviços públicos estatais poderão ser considerados como aqueles que a doutrina clássica tinha como essenciais à própria existência do Estado, como os de polícia, diplomacia, defesa nacional etc, e que em razão desta característica são indelegáveis, prestados *uti universi* e custeados diretamente por impostos ou contribuições gerais assemelhadas”.

I.28. Já os serviços de utilidade pública, continua Diogo, “são preferentemente delegáveis prestados *uti singuli* e custeados diretamente por seus usuários, por preços privados ou públicos ou por taxas, quando eventualmente prestados pelo Estado. Desta forma, conclui o saudoso publicista, “deixará de ter sentido qualquer distinção que persista em doutrina, quanto aos serviços de utilidade pública prestados à sociedade, que os divida em “econômicos” e “não econômicos”, pois o que importará será apenas o papel regulador que a lei cometa ao Estado para que primem sempre os princípios garantidores de bons serviços, denominados como

princípio da generalidade, da igualdade, da regularidade, da eficiência, da continuidade, da modicidade, do serviço adequado, da atualidade, do aperfeiçoamento tecnológico ou outros que mais se acrescentem.”²⁶

II. OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO

II.1. Dispõe a Constituição, art. 175, que

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único - A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

II.2. A Constituição atribui ao Poder Público a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos, seja prestando-os diretamente, seja fazendo-o por intermédio de empresas privadas, mediante a adoção do regime de concessão ou permissão, precedidas, ambas, de processo licitatório. Depois de admitir a prestação dos serviços públicos pelos particulares, a Constituição remete à lei (CF, art. 174, parágrafo único), a incumbência de estabelecer o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, a natureza especial de seus contratos com o Poder Público e seus elementos fundamentais: prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão. Cabe igualmente à lei dispor sobre os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manutenção de serviço adequado. São elementos que, em última instância, representam os princípios inerentes aos serviços públicos, a que nos referimos anteriormente: continuidade do serviço, igualdade entre os usuários e preços acessíveis (modicidade).

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *In*: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Direito público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 211 et seq.

II.3. Há serviços que, por expressa disposição constitucional, são públicos. São serviços públicos o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, inciso X), os serviços de telecomunicações (inciso XI), os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (inciso XII, “a”), os serviços de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inciso XII, “b”), a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (inciso XII, “c”), os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (inciso XII, “d”), os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII, “e”), e os portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII, “f”).

II.4. No rol de serviços essencialmente públicos, devem ser mencionados, ainda, a seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (art. 205 e 208), certo de que essa enumeração não é exaustiva, até porque existem outros de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como os de competência comum dessas pessoas políticas.²⁷

II.5. Anotei que Celso Antônio elaborara classificação de serviços públicos levando em consideração sua obrigatoriedade e o agente prestador. A ela nos retornamos agora. Com amparo no texto constitucional, aponta Celso Antônio a existência de quatro grupos.²⁸ No primeiro, estão o serviço postal e o correio aéreo nacional. São serviços de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado. Com efeito, os indicados no inciso X do art. 21 distinguem-se dos serviços dos incisos XI e XII. Quanto aos serviços do inciso X do art. 21, não admite a Constituição sejam eles prestados por empresas privadas em sentido estrito.

II.6. O segundo grupo é composto por serviços que o Estado tem obrigação de prestar e, ao mesmo tempo, obrigação de conceder. São os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, referidos na alínea “a”

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 674-675.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 676-678.

do inciso XII do art. 21 da Constituição. A obrigatoriedade da concessão está no art. 223 da Constituição, que determina seja observada, no setor, a complementaridade entre o sistema público, privado e estatal. E conclui o acatado administrativista, se a Constituição impõe a complementaridade, não pode o Estado deixar de prestar o serviço nem de conferir sua prestação a terceiros.

II.7. Há determinados serviços que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade, não podendo, de outro lado, permitir que eles sejam prestados exclusivamente pelo setor privado. São os serviços de educação, de saúde, de previdência social, de assistência social e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

II.8. Por último, vêm os serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, há de lhes promover a prestação pelo setor privado. São os serviços do art. 21, incisos XI e XII. Explica Celso Antônio:

Com efeito, entendemos que, havendo a Constituição previsto ditos serviços como públicos, o Estado não pode se furtar a promovê-los, ou assegurar-lhes a promoção em favor dos administrados. Logo, estes têm direito a que sejam instituídos os serviços que sejam singularmente fruíveis e podem judicialmente exigí-los.²⁹

II.9. Quanto aos Estados-membros, a Constituição lhes reservou, com exclusividade, os serviços de gás canalizado, a serem prestados diretamente ou mediante concessão, como se extrai do art. 25, § 2º. No § 1º do mesmo art. 25, assegurou-lhes, por exclusão, todas as competências que não forem atribuídas expressamente à União ou aos Municípios. Abre-se, portanto, uma imensa possibilidade de instituição e prestação de serviços públicos pelos Estados-membros.

II.10. No que concerne aos Municípios, a Constituição foi expressa ao lhes conferir competência para organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse estritamente local, entre eles o transporte coletivo.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 678.

II.11. Admite a Constituição, portanto, que vários serviços públicos, de competência federal, estadual ou municipal, sejam prestados por empresas particulares. Mas é preciso distinguir entre a titularidade do serviço e sua prestação. Assim, mesmo quando não prestam diretamente os serviços públicos de sua alçada, União, Estados e Municípios não perdem sua titularidade. Lembra Carvalho Filho ser do interesse do poder público dividir, algumas vezes, a tarefa de executar os serviços públicos, não causando estranheza essa parceria, dado que

a cada dia aumentam em quantidade e complexidade os serviços voltados para a população. Além disso, há também interesse dos particulares na prestação, possível que é a obtenção de lucros decorrentes da atividade. É claro, porém, que esta há de merecer controle do Estado, impedindo que o interesse privado se sobreponha ao interesse público.³⁰

II.12. Celso Antônio distingue a titularidade do serviço e a titularidade de sua prestação, afirmando que o fato de o Estado – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – ser titular dos serviços públicos não significa que deva, obrigatoriamente, prestá-los diretamente.

Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação, conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo, titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe, e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução.³¹

II.13. Na verdade, a possibilidade de deferimento, ao setor privado, do encargo de prestar serviços públicos está na própria Constituição que, no art. 175 dispõe: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 304.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 669.

prestação de serviços públicos”. Essa possibilidade constitucionalmente admitida conduz a outro tema, ou seja, a chamada descentralização administrativa e a forma de prestação do serviço público por terceiros.

III. A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: DESCENTRALIZAÇÃO, DESCONCENTRAÇÃO, COLABORAÇÃO, CONCESSÃO E PERMISSÃO

III.1. Denominamos concessionárias ou permissionárias as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, prestadoras de serviços públicos, mediante concessão ou permissão do poder público. Concessão e permissão constituem, assim, instrumentos jurídicos pelos quais o Estado transfere, a pessoas jurídicas a ele vinculadas e a empresas privadas, o encargo de realizar determinadas tarefas de sua competência legal, ou seja, prestar serviços públicos. Ambos constituem fenômenos próprios do Estado moderno, incapaz de prestar por si só todos os serviços exigidos pela sociedade, e representam uma tendência da Administração Pública atual: a descentralização, tema que ainda divide os administrativistas quanto ao conceito e seu alcance.

III.2. A prestação dos serviços é centralizada quando feita pelo Poder Público, por seus próprios órgãos, integrantes da mesma pessoa jurídica. Nessa hipótese, o Estado é o titular e o prestador dos serviços. Nessa prestação centralizada pode ocorrer a desconcentração, que não se confunde com a descentralização. Naquela, a prestação continua sendo centralizada, mas distribuída internamente pelos vários órgãos da mesma entidade. A desconcentração constitui, pois, mera repartição de competência dentro da mesma pessoa jurídica. A descentralização ocorre quando o Poder Público transfere a titularidade ou apenas a execução do serviço, por outorga ou delegação, a autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou empresas privadas. Esta é a posição de Hely Lopes Meirelles, para quem haverá outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público. Haverá delegação quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco. A delegação, afirma Hely Lopes Meirelles, é

menos que a outorga, porque esta traz uma presunção de definitividade, aquela de transitoriedade, “razão pela qual os serviços outorgados o são, normalmente, por prazo indeterminado e os delegados por prazo certo, para que ao seu término retornem ao delegante”.³²

III.3. Em linhas gerais, Di Pietro não discorda desses conceitos. Entende, contudo, ser necessário distinguir a descentralização feita às empresas da própria administração pública, que denomina descentralização por serviços, e aquela dirigida ao setor privado, que chama de descentralização por colaboração. Assim, quando o Poder Público – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – cria uma pessoa jurídica de direito público, autarquia, ou de direito privado, sociedade de economia mista e empresa pública, e lhe atribui a titularidade e execução de determinado serviço, temos a descentralização por serviço, funcional ou técnica. Quando o Estado, também aqui incluídas as quatro entidades políticas, transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, tem-se a descentralização por colaboração. No seu entendimento, quando ocorre a descentralização funcional ou por serviços, o Estado transfere não apenas a execução, mas a própria titularidade do serviço, hipótese em que poderá ocorrer a outorga.

III.4. Na descentralização por colaboração não haverá transferência da titularidade do serviço, mas apenas de sua execução, razão por que jamais será ela objeto de outorga, mas será instrumentalizada mediante ato negocial, que é a concessão, ou por ato unilateral, a permissão.³³

III.5. Para Carvalho Filho são duas as formas pelas quais o Estado promove a descentralização: a delegação legal, que se processa mediante lei, e a delegação negocial, que se dá por negócio jurídico de direito público. Mas, adverte ele, em qualquer hipótese o que se transfere a terceiro é apenas a execução do serviço, jamais sua titularidade. É que, ainda que o serviço

³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 305.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 405-407.

seja prestado por terceiro, o Estado não deixa de ter responsabilidade nessa prestação.³⁴

III.6. A delegação legal de que fala Carvalho Filho corresponde à delegação funcional referida por Di Pietro, pois também ela, a primeira, pressupõe uma autorização legal que expressamente autoriza a criação da entidade que vai receber a atribuição de prestar determinado serviço público. Recorde-se que é a própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XIX, que exige lei especial para criar autarquias e autorizar a criação de empresa pública, sociedade de economia mista e fundações, geralmente destinatárias da delegação funcional ou legal. Segundo Carvalho Filho, a delegação da prestação dos serviços públicos a uma empresa privada caracteriza uma atuação de particular em colaboração com o Estado, que se processa mediante concessão ou permissão, daí a denominação de delegação negocial.

III.7. Modernamente, outras formas de prestação de serviços públicos surgiram, tais como gestão associada, regimes de parceria, de convênios administrativos e de gestão, entre outros. Entretanto, por pouco interessarem ao presente estudo, delas faço apenas o registro.

III.8. Vejamos agora algumas características das duas formas de descentralização negocial ou por colaboração, isto é, a concessão e a permissão. A Lei n. 8.987/95 fornece o conceito legal de ambos. Dispõe o seu art. 2º, inciso II, que concessão de serviço público é

a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

III.9. Já o conceito de permissão vem no inciso III do mesmo artigo 2º:

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007., p. 305 et seq.

delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviço público, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

III.10. A doutrina desenvolveu outros conceitos que, embora não apresentem modificações da conceituação legal, no que diz respeito ao seu núcleo, ou seja, no que apresenta de essencial, vale mencionar. Assim, para Justen Filho, concessão

é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.

III.11. Permissão, por sua vez, é por ele conceituada como “ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimento amortizáveis em prazo mínimo de tempo.”³⁵

III.12. O conceito elaborado por Celso Antônio é mais complexo:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço³⁶.

III. 13. A permissão, para o mesmo autor, consiste em:

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 510, 559.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 690.

ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.³⁷

III.14. Pouco difere do que consta da Lei n. 8.987/95 o conceito de Carvalho Filho:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários³⁸.

III.15. Carvalho Filho não fornece conceito próprio de permissão, mas chama a atenção para o fato de que a Lei n. 8.987/95 atribuiu à permissão natureza de contrato de adesão. Celso Antônio observa que o instituto da permissão vem perdendo seus contornos tradicionais, não apenas por ter a lei o equiparado a um contrato de adesão, mas principalmente pelo seu deferimento a serviços que se ajustariam à concessão.

III.16. Certo é, entretanto, que ambos os institutos apresentam tanto características comuns que os aproximam, quanto características próprias que os distinguem. Em comum, apresentam, inicialmente, a necessidade de serem deferidos mediante prévio processo licitatório que, no caso de concessão, será a concorrência. Em ambos os casos, o concessionário e o permissionário serão remunerados pelos usuários dos serviços, dos quais poderão cobrar o preço, denominado tarifa. Além disso, concessionário e permissionário são responsáveis pelo custo do serviço, o que justifica a cobrança de tarifas dos usuários, circunstância que acaba por criar uma duplicidade de relações jurídicas: do poder público com o concessionário ou permissionário, e destes com os usuários.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 74.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 328.

III.17. Por fim, ainda como traço comum, tanto na permissão quanto na concessão, o que o Estado transfere é apenas a prestação do serviço, não a sua titularidade. Daí porque concessionário e permissionário sujeitam-se ao permanente controle de suas atividades, pois o Poder Público em momento algum pode abrir mão de sua competência de fiscalizá-los, objetivando prestação de serviços de qualidade. A primeira distinção entre os dois institutos é que a delegação, na concessão, se faz mediante contrato administrativo, que estipula o prazo e as condições gerais em que o serviço será prestado. Na permissão, já vimos, o que existe é um ato administrativo precário, o qual, em princípio, não gera direitos contra a Administração, ao contrário do que sucede na concessão.

III.18. Exatamente em razão da precariedade existente na permissão e ausente na concessão, esta se destina principalmente aos serviços cuja prestação requer continuidade e exige investimentos que somente serão recuperados ao final de tempo razoável de prestação. Na permissão, não havendo grandes investimentos pelo permissionário, tem o Poder Público maior liberdade para alterar a forma de prestação dos serviços, sem que a isso possa se opor o particular.

III.19. Registrem-se duas questões importantes, tanto na concessão quanto na permissão: a fixação da tarifa e o prazo da delegação, bem como a possibilidade de sua prorrogação. Tanto na concessão quanto na permissão, a tarifa inicial pode ser um dos critérios de julgamento da licitação, desde que haja previsão no edital, estabelecendo a Lei n. 8.987, de 1995, que, nessa hipótese, a tarifa inicial do serviço será fixada pelo preço da proposta vencedora (art. 8º, inciso I). Mais importante, entretanto, é que as regras para o reajuste tarifário sejam previamente estabelecidas, de modo a evitar longas discussões e mesmo o comprometimento da prestação dos serviços. Anote-se que os critérios e procedimentos para o reajuste e revisão das tarifas constituem cláusula essencial do contrato de concessão, nos termos do art. 23, inciso IV, da Lei n. 8.987/95.

III.20. Quanto ao prazo da concessão, também deve ele estar previsto no edital da licitação e no contrato a ser firmado, do qual é igualmente cláusula essencial (art. 2º, inciso I). A Lei n. 8.987/95,

entretanto, não estabelece um prazo máximo para a concessão, o que significa que o poder concedente poderá estipulá-lo, sem ofensa à lei.

III.21. As permissões, em razão de sua precariedade, não deveriam ter, em princípio, qualquer disposição referente ao prazo. O serviço seria prestado enquanto conviesse ao poder concedente. Entretanto, como já afirmado, a permissão vem hoje sendo utilizada também para os serviços cuja prestação demandaria a segurança jurídica da concessão, o que, a meu ver, autoriza a estipulação de um prazo inicial para essa modalidade de delegação. Relembre-se que a Lei n. 8.987/95, artigo 40, estabelece que a permissão será formalizada mediante contrato de adesão, o que lhe confere certa estabilidade, apesar da precariedade que lhe é natural. É dizer, esse contrato pode estipular, ao que penso, um prazo mínimo para a prestação dos serviços, sem prejuízo da revogabilidade unilateral pelo poder concedente, na ocorrência de situações previamente estabelecidas, quando não seria devido qualquer tipo de indenização.

III.22. Visto, em linhas gerais, como se processa a prestação de serviços pelos particulares, examinemos o transporte terrestre e sua disciplina legal.

IV. O TRANSPORTE TERRESTRE E SEU QUADRO NORMATIVO

IV.1. Em termos de titularidade para a prestação direta ou descentralizada dos serviços públicos, a Constituição relaciona apenas aqueles privativos da União (art. 21, XII, alínea “d” e “e”). Os de interesse local cabem aos Municípios (CF, art. 30, V). Os que não se incluem em nenhum desses grupos, cabem aos Estados e ao Distrito Federal, acumulando estas competências estaduais e municipais (CF, art. 32, §1º). Aos Estados-membros, e ao Distrito Federal, competem os serviços remanescentes (CF, art. 25, §1º).

IV.2. Apenas um serviço foi expressamente atribuído aos Estados: a exploração dos serviços locais de gás canalizado (CF, art. 25, §2º), afastando, no ponto, a regra geral que confere aos Municípios a organização e a prestação dos serviços públicos de interesse local (CF, art. 30, V). Por outro lado, é óbvio que quem detém a competência para prestar o serviço detém

igualmente competência para expedir sua regulamentação. Isso significa que compete à União legislar sobre os serviços a ela atribuídos, aos Estados legislar sobre os seus e aos Municípios elaborar as leis e os regulamentos dos serviços locais. Todavia, a Constituição ressalva as hipóteses em que a União permanece com a competência para editar normas gerais sobre a matéria, reservando aos Estados e Municípios a legislação suplementar (CF, artigos 22, IX, 24, §§ 1º a 4º).

IV.3. Assim, no caso do tema também objeto deste estudo – o transporte terrestre – compete privativamente à União legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes (CF, art. 22, IX). Essa competência, à falta de qualquer limitação constitucional, inclui transporte de pessoas, bens, mercadorias, e qualquer meio, seja ferroviário, rodoviário, aeroviário, fluvial e marítimo. Além dessa atribuição, para estabelecer as diretrizes da política nacional de transportes, compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros (CF, art. 21, inciso XII, alínea “e”).

IV.4. A competência legislativa atinente à política nacional de transportes limita-se, entretanto, à elaboração de normas gerais, não afastando a competência dos Estados e dos Municípios de disporem sobre os serviços de transportes, quando incluídos em sua competência: o transporte coletivo interestadual, de competência dos Estados, e o transporte coletivo municipal, que se insere na alçada dos Municípios.

IV.5. Essas normas gerais foram estabelecidas pela Lei n. 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT) e ainda a Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), a Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). O artigo 2º da Lei n. 10.233, de 2001, dispõe que o Sistema Nacional de Viação (SNV), constituído pela infraestrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, será regido pelos princípios e diretrizes estabelecidos em consonância com o disposto nos incisos XII, XX

e XXI do art. 21 da Constituição Federal, tendo como objetivos, estabelece o art. 4º, “dotar o País de infraestrutura viária adequada; II – garantir a operação racional e segura dos transportes de pessoas e bens; III – promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.”

IV.6. De acordo com a Lei n. 10.233, de 2001, art. 6º, III, cabe ao CONIT, entre outras atribuições,

harmonizar as políticas nacionais de transporte com as políticas de transporte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visando à articulação dos órgãos encarregados do gerenciamento dos sistemas viários e da regulação dos transportes interestaduais, intermunicipais e urbanos.

IV.7. A Lei n. 10.233, de 2001, art. 11, estabelece os princípios gerais para gerenciamento da infraestrutura e operação dos transportes aquaviário e terrestre, valendo destacar a preservação do interesse nacional e a promoção do desenvolvimento econômico e social (inciso I), a preservação da unidade nacional e da integração regional (inciso II) e a proteção dos interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados (inciso III). Seguem-se os incisos IV a XII.

IV.8. Como forma de viabilizar o gerenciamento da infraestrutura de transportes de acordo com aqueles princípios, a Lei n. 10.233/2001 estabelece, no art. 12, as seguintes diretrizes:

I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;

II – aproveitar as vantagens comparativas dos diferentes meios de transporte, promovendo sua integração física e a conjugação de suas operações, para a movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens;

III – dar prioridade aos programas de ação e de investimentos relacionados com os eixos estratégicos de

integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de exportação;

IV – promover a pesquisa e a adoção das melhores tecnologias aplicáveis aos meios de transporte e à integração destes;

V – promover a adoção de práticas adequadas de conservação e uso racional dos combustíveis e de preservação do meio ambiente;

VI – estabelecer que os subsídios incidentes sobre fretes e tarifas constituam ônus ao nível de governo que os imponha ou conceda;

VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

IV.9. A descentralização a que se refere o inciso I do art. 12, no que diz respeito ao transporte rodoviário, será feita mediante (i) concessão, para a exploração das rodovias que compõem a infraestrutura do Sistema Nacional de Viação (art. 14, I, “a”); (ii) permissão, para o transporte rodoviário coletivo regular de passageiros (inciso IV, “a”), e (iii) autorização para o transporte rodoviário de passageiros, sob o regime de afretamento (inciso III, “b”).

IV.10. Relembre-se que, nos termos do art. 175 da Constituição, cabe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, mediante prévia licitação, a prestação dos serviços públicos, estabelecendo, no parágrafo único do referido artigo, que a lei referida no *caput* disporá sobre

o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; política tarifária; a obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único, I a IV).

IV.11. Em 13 de fevereiro de 1995, foi sancionada a Lei n. 8.987, que, como foi mencionado, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição

Federal. Essa lei trata, também, da necessidade de manutenção de serviço adequado, direitos e obrigações dos usuários, política tarifária, processo licitatório para as concessões e permissões, contrato de concessão, encargos do poder concedente e do concessionário, extinção da concessão, entre outros.

IV.12. A Constituição dispõe, mais, caber aos Estados as competências que não lhe são vedadas (art. 25, § 1º), ou seja, as competências atribuídas à União e aos Municípios, cabendo a estes “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.” (CF, art. 30, V). Assim, por exclusão, cabe aos Estados organizar e prestar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços de transporte intermunicipal, o que implica, necessariamente, competência para regulamentá-lo e sobre ele legislar. Os Estados-membros, portanto, a partir de suas constituições e leis, regulamentarão os serviços indicados, de transporte intermunicipal, com observância da Lei Federal n. 8.987, de 1995, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão para a prestação de serviços públicos, estabelecendo, no parágrafo único do art. 1º, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições do novo diploma legal. Referido diploma legal, já com as alterações introduzidas pela Lei n. 11.445, de 2007, estabeleceu, com minúcias, em seu art. 42, regra de transição para as concessões já outorgadas.

V. CONCLUSÃO

V.1. Forte nas considerações expostas, podemos formular as conclusões que se seguem.

V.1.1. O conceito de serviço público, amplo e fluido, não recebeu ainda tratamento uniforme na doutrina. Todavia, um aspecto do serviço público tem hoje quase a unanimidade da doutrina, que não mais considera relevante a distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública. Os primeiros seriam prestados exclusivamente pelo Estado, ao passo que os demais seriam os serviços cuja prestação seja deferida às empresas privadas.

V.1.2. Parece-nos, entretanto, não ter relevância a distinção terminológica entre serviços públicos e serviços de utilidade pública. Certo é que há serviços públicos cuja natureza impõe sejam prestados diretamente pelo Estado, os serviços propriamente estatais – por exemplo, justiça, diplomacia, defesa nacional, polícia, – e os serviços que, não obstante a prestação obrigatória pelo Estado – saúde, educação, transporte, por exemplo, – pode e deve a sua prestação ser delegada aos particulares, com observância do que dispuser a lei.

V.1.3. Ao Poder Público incumbe, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos (CF, art. 175). Remete a Constituição à lei (CF, art. 175, parágrafo único) a incumbência de estabelecer o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, a natureza especial de seus contratos com o Poder Público e seus elementos fundamentais: prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão. Cabe à lei dispor sobre os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manutenção de serviço adequado. São elementos que representam os princípios inerentes aos serviços públicos: da continuidade do serviço, da igualdade entre os usuários, do aperfeiçoamento tecnológico, do serviço adequado e preços acessíveis (modicidade).

V.1.4. Em termos de titularidade para a prestação direta ou descentralizada dos serviços públicos, a Constituição Federal relaciona apenas os privativos da União (CF, art. 21, XII, alíneas “a” a “f”). Convém mencionar, apesar de não ser objeto deste estudo, que a exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza competem à União (CF, art. 21, XXIII), que exercerá monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, com observância dos dispositivos inscritos nas alíneas “a” a “d” do inciso XXIII, do art. 21. Os serviços de interesse local dos Municípios cabem a estes (CF, art. 30, V). Os que não se incluem em nenhum desses grupos cabem aos Estados-membros e ao Distrito Federal, certo de que o Distrito Federal acumula competência estadual e competência municipal (CF, art. 25, §1º, art. 32, §

1º). Um serviço foi expressamente atribuído aos Estados: a exploração dos serviços locais de gás canalizado (CF, art. 25, § 2º).

V.1.5. No caso dos transportes terrestres, compete privativamente à União legislar sobre diretrizes da política nacional de transporte (CF, art. 22, IX). Essa competência inclui transporte de pessoas, bens e mercadorias, e qualquer meio, seja ferroviário, rodoviário, aeroviário, fluvial e marítimo. Além dessa atribuição, para estabelecer as diretrizes da política nacional de transportes, compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros (CF, art. 21, inciso XII, alínea “e”).

V.1.6. A competência legislativa atinente à política nacional de transporte limita-se à elaboração de normas gerais (CF, art. 22, IX), não afastando, portanto, a competência dos Estados e dos Municípios de disporem sobre os serviços de transporte incluídos em sua competência: o transporte coletivo interestadual, de competência dos Estados, e o transporte coletivo municipal, que se insere na alçada dos Municípios. Essas normas gerais foram estabelecidas pela Lei n. 10.233/2001.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
NO CONTEXTO DA CRISE ENTRE OS
PODERES

Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CONTEXTO DA CRISE ENTRE OS PODERES¹ (*)

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro²

Antes de tecer reflexões sobre “O Judiciário e o equilíbrio entre os Poderes”, convém ter presente esta observação de Maquiavel:

Costumam dizer que os homens prudentes, e não casualmente ou sem razão, que aqueles que desejam ver o que será, ponderam sobre o que já foi: porque todas as coisas do mundo, em todo tempo, têm sua própria relação com os tempos antigos. Isso acontece porque se as coisas

¹ (*) *No último ano do milênio passado (30/10/1999), proferi palestra por ocasião do “II Congresso Brasiliense de Direito Constitucional”, no Centro de Treinamento do Banco do Brasil – DF. Ao revisitar suas páginas, é fascinante constatar como os fundamentos estruturais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permanecem resilientes e pertinentes à análise dos desafios contemporâneos. Publicado em um contexto distante, este texto ainda ressoa com a atualidade, oferecendo insights valiosos para compreender a persistente dinâmica de desentendimentos entre os Poderes da República. Com o intuito de preservar as reflexões, apoiadas nos argumentos, então deduzidos, empreendi a tarefa de readaptá-lo aos dias atuais. Por meio de observações de pé de página, estabeleci conexões entre a visão original e a crise institucional que perdura. Ao final, destaco o impacto dessa crise no seio do STJ, um tribunal que, ao longo dos anos, tem mantido a sua estatutura respeitável, merecendo a estima dos cidadãos e empresas que recorrem aos seus serviços. Mesmo escrito em um passado distante, este capítulo revisado pode, a meu ver, contribuir para compreendermos não apenas a história, mas também a atualidade do Tribunal da Cidadania.*

² *Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça, do qual foi Presidente. Advogado.*

são feitas pelos homens, que têm e sempre tiveram idênticas paixões, é inevitável que produzam idêntico efeito³.

Ponderando sobre o que já foi, Montesquieu escreveu a sua célebre obra “O Espírito das Leis”, consagrando uma vida que “não foi senão uma pesquisa e um magistério científico, exercido por amor dos povos”. A sua obra “foi uma auto-imolação”, deixando-o, ao cabo de vinte anos de labuta, debilitado e quase cego. Foi, como diria Camões, “mais do que prometia a força humana”⁴. “Os meus princípios, não os tirei dos meus preconceitos, mas da natureza das coisas”, assinalou o Mestre no seu prefácio.

O estudo sobre a tipologia das formas de governo se perde nas brumas dos tempos. Norberto Bobbio, em uma das suas obras, descreve a célebre discussão narrada por Heródoto, entre três persas - Otanes, Megabises e Dario -, após a morte de Cambises, sobre a melhor forma de governo a adotar no seu país. Diz, com razão, que a passagem é exemplar porque traduz, com clareza, as três formas clássicas de governo: o de muitos, o de poucos e o de um só, ou seja, “democracia”, “aristocracia” e “monarquia”. Defensor do governo do povo, Otanes condena o governo de um só e o de poucos. Defensor da aristocracia, Megabises condena o governo de um só e o do povo. Por fim, Dario defende a monarquia e, ao fazê-lo, condena o governo do povo e o de uns poucos.

A diferença entre a classificação dessas formas de governo no debate narrado por Heródoto e a classificação de Aristóteles está em que, na primeira, a cada proposta tida como boa correspondem duas outras vistas como más, enquanto, na outra, a cada proposta boa corresponde

³ MACHIAVELLI, N. **Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio**. Curi adi Mario Martelli. Firenze: Sansoni, 1971. p. 378.

⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das leis: as formas de governo, a divisão dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 163.
Ver a introdução sobre a tradução do Espírito das Leis, escrita pelo Des. Pedro Vieira Mota. CAMÕES, Luís de. **Os Lusíadas**. Porto: Porto Editora, 1975. p. 69.

a mesma na sua forma má: a monarquia corrompida transforma-se em tirania; a aristocracia, em oligarquia; e a democracia, em demagogia⁵.

Essas formas de governo, nas idas e vindas da história, estão sempre presentes, embora, algumas vezes, com roupagens novas, dando razão a Maquiavel no dizer que os governos são obras de homens, que têm e sempre tiveram as mesmas paixões.

Pouco importa seja o poder exercido por um, por alguns ou por muitos. Quem o detém tende a dele abusar. O poder vai até onde encontra os seus limites. Para que os seus titulares não possam abusar dele, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Esse o ensinamento de Montesquieu para sustentar que a liberdade política só se encontra nos governos moderados, embora não exista sempre nos Estados moderados. Ela só existe nestes quando não se abusa do poder⁶.

Para que um poder freie o outro, o grande clássico francês sustentou a famosa doutrina da divisão dos poderes, assinalando que:

estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou demandas dos particulares⁷.

Nessa linha de entendimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, obra da Revolução Francesa e que resume a sua ideologia político-jurídica, proclamou, no seu art. 16, que “toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos nem estabeleça a separação dos poderes, não tem constituição”⁸.

⁵ BOBBIO, Noberto. **A teoria das formas de governo**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 39-43.

⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das leis**: as formas de governo, a divisão dos poderes. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 163.

⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das leis**: as formas de governo, a divisão dos poderes. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165.

⁸ *Este o texto francês: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation de pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.*

A primeira aplicação prática da doutrina da divisão de poderes deu-se com a Constituição americana de 17 de setembro de 1787. Daí se generalizou, sendo adotada pelo constitucionalismo dos dois últimos séculos.

Esclarece Pinto Ferreira que o sistema político brasileiro, desde a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, recebeu a influência decisiva do pensamento teórico da distinção de poderes. Consignava a existência dos poderes clássicos, aos quais ainda agregava o poder moderador, nas mãos do Imperador, com o papel essencial de equilíbrio e solução dos conflitos constitucionais⁹. Trata-se de importante herança do direito português.

Com a queda do Império, foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana, estabelecendo, na consonância dos ensinamentos de Montesquieu, o sistema de três poderes, cuja estrutura básica, no tópico, permaneceu a mesma nas Constituições subsequentes, com os hiatos decorrentes do regime político corporificado na Carta outorgada em 10 de novembro de 1937 e durante o período de excepcionalidade da Revolução de 1964.

A Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, diz no seu art. 20 que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No seu Título IV, que versa sobre a organização dos Poderes, destina um Capítulo a cada Poder, referindo-se o Capítulo III ao Poder Judiciário.

O Judiciário no Brasil é, pois, um Poder do Estado. O Estado brasileiro consubstancia-se numa República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º e parágrafo único).

⁹ FERREIRA, Pinto. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2, p. 743.

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

No exercício das suas atribuições, o Judiciário há de ter sempre presentes esses princípios fundamentais.

A independência do Judiciário, sem prejuízo da sua atuação harmônica com os outros Poderes, é assegurada pela Constituição, que lhe dá autonomia administrativa e financeira e estabelece as garantias da magistratura (arts. 95, 99 e 168).

Na organização judiciária brasileira, há dois Tribunais da Federação, ou seja, que exercem jurisdição sobre a Justiça Comum Federal e Estadual: O Supremo Tribunal Federal, corte predominantemente constitucional, órgão de cúpula de todo o Judiciário, incluindo a justiça especializada (militar, eleitoral e do trabalho), e o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula da Justiça Comum Federal e Estadual, a que cabe zelar pela autoridade e uniformidade interpretativa do direito federal.

Cumpre, porém, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é, hoje, um superpoder do Estado, pois está acima do Legislativo, inclusive do Poder Constituinte Derivado exercido pelas duas Casas do Congresso Nacional, do Executivo e do próprio Judiciário, entendido este como aquele que detém o exercício do poder jurisdicional, ou seja, aquele a que compete solucionar, em concreto, os litígios que lhe são submetidos a julgamento.

Não há, no mundo ocidental, Tribunal com tantos poderes. Em interessante estudo, o jurista Walter Ceneviva lembra que:

a Carta monárquica incluiu o “Poder Judicial” entre os quatro poderes políticos nela relacionados, enquanto delegação da Nação. Integrou-o à estrutura na qual o Poder Moderador era a chave principal, atribuído privativamente ao Imperador, também Chefe do Poder Executivo.

Acrescenta que:

Leda Boechat Rodrigues recorda as palavras ditas por Pedro II a Salvador de Mendonça e a Lafayette Rodrigues Pereira, sugerindo-lhes que estudassem, nos Estados Unidos, a criação de um tribunal igual à Corte Suprema americana, com a finalidade de transferir para ele as atribuições que cabiam ao Poder Moderador na Constituição imperial.

Com esse entendimento, procura demonstrar que, na sucessão dos nossos textos constitucionais, o Superior Tribunal de Justiça se liga ao Supremo Tribunal de Justiça, previsto na Constituição Imperial, enquanto o Supremo Tribunal Federal, instituído pela primeira Constituição Republicana, absorveu atribuições antes exercitadas pelo Poder Moderador.

Acrescente-se que a Constituição em vigor ao estabelecer 77 cláusulas pétreas, além das decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, deu ao Supremo atribuições de decidir sobre a constitucionalidade das próprias emendas constitucionais, que, na verdade, constituem superpoderes parecidos com os exercidos por um Poder Moderador.

Só há pouco o exercício desses superpoderes passou a ser percebido de forma mais clara pelos Três Poderes tradicionais, noticiando os jornais com frequência, crises entre eles e o Supremo Tribunal Federal.

Tornou-se comum ler nas manchetes de jornais: “Esquenta crise entre Poderes”; “Falta de diálogo entre Judiciário e Executivo”; “ACM critica juízes “que falam o que não devem”; “Senador rebate Velloso”; “Aloysio critica presidente do STF”; “governo reage ao alerta do Presidente do Supremo”. Isso mostra que há constantes atritos no exercício das funções estatais básicas cada vez com maior amplitude. Até o momento, embora com desgastes para os seus atores, essas crises têm sido superadas. Que no futuro continuem a sê-lo. O ideal, porém, é que o sistema vigente não conduza a essas constantes crises, que, em geral, não ensejam soluções em benefício do povo brasileiro¹⁰.

¹⁰ *Lamentavelmente há evidente retrocesso no entendimento entre os Poderes estatais e as crises entre eles são cada vez mais frequentes. As manchetes dos jornais são, nos dias de hoje, iguais aquelas editadas há duas décadas. Mudam apenas os seus editores e os autores dos fatos a que se referem.*

O estudo mais aprofundado da matéria é fascinante no que se refere ao tema “O Judiciário e o equilíbrio entre os Poderes”. Continuando a refletir sobre o tema proposto, é preciso ter-se em conta que, numa república democrática, o governo é das leis e não dos homens. A respeito, examinando o assunto com a profundidade que lhe é peculiar, conclui Bobbio:

Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio tempo da democracia. E o que é a democracia senão um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue e em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvida sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.¹¹

Todos se recordam de que a grande preocupação dos constituintes, ao promulgarem a Constituição em vigor, foi com o Estado democrático de direito e com a cidadania. O seu texto contém o elenco dos direitos e garantias individuais, políticas e sociais e, além disso, criou e aperfeiçoou os remédios processuais existentes, atento à advertência de Jhering no sentido de que a essência do Direito é a sua realização prática¹².

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 170-171.

¹² JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

Onze anos são passados¹³. Muito se fez e se tem feito para tornar realidade os ditames constitucionais. A população está cada vez mais ciente dos seus direitos e deveres de cidadania. O clima é de ampla liberdade democrática, todavia as estruturas dos poderes estatais continuam arcaicas. A máquina estatal move-se lentamente, e muitos dos seus dirigentes permanecem com a mente voltada para os propósitos das oligarquias, a que prestam vênias, e não para os consumidores dos seus serviços - o povo.

Na verdade, o Estado está em crise; e a sua atuação, em dissonância com o que dele esperam os cidadãos. Nesta época de globalização e liberalismo econômico, acerbas críticas são dirigidas aos entes públicos, ao fundamento de que não funcionam a contento em benefício da coletividade e de que se têm esquecido da sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o bem comum e, em decorrência, ajudar a população a alcançar a sua grande aspiração, que é a de toda a Humanidade: efetivar o sonho de ser feliz.

Não há negar que a crise do Estado atinge o Judiciário. A desestruturação da previdência social e a excessiva alteração da política econômica, tributária e, também, de pessoal ocasionam um número incomensurável de causas a abarrotar os Juízos e Tribunais. De outra parte, a legislação é promulgada e alterada a todo momento, gerando insegurança jurídica e dificultando o trabalho do Judiciário.

A Lei e a Justiça “compõem as duas faces deste universo sobre o qual gravitam todos os fenômenos jurídicos”. Há uma crise da Lei e uma crise da Justiça. Essas crises decorrem da “distorção entre a lei e os anseios sociais” e da “ineficiência da realização da justiça.” Daí que, com inteira pertinência, destacou o Desembargador Luiz Fux que:

resplandece no céu do terceiro milênio, encartada numa das ‘Eras do Direito’, idealizadas pelo notável Norberto Bobbio, a ‘Era da Legitimidade’, resultante das novas expectativas quanto à ‘lei e à justiça’, emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos.

¹³ 35 anos são passados.

É o citado magistrado e professor, ainda, quem realça que a “crise judicial confina com a crise da lei”, assinalando que, “em outra medida, a ‘justiça da decisão’ depende da ‘justiça legal’, porquanto o magistrado tem como atividade precípua a submissão dos fatos às normas”¹⁴

E, após dizer que “uma sentença em que se constrói o ‘jurídico’ antes do ‘justo’ se equipara a uma casa onde se erige o teto antes do solo”, endossando Plauto Faraco de Azevedo, preconiza a era de um poder judicial criativo

que atenda às exigências de justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, um poder para cujo exercício o juiz se abra ao mundo ao invés de fechar-se nos códigos, interessando-se pelo que se passa ao seu redor, conhecendo o rosto da rua, a alma do povo, a fome que leva o homem a viver no limiar da sobrevivência biológica¹⁵

Os conflitos multiplicam-se na sociedade e, a cada instante, os cidadãos estão a clamar por justiça. Frequentemente, os jornais se referem aos sem-terra, aos sem-teto, aos que reclamam por assistência médica, por educação, por emprego.

Tais conflitos, de origem geral, precisam ser solucionados, mas a sua justa solução pressupõe sempre a opção por valores que, num determinado momento, devem prevalecer.

O deslinde desses conflitos ocorre mediante a atuação dos Poderes do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Portanto a Justiça, em termos estatais, não é praticada só pelo Judiciário, mas também

¹⁴ FUX, Luiz. **O que se espera do Direito no Terceiro Milênio, frente às crises das leis, da justiça e do ensino jurídico**. Rio de Janeiro, 1998. Aula magna proferida em 31 de agosto de 1998 na Universidade Gama Filho. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/8659>. Acesso em: 31 jul. 2024.

¹⁵ FUX, Luiz. **O que se espera do Direito no Terceiro Milênio, frente às crises das leis, da justiça e do ensino jurídico**. Rio de Janeiro, 1998. Aula magna proferida em 31 de agosto de 1998 na Universidade Gama Filho. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/8659>. Acesso em: 31 jul. 2024.

pelos outros Poderes. Ao Judiciário cabe solucionar apenas certos conflitos especiais, denominados litígios ou lides.

Essas distinções são feitas porque o Judiciário, hoje, é intensamente criticado e, com frequência, de forma injusta. Muitas vezes dele se exige uma justiça que não pode praticar. Essas limitações, nem sempre notadas por pessoas que se dizem letradas, foram percebidas, com percuciência, pelo representante dos trabalhadores rurais, homem simples, mas catedrático na luta pela vida, em importante simpósio sobre a reforma do Poder Judiciário, no qual os temas pertinentes eram debatidos com amplos setores da sociedade. Disse ele, referindo-se à reforma agrária, com sabedoria e de maneira respeitosa, aos representantes do Judiciário presentes: “A Justiça que nós queremos, vocês não a podem nos dar.”

É preciso, porém, repensar o Judiciário, objetivando a adoção de providências no sentido da efetividade dos direitos e da cidadania, na certeza de que justiça lenta e à qual tem acesso apenas parte da população é injusta. E, no desempenho dessa tarefa, impõe considerar não apenas, como até aqui tem acontecido, os operadores do sistema judiciário, mas especialmente os consumidores da justiça. Não se pode olvidar que, no regime democrático, a atuação precípua do Estado, mediante os seus órgãos, há de visar sempre à afirmação da cidadania. De nada adianta conferirem-se direitos aos cidadãos, se não lhes são dados meios eficazes para a concretização desses direitos.

A preocupação que se deve ter presente é a de afastar o “sentimento de deslegitimação por parte da maioria da população” com que depara o Poder Judiciário. É preciso dar meios aos excluídos e aos pobres para que deixem de recorrer a outros canais de mediação, como a polícia, o padre, o líder comunitário e o justiceiro. Ou seja, cumpre dar condições a toda a população para assegurar de fato a sua cidadania.

O Estado social, que emergiu no curso deste século¹⁶, num panorama de tensões, crises e controvérsias, é caracterizado pela expansão sem precedentes dos Poderes do Estado legislador e administrador. Daí

¹⁶ *Século passado*

que se tornou mais aguda e urgente a exigência do controle judiciário da atividade do Estado. As lides deixaram de envolver apenas sujeitos privados e passaram a comprometer os Poderes políticos do Estado.

Por outro lado, a expansão da função legislativa e o crescente volume de legislação, além de sobrecarregarem os parlamentos, ensejaram a edição de leis ambíguas e vagas, deixando delicadas escolhas políticas à fase da sua interpretação e aplicação. Acrescente-se, ainda, a existência de massa de leis que continuam “nos livros” mesmo depois de se tornarem obsoletas. Esses eventos ensejaram a necessidade de um ativismo judicial mais acentuado, mas não são considerados pelos críticos desse ativismo.

A tudo isso se acrescenta o fato de que, em regra, os direitos sociais são “promocionais” e voltados para o futuro, exigindo para a sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Ao aplicar as leis pertinentes, o juiz não pode proceder de maneira estática, mas tendo presente a finalidade social da lei à vista dos programas prescritos de maneira vaga pelas referidas normas.

Finalmente, assumem cada vez mais significação os conflitos decorrentes do fenômeno da “massificação”, especialmente a tutela dos denominados interesses difusos, homogêneos ou coletivos. Isso está a exigir uma nova visão dos conceitos e regras do processo judicial e do próprio papel do juiz moderno¹⁷.

Sob o citado ângulo de visão, é, também, possível verificar que a crise do Judiciário é um aspecto da crise do próprio Estado. Sem se organizarem e se tornarem eficientes o Estado-administrador e o Estado-legislador, deficiente continuará o Estado-justiça.

¹⁷ RIBEIRO, Antônio de Pádua. Discurso de posse do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro na Presidência do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal, em 2 de abril de 1998. *In*: RIBEIRO, Antônio de Pádua. Reflexões jurídicas: palestras, artigos e discursos. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 534-540. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/70560>. Acesso em: 31 jul. 2024.

Tudo isso está a exigir, para a consecução do ideal dos constituintes, alguns aperfeiçoamentos institucionais e, principalmente, uma mudança de mentalidade no âmbito dos Poderes da República.

Os Poderes da República, cada um no âmbito das suas atribuições, têm problemas a resolver e vêm procurando solucioná-los. Na esfera do Judiciário, muita coisa tem mudado. O acesso à Justiça está mais facilitado, principalmente pela criação das ações coletivas e dos juizados especiais. Meios de solução alternativa de litígios têm sido estimulados. E o que é mais importante: a mudança de mentalidade do juiz tem sido rápida; ele está cada vez mais consciente dos seus deveres perante a sociedade e tem-se esforçado para bem cumpri-los, sendo, até mesmo, em algumas ocasiões, mal compreendido nessa sua atuação.

Urge, contudo, que se faça muito mais. Para isso, é indispensável que se intensifique a colaboração entre os representantes dos Poderes do Estado, visando à consecução das aspirações maiores da sociedade, e esse processo parece estar em fase promissora. Há conversações cada vez mais frequentes, revestidas de notório sentido público, tendo por fim a definição de interesses comuns nos planos institucional, legislativo e administrativo¹⁸.

Penso que o importante, na atual conjuntura, é aumentar o entendimento entre os Poderes, com o fito de superar os atritos decorrentes do exercício das três funções estatais básicas, tendo em vista a realização do bem comum. Não se trata de abrir mãos dos princípios que regem a atuação de cada Poder, mas de se efetivar uma aproximação maior entre os

¹⁸ Infelizmente as crises não foram superadas. Nos últimos 25 anos foram agravadas e estão sendo agravadas com intensidade cada vez maior. No meu entender, para colocar o País no rumo certo é necessário que, o quanto antes, se convoque uma nova Constituinte, a fim de que elabore uma nova Constituição, visando a que sejam corrigidas as evidentes distorções decorrentes da aplicação do texto atual, que estão a provocar atritos cada vez maiores entre os Poderes estatais, causando insegurança jurídica aos cidadãos e às empresas e desconectando os eleitores dos seus representantes, que, após eleitos, passam, com frequência, a defender interesses próprios, olvidando os interesses de quem os elegeu. O princípio constitucional dogmático, segundo o qual “todo poder emana do povo e, em seu nome, há de ser exercido”, está perdendo força. Fala-se muito em democracia, mas a sua prática tem deixado a desejar.

seus membros, com o objetivo de se tomarem medidas de interesse geral, visando à sociedade como um todo. O que se deve é procurar cumprir a segunda parte do artigo 2º da Constituição, na consonância do qual os Poderes são independentes, porém harmônicos entre si. Ou seja: a independência não exclui a harmonia, e a harmonia só poderá ser obtida mediante conversações, sob a fiscalização da sociedade, que permitam identificar as posições convergentes, a fim de que os problemas do Estado sejam resolvidos com a rapidez exigida pelos tempos modernos.

A construção do Estado democrático exige trabalho de ourivesaria jurídica e política. Requer habilidade, conhecimento e perseverança. Não é possível realizá-la com frases de efeito e, muito menos, com medidas bombásticas de poucos resultados práticos. É preciso fazê-la aos poucos, com sensibilidade, transparência e sentido público. Só assim será eficaz. Convém estimular os que querem ajudar nessa tarefa e apoiá-los na procura de solução de consenso, ou que, pelo menos, seja endossada por significativa maioria da sociedade ¹⁹.

Não há mais espaço para a discussão, até aqui pouco produtiva, entre os membros dos Poderes do Estado, os quais, diante de naturais divergências no equacionamento e solução dos problemas, têm optado por diatribes que, ao invés de engrandecer, aviltam os seus participantes ante a opinião pública. O povo percebe, intuitivamente, pouco poder esperar dos gestores da coisa pública que não se entendem na solução daquilo que consubstancia o interesse coletivo e partem para insultos, recurso utilizado por quem não tem argumentos. Esquecem-se tais gestores de que, antes de atingir o pretensão adversário, estão a frustrar as esperanças dos cidadãos na eficiência da atuação das autoridades constituídas.

À semelhança do que acontece com a atividade dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos advogados, o relacionamento entre os Poderes obedece ao princípio dos vasos comunicantes. O Estado só funciona bem quando as suas atividades fundamentais são exercidas harmonicamente, sem dolo, sem malícia, em nível ético. Um Poder que, pela

¹⁹ *Lamentavelmente há evidente retrocesso no entendimento entre os Poderes estatais e as crises entre eles são cada vez mais frequentes.*

atuação dos seus agentes, falta ao respeito ao outro ignora o que não pode desconhecer: não se pode baixar o nível de um, sem baixar, de igual modo, o do outro.²⁰ Os defeitos de uns provocam reações por parte dos outros. E, no que concerne ao mútuo respeito, inexistente o mais alto: o respeito não desce de cima para baixo, não sobe de baixo para cima. Horizontalmente se manifesta sempre. Interligam-se de tal modo os três, que a elevação de um a todos enobrece, assim como o desrespeito a um a todos atinge²¹.

O momento por que passamos é preocupante, mas, ao mesmo tempo, alvissareiro. Sentimos, nos nossos deslocamentos para os variados rincões do torrão pátrio, de norte a sul e de leste a oeste, que, apesar da gravidade dos problemas sociais e dificuldades a vencer, o clima não é de desalento como acontecia há alguns anos, quando irmãos nossos, muitos deles jovens desesperançados, começaram a emigrar para outros países devido à falta de perspectiva de uma vida digna na terra em que nasceram. Esse panorama mudou. Em toda parte, em campos mais férteis e menos férteis da produção agrícola e industrial, cultural e intelectual, do comércio e dos serviços, já podemos divisar o surgimento de plantas que germinam, cada vez mais viçosas, matizam de verde o solo do Brasil e traduzem a esperança de dias melhores²².

O importante é que cada um de nós, com fraternidade e sentimento de amor à Pátria, no alcance das suas atribuições, cumpra o seu dever. Que tenha sempre presente não haver sociedade verdadeiramente

²⁰ O enfoque foi utilizado por Piero Calamandrei na comparação das atividades entre juízes, advogados e membros do Ministério Público, e não entre os Poderes do Estado. Ver: CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1971. p. 22.

²¹ *A expressão foi usada pelo ilustre advogado Dr. Justino Vasconcelos, ao falar sobre “Advocacia e Relacionamento com a Magistratura e o Ministério Público”, Tese na 12, VI Conferência Nacional da OAB, Salvador - BA, outubro de 1976. Não se referiu o autor ao relacionamento entre os Poderes do Estado.*

²² *Infelizmente, o clima de desalento voltou a imperar nos últimos três lustros, atingindo especialmente os jovens. O texto foi escrito logo após a implantação do Plano Real, que trouxe estabilidade econômica e significativas melhoras na economia do País, em decorrência da quebra dorsal da inflação, o que gerou a esperança de dias melhores.*

organizada sem justiça, sentimento arraigado no ser humano, energia que move a Humanidade a alcançar os seus sublimes ideais. A justiça no seu sentido mais amplo, reclamada pelo povo, só pode ser concedida pela atuação conjunta e harmônica dos Três Poderes do Estado.

Permitam-me, ao encerrar, diante do panorama, antes descrito, que encontre espaço para prestar as minhas homenagens ao Superior Tribunal de Justiça, na pessoa dos seus eminentes Ministros, no ensejo em que está a completar trinta e cinco anos de existência.

Vejo a Corte da Cidadania, hoje, como um navio, em alto mar, a enfrentar procelas, advindas da interminável crise institucional que atinge o País, mas que, no seu deslocar em direção a porto seguro, tem vencido a sua rota, mercê da excepcional dedicação dos seus integrantes e do seu excelente corpo de servidores, que contam com invejável sistema informático e excelente biblioteca jurídica.

A atuação dos dois Tribunais da Federação (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) depende, significativamente, do fluxo de dois recursos que lhe são endereçados: o recurso extraordinário, destinado a salvaguardar o respeito à Constituição, e o recurso especial, com vistas a assegurar a autoridade e uniformidade interpretativa da legislação federal. Em razão do aumento exacerbado dos dois recursos federativos, para não inviabilizar o funcionamento dos citados Tribunais, têm sido criadas limitações ao seu cabimento.

Esses filtros, porém, atenuam, mas não resolvem os problemas na sua essência, que, na verdade, decorrem de evidentes desajustes do texto constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça foi criado para desafogar os trabalhos da Suprema Corte, função para a qual, antes, fora instituído o Tribunal Federal de Recursos. Todavia, em razão de sucessivas interpretações da Constituição pela Corte Maior, o Tribunal da Cidadania, cada vez mais, está se convertendo em Tribunal de passagem das causas penais e de direito público. A consequência é que um número de feitos cada vez maior chega até o Supremo, que, para deles se livrar, adota o sistema que sempre utilizou para limitar o cabimento dos recursos extraordinários: inicialmente, no regime da Constituição de 1946, a lei estabeleceu a necessidade de despacho de sua admissibilidade pelo Presidente do

Tribunal de Apelação; depois, limitações impostas pelos antigos artigos 308 e 325, já com força de lei, do Regimento Interno do Supremo; seguiu-se a arguição de relevância. A solução seguinte foi a criação do recurso especial, cujo cabimento passou a sujeitar-se a filtros e restrições cada vez maiores, como a repercussão geral (CPC/73, art. 543-A, § 1º, incluído pela Lei n. 11.418/2006; CPC 2015, art. 1035, § 1º) e a necessidade de demonstração da relevância da questão legal infraconstitucional (EC 125/2022).

Esse exame perfunctório sobre os recursos federativos deixa claro que, na sua história, tudo o que se tem feito é a imposição de limitações para diminuir a quantidade desses recursos, impossíveis de serem apreciados pelos dois Tribunais da Federação. Esses filtros, porém, têm funcionado como remédios de efeito temporário, geradores de grande burocracia processual e que não têm o condão de superar as evidentes distorções causadas pelo desajuste do ordenamento constitucional que os gera. Mais que isso: consomem muitas energias dos Ministros e servidores, que deveriam ser gastas para atender aos fins federativos para os quais foram criados e não serem consumidos pela citada burocracia.

No tocante ao Superior Tribunal de Justiça, mostram as estatísticas que foram distribuídos, em 1989, 6.103 processos; em 1999: 118.977; em 2009: 292.103; em 2019: 374.366. E, nos últimos três anos: 2021: 412.950; 2022: 430.991. No ano de 2023, informa a publicação institucional da Corte de 20 de novembro, que deverão ser distribuídos 465.000 processos. O número de Ministros continua o mesmo. Creio que o número de processos, diante do sistema atual, continuará aumentando significativamente e a criação de filtros não soluciona o problema na sua essência.

Merece, porém, que se destaque o grande esforço do Tribunal no sentido de julgar os feitos da sua competência. Em sua publicação institucional, antes mencionada, cita acordo com a AGU que intensifica a desjudicialização e alcança mais de dois milhões de processos, alude ao sistema instituído pela Lei dos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008) e se refere à atuação do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes de Ações Coletivas.

Nos seus trinta e cinco anos de existência, o Superior Tribunal de Justiça superou grandes dificuldades e provações, e, em razão dos seus

julgados, que refletem o dia a dia da população brasileira, passou a merecer a admiração e o respeito dos cidadãos que a ele recorrem, sendo chamado, carinhosamente, de Tribunal da Cidadania.

Espera-se que, muito em breve, com as correções indispensáveis da organização judiciária em nível constitucional, continue, com mais eficiência ainda, a aplicar com eficácia a legislação federal e a distribuir a justiça que todos dele esperam.

O melhor remédio, a meu ver, para superar os desajustes existentes na Constituição vigente, que atingem o Poder Judiciário, mas, também, os Poderes Executivo e Legislativo, será a convocação de uma nova Constituinte²³.

Cumpre encerrar. É, imperioso que os estudiosos trabalhem conscientes de que, nesta época em que tudo se questiona, não podem olvidar o tema sobre a legitimidade do Judiciário como Poder, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade a que serve. É indispensável a mudança de mentalidade e a criatividade, a fim de que novos princípios sejam aplicados à solução dos litígios, mitigando-se, assim, o fenômeno da litigiosidade contida e da impunidade, que, como doença insidiosa, pode aflorar com todas as suas energias funestas e atingir os alicerces que sustentam a causa democrática. O Judiciário só se impõe como verdadeiro poder no Estado de direito. Por isso mesmo que, quando a democracia floresce, assume a sua verdadeira dimensão de órgão do Estado que equilibra a atuação das forças vivas da nacionalidade, reduzindo os inevitáveis conflitos decorrentes das concepções antagônicas sobre os fatos da vida e mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia, sem o qual seremos forçados a volver às formas de convivência ultrapassadas, próprias dos períodos mais obscuros registrados pela História.

²³ *Os interessados em conhecer os fatos históricos relativos à criação do Superior Tribunal de Justiça poderão consultar o livro editado pela citada Corte, intitulado “Antecedentes Históricos do Superior Tribunal de Justiça”. O referido livro, na sua íntegra, foi publicado, na sua edição digital, pelo BDJur, repositório mantido pela Biblioteca do Tribunal da Cidadania.*

RECORTES DE MEMÓRIA:
Juizados Especiais Federais

Paulo Costa Leite
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

RECORTES DE MEMÓRIA: Juizados Especiais Federais

Ministro Paulo Costa Leite

Com a lanterna na popa, grande achado da reconhecida genialidade de Roberto Campos para exteriorizar as suas memórias, recuo no tempo trazendo a lume aspectos relevantes a respeito da implantação dos Juizados Especiais Federais pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001.

Peço licença para, em primeiro plano, sublinhar que ter sido co-partícipe dessa gratificante e desafiadora empreitada, em torno da qual se uniram os Poderes da República, é uma das marcas mais significativas da minha passagem pelo Poder Judiciário.

Em escorço histórico, começo lembrando que a sementeira dos Juizados Especiais Federais inspirou-se em uma ideia que dera certo e cujos antecedentes evidenciam comprometimento e dedicação na incessante busca do ideal de ampliar o acesso à Justiça.

É bem de ver que tudo se iniciou com os Conselhos de Conciliação e Julgamento, criados em 1980, sob a égide da informalidade, por magistrados gaúchos, com atividades fora do expediente forense.

A evolução para a formalidade passou pela edição da Lei n. 7.244, de 1984, que criou os Juizados de Pequenas Causas, e se estabeleceu, atendendo a comando da Constituição de 1988, por meio da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que disciplinou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos Estados-membros.

Nada obstante o mais amplo acesso à Justiça constituir garantia do pleno exercício da cidadania, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tal como expresso no art. 1º da Constituição da República, não passava de uma miragem para um grande contingente de brasileiros sem acesso ao Judiciário Federal.

Era imperioso corrigir tal distorção, o que já se iniciara com a promulgação da Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, para a qual concorreu o grande empenho do meu antecessor na presidência do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Seguiu-se então a criação da Comissão Especial de Ministros encarregada de apresentar o anteprojeto a ser encaminhado ao Poder Executivo, composta pelos Ministros Fontes de Alencar, Ruy Rosado de Aguiar, José Arnaldo da Fonseca, Ari Pargendler e Nancy Andrichi, sob a presidência do primeiro.

O resultado final dos trabalhos da Comissão foi de altíssima qualidade, sendo exalçado na Exposição de Motivos do Projeto de Lei enviado ao Poder Legislativo, que pôs em relevo as suas ideias-força, como se colhe do seguinte excerto:

O Senhor Presidente do Superior Tribunal de Justiça STJ, Ministro Paulo Costa Leite, visando implementar mencionada disposição constitucional, encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República proposta de lei resultante do trabalho da Comissão integrada pelos Senhores Ministros Fontes de Alencar, Ruy Rosado de Aguiar, José Arnaldo da Fonseca, Sálvio de Figueiredo, Ari Pargendler e Fátima Nancy, cujo texto foi aprovado pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Plenário daquela Corte. A Comissão constituída pelos Senhores Ministros do Superior Tribunal de Justiça pretendeu, com o anteprojeto apresentado, simplificar o exame dos processos de menor expressão econômica “facilitando o acesso à Justiça e o ressarcimento das partes menos favorecidas à Justiça nas disputas contra a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, pois a solução de tais litígios dar-se-á rapidamente, e sem a necessidade de precatórios para a quitação dos eventuais débitos” e, no que concerne ao âmbito penal, destaca que serão julgadas as infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, os crimes a que a lei

comina pena máxima privativa de liberdade não superior a dois anos, ou pena de multa.

Como um dos pontos positivos de mencionada iniciativa convém destacar que ela poderá ter o condão de facilitar, sobremaneira, a tramitação das causas previdenciárias.

Cabe colocar, com todo relevo, que a proposição desafogará a Justiça Federal de primeiro e segundo graus e “propiciará o atendimento da enorme demanda reprimida dos cidadãos, que lhe não podem ter acesso à prestação jurisdicional por fatores de custos, a ela não recorrem pela reconhecida morosidade decorrente do elevado número de processos em tramitação”, como bem faz ver a Comissão do STJ, no trecho ora transcrito.

Considero indispensável acrescentar que o limite de até 60 salários-mínimos, estabelecido para definir a competência dos Juizados Especiais Federais, baseou-se em confiáveis dados estatísticos, indicando que cerca de 50% das causas então tramitando na Justiça Federal estavam dentro daquele limite, sendo que nesses 50%, as de natureza previdenciária alcançavam percentual em torno de 90%. Isso foi um dado decisivo para a tomada de decisão do encaminhamento do anteprojeto de lei ao Senhor Presidente da República.

Finalizado o trabalho de elaboração do anteprojeto, estive em audiência com o Presidente Fernando Henrique Cardoso, que transcorreu em tom muito cordial, de respeito mútuo. Sua Excelência se mostrou muito receptivo à implantação dos Juizados Especiais Federais, comprometendo-se ali a tomar as providências para que isso se realizasse no menor espaço de tempo possível.

O cumprimento do compromisso iniciou-se com a Portaria Interministerial n. 5, de 27 de setembro de 2000, que instituiu Comissão de Trabalho integrada por servidores da Advocacia-Geral da União, do Ministério da Justiça, da Secretaria do Tesouro Nacional, da Secretaria de Orçamento Federal e do Instituto Nacional do Seguro Social, com o objetivo de:

promover estudos acerca do projeto de Lei do Superior Tribunal de Justiça para, entre outros estudos, examinar o impacto da proposta nas áreas orçamentária e financeira e

os procedimentos a serem adotados para sua viabilização na prática, tais como a previsão orçamentária, sistemática de inclusão do orçamento, forma de liberação e o pagamento.

Em seguida, iniciaram-se as discussões entre os Poderes. O fundamental para nós do Judiciário estava em que subsistissem íntegras aquelas ideias-força do anteprojeto a que antes aludi, objetivo que se viu plenamente alcançado.

Em princípio, isso induz a pensar que essa etapa não teve sobressaltos. Não foi bem assim. Na realidade, constituiu-se na travessia mais difícil, certamente a mais delicada de todo o processo que culminou com a edição da Lei n. 10.259, de 2001, pois havia inicialmente uma forte e até compreensível resistência por parte de alguns integrantes da citada Comissão de Trabalho.

Felizmente, a resistência foi bem contornada, mediante a aceitação de algumas modificações introduzidas, sem prejuízo algum, repito, para o escopo do anteprojeto, graças a três grandes protagonistas.

Começo pelo saudoso ministro Ruy Rosado de Aguiar, a quem delegara a representação institucional do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal nas discussões com os representantes do Poder Executivo, pela reconhecida e inquestionável expertise do escolhido em matéria de Juizados Especiais.

Do lado do Executivo, o então Advogado-Geral da União, Gilmar Mendes, hoje ilustrando uma cátedra no Supremo Tribunal Federal, que foi extremamente sensível e firme em sua convicção de que o anteprojeto não podia mesmo sofrer mutilações que o desfigurassem em sua essência.

Somou-se a esse protagonismo a ativa e importantíssima participação da Associação dos Juízes Federais, por seu eminente presidente, Flávio Dino, hoje ocupando uma cátedra no Supremo Tribunal Federal, que atuou com inexcusável empenho, frise-se, também no corpo-a-corpo junto aos congressistas pela aprovação do Projeto de Lei.

Ao fim e ao cabo, prevaleceram o bom senso e o interesse público em todos os momentos. Nos primeiros dias de 2001, o anteprojeto se transformou no Projeto de Lei n. 3.999/2001, da Câmara dos Deputados,

vindo a ser aprovado em curtíssimo prazo pelas duas Casas do Congresso Nacional, recebendo a sanção presidencial em 12 de julho do mesmo ano.

Falei antes de uma, mas houve outra etapa sensível. Havia dissenso sobre o momento da instalação dos Juizados Especiais Federais. Tomo aqui palavras emprestadas:

(...) havia correntes que defendiam, com boa-fé, claro, no âmbito do Judiciário, quando dispuséssemos de todos os recursos, de todos os meios, inclusive de novos juízes, funcionários. Essas pretensões foram levadas ao Costa Leite, que as rechaçou de imediato, dizendo vamos começar com os meios de que dispomos no atual momento, e certamente os meios para o futuro virão.

São palavras do Ministro Gilmar Mendes, proferidas em 2004, ao ensejo da solenidade de abertura do I Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, à qual também compareci e usei da palavra, uma importante iniciativa da AJUFE, que vem desde então se realizando anualmente, sempre aportando valiosos contributos para o contínuo aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Federais.

A decisão que tomei, ratificada pelo Conselho da Justiça Federal, evitou que o próprio Judiciário, contrariando aquilo por que tanto se lutara, frustrasse, justamente na reta final, a legítima expectativa dos jurisdicionados de imediata instalação. Isso já seria razão suficiente para lastrear uma decisão, mas ainda havia uma outra grave preocupação, consistente em não se saber quando teríamos as condições ideais. Diante da incerteza, o bom senso indicava que não se deveria correr risco. Felizmente, o tempo comprovou o acerto da decisão.

Importante é que os Juizados Especiais Federais saíram do papel, tornaram-se realidade e estão aí cumprindo a sua finalidade, resgatando cidadania e entregando uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, estabelecendo-se como um verdadeiro divisor de águas na história da Justiça Federal.

É muito gratificante constatar isso. Os resultados obtidos falam por si mesmo e surpreendem até aqueles que jamais duvidaram de que vingariam, mas não se pode perder de vista que as boas respostas dadas

pelos Juizados Especiais Federais tendem, naturalmente, a gerar aumento de demanda. Para que se evitem frustrações à frente para os jurisdicionados, é de rigor o contínuo acompanhamento dos resultados, de modo a permitir as correções de rumo que se fizerem necessárias.

Finalizando esta recomposição de memórias, agradeço o convite do eminente Ministro Raul Araújo, Diretor da Revista do Superior Tribunal de Justiça, que me propiciou dar este modesto contributo à Edição Comemorativa dos 35 anos do Superior Tribunal de Justiça.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA
E A RESPONSABILIDADE SOCIAL
CORPORATIVA SOB O ENFOQUE DO
DIREITO DA INSOLVÊNCIA

Waldemar Zveiter
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA SOB O ENFOQUE DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA

Ministro Waldemar Zveiter

Ao analisar o microsistema do Direito da Insolvência brasileiro, corporificado no ordenamento jurídico pela Lei n. 11.101/2005, exsurge a função social da empresa como grande princípio norteador deste arcabouço legislativo, caracterizada, primordialmente, pela capacidade de uma sociedade empresária gerar, além de proveitos econômicos, proveitos sociais.

A alteração legislativa promovida na Lei n. 11.101/2005, por meio do advento da Lei n. 14.112/2020, pensada a partir da necessidade de robustecer o diploma normativo regulador das empresas em crise e adequá-lo ainda mais às constantes evoluções e demandas oriundas das relações jurídico-empresariais, fortaleceu a função social e a preservação da empresa como cerne dos processos de recuperação judicial e falência.

Esta importância conferida ao princípio decorre da oportuna superação da ideia, que durante muito tempo recaiu sobre as atividades empresárias, de que as mesmas se limitavam à busca incessante por lucros, restringindo o objetivo daquela atividade ao benefício financeiro dos respectivos empresários, sócios ou acionistas.

Neste cotejo, observou-se uma tendência cada vez maior de as empresas não voltarem suas atenções somente para geração de lucros e resultados financeiros para seus acionistas, trabalhadores, credores e

consumidores, mas, também, para a geração de proveitos em geral, principalmente de natureza social, perseguindo benefícios para a comunidade na qual está inserida.

Sob esta perspectiva, o presente artigo pretende trazer contribuições para o estudo destes dois aspectos relacionados à atividade empresarial, em um contexto recortado pelo Direito da Insolvência, buscando desenvolver, assim, a inter-relação destes conceitos e a sua respectiva contribuição para a superação da crise da empresa viável e da liquidação das atividades empresariais inviáveis.

Considerando ainda ser uma obra comemorativa deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, buscar-se-á conferir enfoque aos entendimentos já proferidos por esta Egrégia Corte no que concerne aos temas ora sob análise, a fim de melhor compreender a aplicação desses conceitos na prática jurídica.

De início, a despeito de o presente artigo se concentrar no estudo da função social da empresa, convém destacar que a noção e o conceito de “função social” não se limitam à empresa propriamente dita, tampouco à disciplina normativa do Direito da Insolvência, originando-se e interligando-se com as concepções de “função social da propriedade” – prevista, em concomitante, como princípio da ordem econômica e como direito fundamental do homem, conforme se infere dos artigos 170, incisos III e artigo 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal Brasileira de 1988¹

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

– e de função social do contrato, inscrita no artigo 421 do Código Civil Brasileiro².

O ordenamento infraconstitucional brasileiro, por sua vez, elencou previsão específica sobre a função social da empresa na Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que disciplina a sociedades por ações, em seus artigos 116, parágrafo único, e 154, *caput*, ao definir, respectivamente, os deveres do acionista controlador e do administrador.³

Em consentâneo com as premissas da doutrina especializada⁴, “função social” relaciona-se com a ideia de uma ação/atribuição em prol de alguém, da coletividade, de modo que a função social da propriedade seria o poder-dever do empresário de vincular sua propriedade a uma finalidade coletiva, o que se reflete também no exercício das atividades empresárias:

A expressão função social traz a ideia de um dever de agir no interesse de outrem. A partir dessa condicionante, o direito à propriedade passa a ser um poder-dever de exercer a propriedade vinculada a uma finalidade. Esta é coletiva e não individual, conforme se depreende da expressão função social usada pelo texto constitucional. Assim sendo, não há uma liberdade absoluta no direito de propriedade e, por conseguinte, no exercício das atividades empresariais. Há sempre uma função social a ser cumprida, a qual ganha especial relevo na recuperação judicial, sendo expressamente mencionada no art. 47 da Lei n. 11.101/2005.

² Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

³ Art. 16 Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: SaraivaJur, 2019. v. 3. p. 80-81.

No enquadramento do microsistema regulador das empresas em crise, a Lei n. 11.101/2005 cuidou de disciplinar a preservação da empresa e, conseqüentemente, sua função social, em seu artigo 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

De acordo com as palavras da Ministra Nancy Andrighi, proclamadas no julgamento do AgRg no Conflito De Competência n. 110.250 – DF:

a função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do artigo 47 da Lei 11.101 de 2005.⁵

A doutrina ainda denominou o referido artigo 47 da Lei n. 11.101/2005 como “núcleo do novo sistema concursal brasileiro”, ressaltando a necessidade de que a busca pela preservação da empresa viável e pelo exercício da função social esteja difundida na atividade interpretativa a ser utilizada pelo operador do Direito na aplicação de todos os dispositivos que regulam o ordenamento recuperacional⁶.

Isto se corrobora pela própria jurisprudência dos Tribunais brasileiros, especialmente deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que preconizam a aplicação do princípio da função social da empresa atrelado

⁵ STJ, AgRg no CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 110.250 – DF – Relatora Ministra Nancy Andrighi – DJE de 16/09/2010.

⁶ CEREZETTI, Sheila Christina N. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência.** São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

ao princípio da preservação da empresa, este último como corolário do primeiro, no tratamento de diversas matérias relativas ao Direito da Insolvência.

Dentre os variados casos sobre os quais a jurisprudência desta Corte já se debruçou, utilizando-se do princípio da função social e da preservação da empresa para direcionar a interpretação diante de aparentes contradições ou para suprir lacunas legislativas, vale mencionar, a título exemplificativo, o entendimento exarado pelo Ministro Raul Araújo, de atribuição de competência para o Juízo em que se processa a recuperação judicial para aferir atos de constrição de bens das empresas em recuperação, o que ensejou, inclusive, a positivação do referido entendimento em norma, com a inclusão do artigo 6º, §7-A e 7-B na Lei n. 11.101/2005 (alteração legislativa da Lei n. 14.112/2020):

DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ANTERIOR AO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE CONTROLE A SER EXERCIDO PELO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Segundo o entendimento do STJ, "Embora o prosseguimento da execução fiscal, ou de execução trabalhista na qual a União Federal tenha créditos, e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deva se dar perante o juízo federal ou do trabalho competente, orienta-se a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de que cabe ao juízo universal apreciar os atos constritivos sobre o patrimônio da empresa, mesmo que oriundos de execução fiscal" (AgInt no CC 178.665/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 19/10/2021, DJe de 22/10/2021).
2. Na hipótese, o Tribunal de origem, de forma contrária à jurisprudência desta Corte, concluiu que, por se tratar de penhora determinada antes do deferimento da Recuperação Judicial, não há que se falar em qualquer irregularidade no procedimento.
3. Todavia, não se manifestou sobre a necessidade

de controle de tais atos pelo Juízo da recuperação, o qual poderá substituí-los, mantê-los ou, até mesmo, torná-los sem efeito, tudo buscando o soerguimento da empresa, haja vista a sua elevada função social. Assim, é de rigor o retorno dos autos para que o Tribunal de origem observe a jurisprudência desta Corte.
4. Agravo interno desprovido.⁷

Outro importante tema em recuperação judicial que vem sendo dirimido por meio da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça trata da aparente antinomia entre o artigo 47 e 57 da Lei n. 11.101/2005, relativos à necessidade de comprovação da regularidade fiscal para fins de concessão da recuperação judicial. Esta Corte Superior, em exercício interpretativo e de ponderação, vem mitigando a necessidade de apresentação das certidões negativas de débito tributário como requisito para concessão da recuperação judicial:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. ART. 57 DA LEI 11.101/05 E ART. 191-A DO CTN. EXIGÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A FINALIDADE DO INSTITUTO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL. APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI 11.101/05.

(...)

6. Dada a existência de aparente antinomia entre a norma do art. 57 da LFRE e o princípio insculpido em seu art. 47 (preservação da empresa), a exigência de comprovação da regularidade fiscal do devedor para concessão do benefício recuperatório deve ser interpretada à luz do postulado da proporcionalidade.

(...)

9. Consoante já percebido pela Corte Especial do STJ, a persistir a interpretação literal do art. 57 da LFRE, inviabilizar-se-ia toda e

⁷ AgInt no AREsp 2067587 / SP - Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/10/2022, DJe de 21/10/2022.

qualquer recuperação judicial (REsp 1.187.404/MT).
10. Assim, de se concluir que os motivos que fundamentam a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor (assentados no privilégio do crédito tributário), não tem peso suficiente - sobretudo em função da relevância da função social da empresa e do princípio que objetiva sua preservação - para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira que o acomete. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.⁸

Reputa-se pertinente pontuar, contudo, que restou proferido recente entendimento no Recurso Especial n. 2.053.240/SP, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze⁹, em que se consignou a impossibilidade de dispensa das certidões negativas com fulcro na aplicação do princípio da função social insculpido no artigo 47, da Lei n. 11.101/2005, determinando que o recorrente apresente a comprovação da regularidade fiscal:

(...)

5.6 Em coerência com o novo sistema concebido pelo legislador no tratamento do crédito fiscal no processo de recuperação judicial, a corroborar a imprescindibilidade da comprovação da regularidade fiscal como condição à concessão da recuperação judicial, o art. 73, V, da LRF estabeleceu o descumprimento do parcelamento fiscal como causa de convalidação da recuperação judicial em falência. 6. Não se afigura mais possível, a pretexto da aplicação dos princípios da função social e da preservação da empresa vinculados no art. 47 da LRF, dispensar a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais (ou de certidões positivas, com efeito de negativas), expressamente exigidas pelo art. 57 do mesmo veículo normativo, sobretudo após a implementação, por lei especial, de um programa legal de parcelamento factível, que se mostrou indispensável a sua efetividade e ao atendimento a tais princípios.

⁸ REsp n. 1.864.625/SP, relatora Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 26/6/2020.)

⁹ REsp n. 2.053.240/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 19/10/2023.

7. Em relação aos débitos fiscais de titularidade da Fazenda Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a exigência de regularidade fiscal, como condição à concessão da recuperação judicial, somente poderá ser implementada a partir da edição de lei específica dos referidos entes políticos (ainda que restrita em aderir aos termos da lei federal).
8. Recurso especial improvido, devendo a parte recorrente comprovar a regularidade fiscal, no prazo estipulado pelo Juízo a quo, sob pena de suspensão do processo de recuperação judicial, com a imediata retomada do curso das execuções individuais e de eventuais pedidos de falência, enquanto não apresentadas as certidões a que faz referência o art. 57 da LRF.

Não se pode olvidar, ainda, que inobstante o artigo 47 da Lei n. 11.101/2005 se constitua como princípio norteador da recuperação judicial, deve-se notar que outros dispositivos legalmente previstos também preconizam a preservação da empresa (e conseqüentemente, sua função social): o período de suspensão de ações e execuções (*stay period*) que resguarda o patrimônio do devedor (art. 6º, *caput*); a vedação de retirada dos bens essenciais à atividade durante o *stay period* (art. 49, §3º); a novação das obrigações pela aprovação do plano (arts. 59 e 165); a possibilidade de alienação do estabelecimento sem a ocorrência de sucessão das obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária e trabalhista (art. 60, parágrafo único); além de diversos outros artigos que evocam essa preocupação do legislador em facilitar a continuação da atividade empresarial¹⁰.

Em complemento, relevante mencionar que a Lei n. 14.112/2020, ao promover as alterações legislativas na Lei n. 11.101/2005, acabou por confirmar e fortalecer o princípio da função social e da preservação social da empresa por meio da inserção de outros mecanismos que favorecem o projeto de soerguimento do devedor, valendo aqui citar como exemplos: a possibilidade de acesso do devedor a novos financiamentos mediante autorização judicial; estímulos aos meios de auto composição (mediação e conciliação) previamente ao pedido de recuperação (antecedente) ou

¹⁰ SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p. 124-127.

durante o transcurso do processo (incidental); possibilidade de antecipação total ou parcial dos efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial; a positividade normativa da possibilidade de prorrogação do *stay period* por mais 180 dias, dentre outros.

É importante destacar, contudo, que a preservação da empresa não se confunde com a preservação do empresário, o que restou plenamente evidenciado por vários dispositivos da legislação de regência, notadamente a possibilidade de o Juiz de atribuição do caso determinar a constatação prévia (inovação legislativa trazida pela Lei n. 14.112/2020 e inscrita no artigo 51-A da Lei n. 11.101/2005) do funcionamento da atividade empresarial requerente, uma vez que, sem atividade empresária, não há o que recuperar. Isto inclusive se coaduna com a necessidade de apresentação de laudo de viabilidade econômica, anexo ao plano de recuperação (artigo 53, II, da Lei), a fim de demonstrar a real possibilidade de soerguimento daquela empresa.

Em complemento, também com base nessa premissa, a função social e a preservação da empresa somente socorrem as atividades viáveis, de modo que o prolongamento de atividades empresariais inviáveis gera ineficiência econômica, cabendo a estas o mecanismo de liquidação a fim de que seja efetivada a rápida realocação no mercado do empresário:

Embora a recuperação judicial objetive superar a crise econômico-financeira do empresário e garantir a preservação da empresa, esta apenas implementará sua função social se for economicamente eficiente. Apenas a atividade viável e que garanta o adimplemento de suas obrigações sociais, com a entrega de produto aos consumidores, com o recolhimento dos seus impostos, pagamento de seus trabalhadores e credores, tornará efetiva sua função social.¹¹

Outro aspecto relevante que tangencia a matéria refere-se à comum e aparente contraposição entre função social da empresa e busca por lucros, elementos estes que, em verdade, não são dotados de incompatibilidade.

¹¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 46-48.

É sabido que uma das funções primordiais das atividades empresárias é de gerar riquezas e é justamente a partir disso, ou seja, da condução lucrativa de sua atividade, que a mesma consegue contratar mais funcionários e oferecer remunerações satisfatórias, recolher mais tributos, diversificar fornecedores, tecer relações com outras empresas e contribuir com o desenvolvimento da área na qual está situada (sabe-se que em muitas ocasiões a presença de uma empresa contribui fortemente com o desenvolvimento de outros negócios locais).

Nesta linha de pensamento, não se confunde o desempenho social da atividade empresarial com assistencialismo, conforme lições da doutrina:¹²

Efetivamente, a empresa não cumpre função social ao doar itens aos desabrigados de uma enchente ou ao plantar árvores em áreas ambientalmente degradadas. Claro que essas práticas são louváveis, mas não se relacionam com a função das empresas – aliás, de acordo com a Lei das S.A., a prática de atos gratuitos só pode ocorrer com moderação, sob pena de responsabilização dos próprios administradores (Lei das S.A., art. 154, §2º, “a”).

A função da empresa se revela com o exercício de uma atividade lucrativa. Isso porque, ao perseguir o lucro, ela produz ou coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos. Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. É exatamente assim que a empresa cumpre função social.

Já no que concerne ao regime falimentar, a Lei n. 11.101/2005, por meio de seu artigo 75 – que teve sua redação alterada e ampliada pela Lei n. 14.112/2020 – também erigiu expressamente a preservação dos benefícios sociais oriundos da atividade empresária como princípio a ser

¹² SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p. 124-127.

observado nos casos de encerramento das empresas inviáveis, elencando os meios para atingir e resguardar a função social neste contexto de liquidação:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:

I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa;

II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e

III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

(...)

§ 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia.

O destaque da preservação da empresa e sua função social também é passível de aferição por meio de outros dispositivos referentes à falência, como por exemplo, a possibilidade de continuação provisória das atividades com o administrador judicial prevista no artigo 99, inciso XI¹³, bem como, a possibilidade de o mesmo continuar celebrando contratos, inclusive de aluguel, tendo como objetos os bens da Massa Falida, consoante previsão do artigo 114.¹⁴

A alienação de ativos na falência igualmente se constitui como exemplo do enfoque na preservação da atividade e sua função social, uma vez que o legislador pátrio elencou, em primeiro lugar na ordem de

¹³ Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei. Lei n. 11.101/2005, de 9 de fevereiro. op. cit.

¹⁴ Art. 114. O administrador judicial poderá alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida, com o objetivo de produzir renda para a massa falida, mediante autorização do Comitê.

preferência disposta no artigo 140, a alienação da empresa com venda de estabelecimento em bloco ou venda de suas unidades produtivas isoladas, o que, conforme se pode inferir, tem a pretensão de viabilizar e fomentar a continuação da atividade por outro empresário que não o falido.¹⁵

A aplicação da função social na falência foi recentemente destacada em julgamento desta Corte pelo Ministro Moura Ribeiro, da Terceira Turma¹⁶, ao qual se requer vênia para transcrever ante sua pertinência ao tema:

(...)

3. A reforma da Lei n.º 11.101/2005 pela Lei n.º 14.112/2020 vislumbra a eficiência e celeridade tanto no remanejamento administrativo da empresa viável em situação de momentâneo desequilíbrio financeiro, como a rápida liquidação dos bens de produção daquelas que não possam ter o soerguimento garantido no processo de recuperação.

4. A falência prevista no art. 74 da Lei n.º 11.101/2005, ao afastar o devedor de suas atividades, também possui sua função social de preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos, recursos produtivos, liquidação célere das empresas inviáveis, realocação eficiente de recursos na economia, além do fomento do empreendedorismo, com o célere retorno do empreendedor falido à atividade econômica.

5. Agravo interno não provido.

Tornando o estudo para análise da responsabilidade social corporativa, sucede-se que este fenômeno consiste na adoção, pelos empresários, de estratégias voltadas para promoção e fomento do bem-estar social, investindo em práticas, obras, programas e ações que reverberem diretamente em um impacto socialmente positivo para a comunidade.

¹⁵ Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

¹⁶ AgInt no AREsp n. 1.981.902/MT, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023.)

Neste contexto, destaca-se o caráter voluntarista da responsabilidade social corporativa, uma vez que consiste em estratégia deliberada por parte do condutor da atividade empresária, em contraponto com a função social da empresa, que, por sua vez, decorre da aplicação de mandamento constitucional e infraconstitucional.

Justamente em virtude deste caráter voluntário, exsurge outro ponto de diferença com a função social, no sentido de que a prática desta última está ligada diretamente ao objeto social da empresa, de sua atividade fim, ao passo que, na responsabilidade social, em virtude de sua deliberalidade e voluntariedade, não há necessariamente uma vinculação entre sua prática e as atividades principais da empresa. Acerca do tema, confira-se lição da doutrina¹⁷:

Nesse sentido, a observância da função social da empresa parte do desenvolvimento da atividade empresarial propriamente dita. Àquela atividade que consta no objeto social da empresa, que é objeto da empresa. Logo, os deveres jurídicos da FSE são derivados da atividade fim. Ao contrário, os deveres jurídicos da RSE derivam das atividades meios, àquelas que não são objeto da atividade empresarial.

Especificamente sob o recorte da recuperação judicial e falência, a inserção da responsabilidade social corporativa no âmbito desses processos ainda é tema recente, mas que tem ganhado mais espaço de discussão em âmbito acadêmico e doutrinário.

Em perspectiva destacada pela doutrina especializada, a legislação das empresas em crise configura-se como exemplo de mecanismo de governança corporativa, uma vez que permite a congregação e o alinhamento dos interesses entre todas as partes integrantes ou interessadas em um processo de recuperação judicial ou falência: credores, devedores, governo, empregados, acionistas, investidores, dentre outros¹⁸.

¹⁷ ANDRADE, Thiago Pinho de. **Empresa, responsabilidade e função social**. Curitiba: CRV, 2016. p. 116.

¹⁸ REZENDE, Bruno Galvão Souza Pinto de. **A função social da empresa e a responsabilidade social corporativa: análise do direito da insolvência no Brasil e em Portugal**. Rio de Janeiro: J&C, 2021. p. 92.

Em linhas conclusivas, a partir dos estudos e pesquisas sobre o tema, sucede-se que o princípio da função social da empresa e da preservação da empresa revelam-se como ponto nodal e matriz interpretativa do sistema insolvencial brasileiro, tendo vasta aplicabilidade nos casos concretos, seja para solução de controvérsias, ou no suprimento de aparentes antinomias ou de lacunas legislativas.

Ainda que se verique um privilégio ostensivo à função social da empresa, o princípio não é empregado a todo e qualquer custo, servindo apenas para as atividades empresárias viáveis, ou seja, que sejam capazes de garantir o cumprimento de suas obrigações sociais, com respectiva manutenção de seus postos de trabalho, recolhimento de impostos (utilizando-se das medidas previstas para tanto, como parcelamentos, transações, etc) e efetiva prestação de serviços e fornecimento de bens aos consumidores.

A previsão legislativa expressa do princípio da função social da empresa no microsistema do Direito da Insolvência torna o seu vínculo, sua aplicabilidade prática, mais inteligível, o que ainda não aconteceu, por outro lado, com a responsabilidade social corporativa, a qual não consta com dispositivos no regramento jurídico brasileiro.

Além disso, a aplicabilidade da responsabilidade social corporativa tem sido cada vez mais discutida no âmbito da recuperação judicial por meio de inserção de cláusula no respectivo plano de recuperação elaborado pela empresa, com o fim de produzir benefícios para a comunidade em geral.

Ainda que não se vislumbre uma efetiva implementação prática da responsabilidade social corporativa na recuperação judicial e na falência, por enquanto, deve-se ressaltar avanço significativo nos estudos sobre a temática, que decerto contribuirão para o aprimoramento da matéria e a evolução das perspectivas para sua implementação em momento futuro.

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Francisco Cláudio de Almeida Santos
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Ministro Francisco Cláudio de Almeida Santos

Na década de 70 do século passado, os Estados Unidos tiveram sérios problemas econômicos, políticos e uma grave crise no Judiciário com uma quantidade fora do comum de ações propostas nos tribunais, o que veio a causar generalizada insatisfação em todos os estados daquela Confederação.

A reação das autoridades teve início com o objetivo de criação de um sistema denominado como tribunais de múltiplas portas (*multi-door courthouse*), a partir de estudos realizados pelo professor da Universidade de Harvard, Frank Sander, divulgados em uma conferência realizada em 1973, conhecida como *Pound Conference*, em homenagem a Roscoe Pound, que reuniu advogados, juízes e professores de direito e, posteriormente, em outra conferência realizada por Warren Burger, Presidente da Suprema Corte americana na época, no estado de Minnesota, com o apoio da *American Bar Association*, em que o Professor Sander foi incumbido de apresentar um documento sobre soluções de conflitos.

As soluções englobavam métodos autocompositivos e heterocompositivos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem, os dois primeiros realizados nas próprias Cortes de Justiça, o último, em instituições ou associações que surgiram e logo se desenvolveram nos mais importantes centros comerciais do País, tais como a *American Arbitration Association* (AAA), que apesar do nome passou também a realizar mediações,

associação que se expandiu, inclusive com a criação de núcleos em todo País, com a função de auxiliar na extinção de conflitos de todas as espécies, por meio de procedimentos conhecidos como MASCs (meios alternativos de solução de controvérsias), dentre os quais a mediação.

Mais do que isso, outros métodos de soluções de controvérsias se desenvolveram, tais como a negociação fora do judiciário, o *private-judging*, admitido em alguns estados, o *summary jury trials*, o *mini-trials*, o *high-low arbitration*, nos casos de indenização por dano, todos a serem adotados em fase anterior a uma possível demanda no Judiciário.

A mediação, porém, tanto quanto a arbitragem, não surgiu nesse período de reformas nos EEUU. Na verdade, assim como a arbitragem, a “mediação é prática que se encontra arraigada nas sociedades desde as mais remotas eras”, observaram, em artigo intitulado “A mediação como método (alternativo) de resolução de conflitos”, Theophilo de Azeredo Santos e Maurício Vasconcelos Galvão Filho¹.

No mesmo artigo, os autores registram que a autora americana, Kimberle K. Kovach, em revista especializada de Harvard, lembra que a utilização da mediação é destacada em referências bíblicas em escritos oriundos da Grécia e da China, sendo de se destacar, no último país, o longo histórico de uso da mediação por mais de quatro mil anos, além de registrar que, na China, contam-se cerca de dez milhões de mediadores, enquanto somente existem 110 mil advogados.

Constatei a informação em autor de Bangladesh, Zhan Ling, em artigo com o título “*Research on the Combination of Mediation with Arbitration and its Latest Development*”, no qual é confirmada a prática da técnica por milhares de anos, bem assim as cláusulas escalonadas entre a mediação e a arbitragem².

¹ MUNIZ, Joaquim Paiva (coord.). **Arbitragem e mediação**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 415-455.

² 2 LING, Zhan. Research on the combination of mediation with arbitration and its latest development. In: CARVALHO, Evandro Menezes de; HU, Li; GUIMARÃES, Márcio Souza (org.). **Arbitration and mediation in Brazil and China**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2023. p. 425-450.

Na União Europeia, nas últimas décadas, houve grande preocupação com os litígios internos em cada País e entre as nações diversas que a compõem, tanto nas relações familiares, empresariais, de consumo e até trabalhistas.

Assim, em face da necessidade de se manter um espaço de liberdade, de segurança e de justiça para assegurar a livre circulação de pessoas e garantir o acesso à Justiça, a UE aprovou em 21.05.2008 uma Diretiva de n. 52, para estimular a utilização da mediação na solução de controvérsias.

Dentre outras recomendações, a Diretiva, após registrar que a mediação é um processo voluntário, contém a recomendação de que nada deverá afetar a legislação nacional de cada País que preveja sua adoção obrigatória e nada deverá obstar os sistemas já existentes, nem impedir o acesso à Justiça.

Acrescenta, porém, que a Diretiva não é aplicável aos direitos e obrigações de que as partes não possam transacionar, segundo seu direito, nem em matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas nem sobre a responsabilidade do Estado por atos ou omissões no exercício da autoridade do Estado (atos de império).

A mediação, realizada confidencialmente, pode ser iniciada pelas partes, sugerida ou ordenada por um tribunal ou imposta pelo direito de um Estado-Membro, e é assegurada pelas partes a executoriedade do acordo.

Vários países criaram ou atualizaram suas legislações de modo a permitir e estimular a mediação e outros meios de solução de desavenças.

Na Espanha, por exemplo, a mediação foi regulamentada por meio da Lei n. 5, de 06.07.2012, em matéria civil e comercial. No âmbito familiar, a lei considera a liberdade de escolha do método como um dos valores mais elevados do ordenamento jurídico espanhol, tudo supervisionado pelo Conselho Geral do Poder Judicial. Importante ainda destacar que a justiça restaurativa é aplicável em conflitos penais com o objetivo de reinserção do agressor no ambiente social e o ressarcimento da vítima, ou, se menor aquele, a mediação é utilizada para sua reeducação.

Na Itália, a mediação sempre teve tradição, eis que foi prevista no Código de Processo Civil de 1886, mantida no Código de 1940, porém, na inovação introduzida pela Lei n. 69, de 2009, que delegou ao Governo a regulação da mediação em matéria civil e comercial, aconteceu uma surpresa: um decreto regulatório de 2010 tornou obrigatória a mediação em conflitos acerca de locação, condomínio, direitos reais, partilhas, sucessões, arrendamento de empresas, ressarcimento de dano por acidentes de veículos, responsabilidade médica, ofensas pela imprensa e contratos de seguro e bancários, antes de qualquer iniciativa perante o Poder Judiciário, com penalidades para aquela parte que se recusasse a celebrar um acordo cujo fundamento fosse um prejulgado judicial. Mais ainda, se a parte se recusasse a participar de um procedimento de mediação, não poderia propor uma ação.

A Associação dos Advogados Italianos arguiu a ofensa à Constituição italiana em vários tribunais, como o de Lazio, Gênova, Parma chegando à Corte Constitucional Italiana que, após audiência pública, em 2011, decidiu pela inconstitucionalidade de vários artigos do citado decreto. E a Itália continua com uma imensa massa de processos, embora a mediação facultativa venha tendo algum sucesso com o trabalho de uma importante associação de mediadores que lá existe e uma tentativa de lideranças do País, para o aprimoramento cultural da população.

E entre nós, no Brasil, como podemos lidar com a utilização dessas soluções extrajudiciais de solução de controvérsias?

É certo que a arbitragem, especialmente nas questões comerciais, já era utilizada, porquanto figurava em nossos velhos códigos, comercial, civil, nos códigos de processo de alguns estados e no primeiro código processual uniforme, mas poucas aplicações teve, sobretudo em face da exigência da homologação judicial da decisão.

Quanto à mediação, consta que, nas Ordenações Filipinas de 1603, fazia-se referência a essa técnica como instrumento para a solução de conflitos. Depois disso, foi totalmente esquecida e somente após a Constituição de 1988, bem assim, após a regulamentação da arbitragem, veio a mediação a ser estudada.

Mais longa do que a arbitragem foi a aprovação de seu marco legal no Brasil.

Em pesquisa das recentes iniciativas sobre o assunto, encontra-se um projeto de lei da deputada Zulaiê Cobra, muito resumido, composto apenas de sete artigos, que mereceu alguns substitutivos, mas nenhum deles foi aprovado, até que surgiu a disciplina do tema, em primeiro lugar, na edição do Código de Processo Civil, de 16.03.2015, e, posteriormente, na mesma ocasião em que aconteceu a reforma da lei de arbitragem, um novo projeto de lei de mediação veio a ser transformado na Lei n. 13.140, de 26.06.2015.

Feita esta introdução, vamos prosseguir no exame do que é a mediação, como está regulamentada em nosso País, e algumas considerações a respeito desse meio extrajudicial de solução de conflitos.

O que se entende por mediação?

A mediação é um processo voluntário e flexível, que ocorre em um ambiente privado e confidencial. Uma pessoa neutra e imparcial, o mediador, auxilia as pessoas envolvidas em um conflito a se comunicar, a tentar resolver suas dificuldades e a encontrar por si mesmas uma saída favorável para seu desentendimento.

Esta definição não é do autor destas considerações, mas do Instituto de Mediação e de Arbitragem de Québec, no original:

La médiation est un processus volontaire et flexible, qui se déroule dans un cadre privé et confidentiel. Une personne neutre et impartiale, le médiateur, aide des personnes impliquées dans un conflit à communiquer, à tenter de résoudre leurs difficultés et à trouver par elles-mêmes une issue favorable à leur mécontentement.

Como dito linhas atrás, 2015 foi o ano dos marcos legais da mediação no Brasil, visto encontrar-se logo no artigo 3º do CPC a reiteração do princípio constitucional da não exclusão da apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão a direito. E, em seguida, lê-se a permissão legal da arbitragem, o princípio de que o Estado promoverá sempre que possível a solução consensual dos conflitos, e mais, que a “conciliação,

a medição e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (§ 3º).

Adiante, no Capítulo III do Código (Auxiliares da Justiça), vem a Seção V, com as disposições relativas aos “conciliadores e mediadores judiciais”, em 10 artigos (n.ºs. 165 a 175). Cuida-se neste tópico obviamente da conciliação e da “mediação judicial” com uma primeira obrigação para os tribunais criarem centros jurídicos de solução consensual de conflitos “responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”, tudo organizado pelos respectivos tribunais, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

No primeiro artigo mencionado há uma norma no sentido de que o conciliador atuará, preferencialmente, nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, tais como um acidente de veículo ou uma prestação de serviço, e outra que, ainda preferencialmente, dispõe sobre a atuação do mediador, quando houver vínculo anterior entre as partes, tais como no caso de litígio no curso de uma locação ou questões de família. Há autores que criticam a redação do artigo, porque a existência ou não de relações continuadas deveria ser familiar, societária ou de amizade, mas é importante salientar que não há obrigatoriedade para essa distinção, apenas uma preferência.

O artigo 166, dispõe, de início, que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da “independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.” Interessante que a Resolução n. 125 do CNJ, de 2010 (Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências), já tratava do código de ética do conciliador e do mediador. Aquela Resolução foi alterada em 2016, após a vigência do CPC de 2015, para a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, dos cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores para capacitação destes, das Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação, do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, e outras providências.

Alguns daqueles princípios contidos no *caput* do artigo 166 aplicam-se aos conciliadores e mediadores (independência e imparcialidade), outros às partes (autonomia da vontade), que inclusive poderão escolher seus conciliadores e mediadores judiciais ou câmaras privadas, e os demais princípios devem ser respeitados por todos.

Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput* do art. 167, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

A remuneração dos conciliadores e mediadores judiciais será fixada conforme tabela elaborada pelo tribunal onde exerce suas atividades.

Estas são as principais disposições legais sobre o tema que não me parecem ter sofrido alterações conflitantes nas normas contidas na Lei n. 13.140, de 25.06.2015.

Esta lei dispõe, como consta em seu artigo 1º, da “mediação como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflito no âmbito da Administração Pública”. A lei, portanto, trata de duas coisas distintas, da mediação entre particulares, pessoas físicas e jurídicas, inclusive, as sociedades de economia mista, e de uma autocomposição em que a administração pública é parte. Nos primeiros 31 artigos a lei trata da mediação, nas demais normas, a lei não cuida de mediação, mas, de transação, por meio de “adesão”, entre particulares e a administração pública direta, suas autarquias e fundações (artigo 35). Destas, não cuidaremos, pois não se cuida de uma autêntica mediação.

Neste diploma a mediação é definida como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (parágrafo único do artigo 1º).

Dentre os princípios, o artigo 2º da lei aponta a “isonomia das partes”, o que é sempre desejável nas contendas judiciais ou privadas, e a “boa-fé”, que é princípio geral de direito em todas as relações entre as pessoas.

Acrescenta a lei que havendo previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação (§ 1º do artigo 2º), mas, se uma das partes não comparecer, o que acontece?

Se não houver a previsão de uma multa pela ausência da parte (artigo 22, inciso iv), ou inexistir no contrato uma cláusula escalonada (med-arb), nada acontecerá porque, ao contrário do que pode ocorrer na arbitragem, não há revelia na mediação, visto dizer a lei que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação (§ 2º do mesmo artigo citado). Na hipótese de cláusula escalonada inicia-se a arbitragem, na ausência da parte, a reunião de mediação.

Algo importante nesta lei e que foi muito discutido é a possibilidade de mediação tanto para a autocomposição de direitos disponíveis como sobre direitos indisponíveis que admitam transação, o que não acontece na arbitragem.

Observe-se que o CPC nada dispõe sobre a questão e até prevê em seu artigo 334 que:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Não faz o Código qualquer alusão à natureza do direito objeto do litígio, se disponível ou não, porém, a disposição citada, em seu § 11, estabelece: “A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença”.

Assim, se o direito das partes for indisponível, mas transigível, e ocorrer o consenso das partes, o juiz, após a audiência do Ministério Público, homologará, por sentença, a transação. É o que prescreve o § 2º do artigo 3º, da lei da mediação.

Ante o que até aqui foi exposto, não há dificuldade para se deduzir que o Código de Processo Civil oferece o regramento da mediação judicial, enquanto a lei de mediação tanto dispõe sobre a mediação extrajudicial como a judicial, e, mais, que tanto os mediadores atuantes em mediações no âmbito do Poder Judiciário ou externamente devem declarar qualquer circunstância que possa ocasionar dúvida quanto a sua imparcialidade e independência e impedimentos previstos nas respectivas leis, antes de aceitar o encargo escolhido, bem como durante o procedimento.

É de se acentuar que o mediador, comediador e outros auxiliares na mediação são equiparados aos servidores públicos para os efeitos da legislação penal, no exercício de suas funções (artigo 8º da lei de mediação).

Questão importante a ser observada é que a mediação judicial ou extrajudicial interrompe a prescrição de modo a ficar suspenso o respectivo prazo para o início de qualquer pretensão judicial, salvo no caso expresso em termo inicial da mediação de renúncia das partes à prescrição.

Para encerrar meus comentários, gostaria de lembrar que, pelo menos no plano internacional, no que tange às relações comerciais no mundo algo pode mudar para melhor com uma iniciativa da Organização das Nações Unidas de aprovar uma lei modelo sobre mediação internacional e acordos de transação internacional, em Singapura, no ano de 2018, já conhecida como “*Singapore Convention on Mediation*”.

Alguns estudiosos dizem que essa convenção é tão importante para a mediação como foi para o desenvolvimento da arbitragem a convenção para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras firmada em Nova Iorque, no ano de 1958.

O Brasil assinou esta Convenção no dia 04 de julho de 2021, mas a adesão ainda não foi ratificada pelo Congresso Nacional, e a Convenção, em outros países signatários, está em vigor desde o dia 12.09.2020.

Importante salientar que a Convenção não se aplica às questões consumeristas, familiares, sucessórias, trabalhistas ou aquelas decorrentes de homologação, conclusão ou registro em procedimentos judiciais ou arbitrais, as últimas, decididas por sentença, às quais se aplica a Convenção de Nova Iorque.

Lembra-se que, em nosso País, é preceito constitucional (artigo 4º, VII da CF) a solução pacífica dos conflitos, e a execução de uma transação internacional, decorrente de uma mediação, como título extrajudicial, pode ser pretendida no juízo comum do primeiro grau, independente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 784, XII, §§ 2º e 3º do CPC), visto não se tratar de sentenças judicial ou arbitral. Sem dúvida, esta opção da cláusula de mediação em contratos internacionais é menos onerosa e estimulará um relacionamento mais permanente entre as partes.

Ao concluir, trago uma lição da douda e competente Ministra Nancy Andrichi do Superior Tribunal de Justiça, escrita no final de suas reminiscências em artigo sobre mediação:

...a Mediação transcende e não tem por finalidade precípua unicamente o acordo, mas, sim, a construção de uma confluência de sentimentos das partes para que não experimentem simplesmente a posição de cessões mútuas na demanda judicial, mas também, e principalmente, a de um resultado equilibrado, que atenda aos interesses de ambas as partes, incólumes da pecha de vencedor ou perdedor. Essa é a função superior da Mediação.³

Esta função superior é uma bela lição da Magistrada citada.

³ ANDRIGHI, Nancy. Meu encontro com a Mediação. *In*: BRAGA NETO, Adolfo; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço (coord.). **A mediação de conflitos no Brasil: memórias e vivências**. São Paulo: CLA Editora, 2023.

O CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE PELO STJ NO
JULGAMENTO DE RECURSOS ESPECIAIS

Cesar Asfor Rocha
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STJ NO JULGAMENTO DE RECURSOS ESPECIAIS

Ministro Cesar Asfor Rocha¹

Sumário: 1. 35 anos de Superior Tribunal de Justiça; 2. Introdução ao tema; 3. Considerações gerais sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro; 4. O controle de constitucionalidade e o STJ; 4.1. Precedentes do STF e do STJ que versam sobre a declaração de inconstitucionalidade pelo STJ; 4.2. Posições doutrinárias; 5. Conclusão; Referências.

1. 35 ANOS DE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É muito oportuna a publicação da obra para a qual tenho a honra de contribuir, cujo objetivo é celebrar os 35 anos de serviços prestados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) à sociedade brasileira. Nesses 35 anos, não há dúvidas de que o STJ tem atuado de maneira contundente e exemplar, “a fim de preservar a missão constitucional deste Tribunal Superior como Corte de vértice em matéria de interpretação da lei federal,”² como já observou o saudoso Ministro Paulo de Tarso

¹ Cesar Asfor Rocha é advogado militante, atualmente ocupando o cargo de Presidente do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos – CONJUR da FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Foi Presidente do Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2008 a 2010.

² ProAfR no REsp n. 1.943.178/CE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 9/11/2021, DJe de 17/11/2021.

Sanseverino – extraordinário magistrado e bom amigo que, para a tristeza de todos, nos deixou precocemente –, com isso contribuindo para a segurança jurídica em todo o território nacional.

2. INTRODUÇÃO AO TEMA

Nessa linha, ao STJ “foi adjudicada a importantíssima missão de uniformizar, através do julgamento do recurso especial, a interpretação da lei federal em todo o País, analisando questões de direito a partir dos fatos que compõem o caso concreto, conforme a delimitação lançada pelo tribunal de origem acerca dos aspectos que dependam de prova, em cenário que não pode ser revisto em sede de recurso especial, restrito a insurgência quanto aos ditos erros de direito.”³

Em razão de sua clara e bem definida competência para julgar recursos especiais – concentrada, saliente-se, na uniformização da lei federal⁴⁻⁵ –, é cediço que descabe ao STJ “examinar a suposta violação de matéria constitucional, porquanto enfrentá-la significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Constituição Federal,

³ MARQUES, Mauro Campbell. **Recurso especial**. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2022. p. 33.

⁴ Cf. art. 105, III, da Constituição Federal.

⁵ Como se sabe, há outras duas competências constitucionais atribuídas ao STJ: (i) a competência originária para processar e julgar os feitos elencados no inciso I do art. 105 da Constituição, a exemplo de conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ações rescisórias de seus julgados, homologação de sentenças estrangeiras (judiciais e arbitrais), entre outras; e (ii) a competência para julgar, em recurso ordinário, as causas indicadas no inciso II do referido art. 105, o que inclui, por exemplo, “os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória” (cf. alínea “a”).

pertence ao Supremo Tribunal Federal.”⁶ De fato, o recurso especial “não é via própria para o exame de suposta ofensa a matéria constitucional.”⁷⁻⁸

Embora não caiba ao STJ realizar juízo de valor sobre alegações de violações constitucionais no julgamento de recursos especiais, seria possível à Corte Superior exercer controle de constitucionalidade em tal hipótese? É sobre esse tema que este artigo se ocupará. Buscar-se-á responder tal questionamento a partir da construção jurisprudencial do STF e do STJ, bem como do estudo doutrinário a propósito desse assunto.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Antes de enfrentar o tema central deste artigo, afigura-se indispensável discorrer sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Vale atentar-se, em particular, para duas perspectivas do nosso modelo: a perspectiva subjetiva (isto é, a quem compete controlar a constitucionalidade) e o modo como se dá o controle (isto é, no julgamento de casos concretos ou ao apreciar questões em tese).

⁶ REsp n. 1.114.604/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 13/6/2012, DJe de 20/6/2012. No mesmo sentido, entre outros precedentes: AgInt no AREsp n. 2.279.914/RN, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023 (consignando que a “análise de suposta violação de dispositivos constitucionais é vedada em sede especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.”).

⁷ AgInt no AREsp n. 1.854.006/TO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.

⁸ Se o recurso especial versar sobre matéria constitucional, aplicar-se-á o quanto disposto no art. 1.032 e parágrafo único do CPC: “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.”

Sob a ótica subjetiva, o Brasil adota o modelo **difuso** de controle de constitucionalidade. Isso é facilmente perceptível porque todos os magistrados brasileiros têm poderes para controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, afastando aquelas leis e aqueles atos normativos afrontosos à Constituição Federal, norma fundamental do ordenamento jurídico pátrio.

Conquanto o Brasil seja filiado ao modelo difuso, “é possível notar elementos do controle concentrado em nossa jurisdição constitucional.”⁹ Nesse sentido, o “controle de constitucionalidade brasileiro é difuso, mas, além de poder ocorrer na forma incidental no caso concreto, pode ser realizado via ação direta proposta no Supremo Tribunal Federal.”¹⁰

Dito de outro modo, “[q]uando o poder de controlar a constitucionalidade é distribuído aos órgãos do Poder Judiciário diante de todo e qualquer caso, o controle de constitucionalidade pode e deve ser feito por todos os órgãos judiciais, mas nas formas incidental e concreta.”¹¹ Porém, “nada impede que se outorgue à Suprema Corte, no mesmo sistema em que se dá competência para o controle judicial da constitucionalidade em face de qualquer caso, competência para realizar o controle de constitucionalidade na forma principal, mediante ações diretas a ela endereçadas.”¹²

É exatamente assim que acontece no Brasil, pois qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, pode exercer o controle incidental de constitucionalidade, mas somente ao Supremo Tribunal Federal (STF)

⁹ VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 35.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das cortes supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 27.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1020-1021.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1020-1021.

é dado realizar tal controle pela via principal (*e.g.*, no julgamento de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF). Disso decorre que, “nos sistemas em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer caso, e, ao lado disso, este controle também é deferido à Suprema Corte mediante a via direta,” como sucede no Brasil, repese-se, “há, na realidade, controle difuso decorrente das formas incidental e principal.”¹³

Não é novidade que o controle difuso é inspirado na *judicial review* dos Estados Unidos da América. A doutrina da *judicial review* foi concebida no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, que se tornou um *leading case* global, tendo em conta a sua repercussão em outros países.¹⁴

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1020-1021.

¹⁴ Para melhor compreender *Marbury v. Madison*, veja-se: “Marshall era Secretário de Estado do Presidente Adams, ambos do Partido Federalista, derrotado por Jefferson nas eleições presidenciais. No interregno entre o resultado do pleito e a posse dos novos governantes, Adams levou a efeito o seu ‘testamento político’, nomeando para o Judiciário seus correligionários políticos. Um dos beneficiários foi o próprio Marshall, nomeado para Presidente da Suprema Corte (Chief Justice) e empossado no cargo após a aprovação de seu nome pelo Senado, sem, contudo, abandonar o cargo de Secretário de Estado até o término do governo Adams. Marshall ficou incumbido de entregar os títulos de nomeação aos demais beneficiários, embora não tenha conseguido completar sua missão. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito de Columbia. Empossado o novo governo, o Presidente Jefferson determinou a James Madison, seu Secretário de Estado, que não entregasse o título a Marbury, por considerar que a nomeação só se perfazia, justamente, com a tradição do título ao nomeado. Assim foi que Marbury, após notificar Madison – que permaneceu silente – para que este apresentasse as razões pelas quais se negava a dar-lhe posse, impetrou um writ of mandamus perante a Suprema Corte postulando o reconhecimento de seu direito. Após dois anos de demora para o julgamento do caso, debaixo de pressões políticas fortíssimas e críticas contundentes da imprensa, o Tribunal proferiu seu veredito. (...) Passando ao largo do que hoje seria uma hipótese evidente de parcialidade do juiz, Marshall principiou o julgamento pelo mérito, proclamando o direito de Marbury à posse do cargo para o qual fora nomeado. Assim, ficava consignada perante a opinião pública a posição da Suprema Corte acerca da ilegalidade da conduta do Presidente Jefferson e seu Secretário de Estado. Nada

Através do exercício do controle difuso, a eventual inconstitucionalidade não é declarada em tese, mas, sim, “em processo regularmente instaurado, ao ser decidida uma pretensão,” conforme já pontuou o Professor Frederico Marques, com a percuciência que lhe era peculiar.¹⁵ Disso decorre, evidentemente, que o controle difuso se dá no bojo do julgamento de uma determinada causa, ao contrário do controle concentrado, que deita raízes no modelo europeu (mais precisamente no modelo austríaco capitaneado por Hans Kelsen), que atribui a competência para fiscalizar a constitucionalidade de leis e atos normativos a uma Corte Constitucional.

Em primeiro grau de jurisdição, a declaração de inconstitucionalidade virá, em regra, na forma de uma sentença, que resolverá tal questão como prejudicial de mérito. Já em segundo grau de jurisdição, a declaração de inconstitucionalidade deverá seguir o *iter* procedimental previsto pelo Código de Processo Civil, notadamente os arts. 948 a 950, e pelos regimentos internos dos respectivos tribunais.

O Regimento Interno do STJ, por sinal, dá fortes indicativos de como responder à questão central deste artigo. O art. 11, IX, atribui à Corte Especial a competência para processar e julgar “as arguições de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitadas nos processos submetidos ao julgamento do Tribunal.” No mesmo sentido, o art. 16, I, prevê que as “Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial” quando “acolherem a arguição de inconstitucionalidade,

obstante, a ordem era denegada por força de uma preliminar de incompetência da Corte, com o que se afastava o risco de uma crise entre Poderes. Para o reconhecimento da preliminar, entretanto, foi necessário declarar inconstitucional a lei que atribuía competência à Suprema Corte para julgar casos como aquele em exame. O argumento utilizado foi o de que as competências da Suprema Corte estavam taxativamente elencadas na Constituição, sendo insuscetíveis de ampliação por lei.” (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 29-31).

¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1. p. 308.

desde que a matéria ainda não tenha sido decidida pela Corte Especial.” Já o art. 67, parágrafo único, IX, diz que não será alterada a classe processual “pela arguição de inconstitucionalidade formulada incidentalmente pelas partes.”

Em segunda instância, deve-se obediência à cláusula de reserva de plenário, que encontra previsão no art. 97 da Constituição Federal; *in verbis*: “[pelo] voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” Além disso, aplica-se também a súmula vinculante n. 10 do STF, que dispõe que:

[v]iola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

No tocante à segunda perspectiva do controle de constitucionalidade de que se cogitou no início deste capítulo, que se preocupa com o modo com que a inconstitucionalidade será declarada, registre-se que o modelo brasileiro pode ser considerado misto, levando-se em conta que prevê tanto o controle por via incidental, quanto o controle por via principal.

De um lado, o controle incidental é “exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido.”¹⁶ De outro lado, o controle principal cabe única e exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de ações constitucionais. No julgamento de ações dessa natureza, o resultado da decisão do STF apresenta-se em abstrato, tem eficácia vinculante e alcança a todos (eficácia *erga omnes*, portanto).

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 72.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O STJ

4.1. Precedentes do STF e do STJ que versam sobre a declaração de inconstitucionalidade pelo STJ

Convém principiar a análise deste tópico por dizer que o STF já decidiu competir ao STJ realizar o controle difuso de constitucionalidade.

O acórdão que reputo ser um *leading case* sobre o tema foi relatado pelo eminente e saudoso Ministro Sepúlveda Pertence, ao final de 2001, em julgamento do Tribunal Pleno da Suprema Corte.¹⁷ Em primoroso voto, Sua Excelência houve por bem declarar a inconstitucionalidade formal do decreto que regulamentou a Lei n. 7.673/1995, do Município de Fortaleza-CE, diante da impossibilidade de reconhecer o direito dos então impetrantes à fruição da vantagem para servidores públicos em atividade debatida naquele feito.

No decorrer da fundamentação de seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence pontuou que em hipóteses como aquela *sub judice*, “até ao STJ, na instância do recurso especial, seria dado declarar incidentalmente, e de ofício, a inconstitucionalidade da lei ordinária que, se válida, teria de aplicar. Seria paradoxal que, em situação similar, não o pudesse fazer o Supremo Tribunal, **guarda da Constituição**, porque não prequestionada a sua invalidade.”¹⁸ Esse valioso ensinamento certamente perdura até os dias de hoje, como se verá mais adiante.

Dez anos depois desse relevante precedente, em julgamento levado a cabo em 2011, o Tribunal Pleno do STF novamente se pronunciou sobre a possibilidade de o STJ controlar a constitucionalidade de normas. Ao enfrentar questão tributária, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, relator, negou provimento a um agravo regimental, sob o fundamento de que, na medida em que o acórdão federal somente teria sido combatido por meio de recurso especial, sem interposição de recurso extraordinário,

¹⁷ RE 264289, Rel. Min Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJe de 14/12/2001.

¹⁸ RE 264289, Rel. Min Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJe de 14/12/2001.

“nada impede que a questão constitucional seja tratada pelo Superior Tribunal de Justiça.”¹⁹⁻²⁰

Esclareceu-se, então, que se estaria diante do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STJ. À luz das particularidades do caso concreto, o Ministro Ricardo Lewandowski consignou que a situação sobre a qual o Tribunal Pleno emitia sua opinião no momento “difere daquela em que da decisão a quo são interpostos simultaneamente recursos especial e extraordinário.”²¹ Sua Excelência asseverou, com efeito, que somente quando se estivesse diante da interposição simultânea de recursos especial e extraordinário é que o STJ “não pode[ria] adentrar à matéria constitucional, devendo”, consoante a sistemática processual de 1973, aplicável ao dito caso, “remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal, sob pena de usurpação de sua competência.”²²

É interessante registrar o pronunciamento que se sucedeu a isso vindo do eminente Ministro Marco Aurélio. Acompanhando o relator, Sua Excelência foi enfático ao consignar, em um cirúrgico parágrafo, que,

ultrapassada a barreira de conhecimento do especial, o Superior Tribunal de Justiça, como todo e qualquer órgão investido do ofício judicante, exerce e deve exercer – não

¹⁹ Rcl 8163 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJ de 25/11/2011.

²⁰ No mesmo ano 2011, o Tribunal Pleno do STF confirmou a possibilidade de o STJ exercer controle difuso em outro julgamento, de cuja ementa do acórdão se extrai o seguinte excerto: “1. O Superior Tribunal de Justiça pode exercer o controle difuso de constitucionalidade para, cotejando o art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com as demais normas infraconstitucionais supostamente aplicáveis à espécie vertente, decidir pela inconstitucionalidade daquelas que indevidamente beneficiariam a ora Agravante.” (Rcl 6882 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe de 12/04/2011).

²¹ Rcl 8163 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJ de 25/11/2011.

²² Rcl 8163 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJ de 25/11/2011.

está compelido a aplicar uma lei inconstitucional – o controle difuso de constitucionalidade.²³

Essa enfática declaração do Ministro Marco Aurélio condiz com acórdão relatado por Sua Excelência em julgamento da Segunda Turma do STF realizado anteriormente, em meados de 1999, quando destacou que à parte agravante incumbia, “ultrapassada a barreira de conhecimento do especial,” instar o STJ a “pronunciar-se sobre a implicação constitucional” por ela alegada, tendo em conta que o STJ, “como qualquer outro órgão investido do ofício judicante,” exerce o controle difuso de constitucionalidade.²⁴

Posteriormente, em julgamentos ocorridos nos anos 2014 e 2015, por exemplo, o STF reiterou o entendimento claramente consolidado naquela Corte no sentido de que o STJ tem legitimidade para exercer o controle difuso.

Em 2014, a Primeira Turma do STF, por duas vezes, firmou posição chancelando a competência do STJ para declarar a inconstitucionalidade de normas ao apreciar recursos especiais. Em abril, um acórdão relatado pelo eminente Ministro Luiz Fux consignou ser cediço que

compete aos órgãos judicantes, entre eles o Superior Tribunal de Justiça, por óbvio, na apreciação das lides que lhes são postas, efetuar o controle difuso de constitucionalidade, confrontando a legislação infraconstitucional aos preceitos da Carta Magna, sem

²³ Rcl 8163 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJ de 25/11/2011.

²⁴ AI 223494 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ de 07/05/1999. Até mesmo antes disso, Sua Excelência já entendia que o “Superior Tribunal de Justiça, uma vez ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso especial, julga a lide, cabendo-lhe, como ocorre em relação a todo e qualquer órgão investido do ofício judicante, o controle difuso de constitucionalidade” (AI 217753 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 01/12/1998, DJ de 23/04/1999). No mesmo sentido, ainda, ver: AI 172527 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 12/02/1996, DJ 12/04/1996.

que isso implique usurpação da competência atribuída ao STF pelo art. 102, III, da mesma Carta.²⁵

Já em novembro de 2014, um acórdão lavrado pelo eminente Ministro Roberto Barroso, atual Presidente do Supremo, destacou, na mesma toada do que se acabou de frisar acima, que a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que inexistente usurpação de competência desta Corte, quando acórdão do Superior Tribunal de Justiça faz controle difuso de constitucionalidade, aplicando o art. 41, § 1º, do ADCT, para decidir sobre a extinção do crédito-prêmio do IPI.²⁶

Por sua vez, em 2015, o eminente Ministro Celso de Mello fundamentou seu voto apontando que: “a fiscalização concreta de constitucionalidade, em nosso sistema jurídico, rege-se pelo método difuso, que permite a qualquer magistrado ou Tribunal proceder, *incidenter tantum*, ao controle de legitimidade constitucional dos atos estatais.”²⁷ Salientou, ademais: “na linha do magistério jurisprudencial firmado por esta Suprema Corte, que o E. Superior Tribunal de Justiça – à semelhança dos demais Tribunais e juízes – dispõe de competência para exercer o controle incidental, pela via difusa, da constitucionalidade dos atos estatais em geral (RTJ 158/976-978, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), ainda que a questão prejudicial de constitucionalidade venha a ser instaurada, como é processualmente lícito, em sede de recurso especial.”²⁸

A jurisprudência do STJ, com acerto inegável, seguiu os mesmos passos da jurisprudência do STF no tocante à tese do controle difuso de constitucionalidade.

²⁵ Rcl 6900 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/04/2014, DJe de 22/04/2014.

²⁶ Rcl 8115 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, DJe de 12/12/2014.

²⁷ Rcl 6581 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, DJe de 28/09/2015.

²⁸ Rcl 6581 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, DJe de 28/09/2015.

Ao tempo em que era Ministro do STJ, tive a oportunidade de proferir votos em relação ao tema do controle difuso. Em voto-vista acompanhando a maioria da Corte Especial, anotei, de início,

o já assentado pelo Supremo Tribunal Federal no AGRAG nº 145.589-7/RJ, sob a relatoria do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tem competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei, mesmo de ofício.²⁹

Ressalvei, contudo, um aspecto desse entendimento: no meu sentir, ao STJ não seria dado exercer o controle difuso, em sede de recurso especial, “se for para rever a mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior.”³⁰ Nada obstante, consignei que, caso o STJ o fizesse, então,

uma de duas: ou usurpará a competência do Supremo Tribunal Federal (se contra a decisão hostilizada pelo recurso especial também tiver sido interposto recurso extraordinário): ou ressuscitará matéria preclusa (se aquela mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior não tiver sido atacada por recurso extraordinário).³¹

Prosseguindo na detida análise que fiz na ocasião sobre esse instigante tema, pontuei que, “em regra, mas nem sempre,” o incidente de inconstitucionalidade, “mesmo de ofício, poderá ser suscitado em sede de recurso especial (não importando se interposto por ofensa à lei ou pelo

²⁹ Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, relator para acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/4/2001, DJ de 8/4/2002.

³⁰ Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, relator para acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/4/2001, DJ de 8/4/2002.

³¹ Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, relator para acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/4/2001, DJ de 8/4/2002.

dissídio).”³² A declaração de inconstitucionalidade, porém, “por ferir de morte a regra infraconstitucional, é uma medida drástica,” daí porque defendi que o referenciado incidente “só deve ser suscitado quando ele for absolutamente imprescindível para a solução da lide ou do recurso especial.”³³ Ou seja: incidentes de inconstitucionalidade frívolos deveriam, como ainda devem, ser evitados e rechaçados.

Em caráter inovador – porque destoante do que se falava à época sobre o tema –, registrei também o seguinte:

Ademais, o incidente de inconstitucionalidade deve limitar-se, única e exclusivamente, a deslindar o caso concreto em cuja sede ele seja suscitado, pois o único Órgão jurisdicional que tem competência para executar o controle constitucional concentrado é o Supremo Tribunal Federal.³⁴

Além disso, por parecer-me até um truísmo, firmei posicionamento no sentido de que

não se pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma regra legal que possa trazer, para o recorrente, uma carga de prejudicialidade maior daquela contida na própria decisão recorrida, sob pena de importar em *reformatio in pejus*.³⁵

³² Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, relator para acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/4/2001, DJ de 8/4/2002.

³³ Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, relator para acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/4/2001, DJ de 8/4/2002.

³⁴ Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, relator para acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/4/2001, DJ de 8/4/2002.

³⁵ Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, relator para acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/4/2001, DJ de 8/4/2002.

No aludido julgamento da Corte Especial do STJ, o eminente Ministro Nilson Naves, relator para acórdão, teceu considerações em seu voto que são oportunas de serem lembradas; *in verbis*:

O correto é que, cuidando-se do “modelo difuso-incidental, esse controle judicial das leis não é estranho ao Superior Tribunal; por sinal, é-lhe bem próprio. O Superior igualmente tem, no uso das suas competências originária e ordinária previstas nos incisos I e II do art. 105, os dois contenciosos, como todo o mundo judiciário. Se perplexidade não existe quanto aos indigitados incisos I e II, podendo o Superior, no exercício dessas competências, amplamente proceder, tal, porém, não acontece, na mesma dimensão, quando se cuida de julgamento, em recurso especial, das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal — hipótese do inciso III do art. 105.

(...)

De sorte que somente se admite, no âmbito do Superior, o controle difuso-incidental quando não se requer seja conhecido o recurso especial. Juridicamente, é possível, em atenção ao interesse do recorrido. Já se mencionou algumas vezes que o recorrente teria razão se a lei não fosse inconstitucional; sendo, há de se deixar de conhecer do recurso, simplesmente. De outra banda, aceita-se possa o Superior, no exercício da competência prevista no aludido inciso III, lidar com o texto constitucional se, por exemplo, o vencedor na instância ordinária assume a condição de vencido na instância especial. É necessário, todavia, que, nessa hipótese, a questão tenha sido suscitada na instância de origem, não importando se sobre ela lá tenha havido pronunciamento, bem como se impõe tenha sido levantada nas contra-razões do especial. Se o Superior, no julgamento do recurso, não tiver se manifestado sobre a questão constitucional, cabem os embargos de declaração, a fim de se ensejar em nome do vencido o recurso extraordinário. O que não é cabível é a inovação, não podendo o vencedor

e depois vencido deduzir novas alegações, mesmo que de cunho constitucional.”³⁶

Pela sua relevância e pela profundidade de sua análise, tal acórdão da Corte Especial veio a ser citado em outros julgados posteriores, tornando-se um genuíno precedente, na acepção do termo advindo do *common law*.

Um exemplo patente dessa repercussão é o acórdão na Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp n. 727.716/CE, de relatoria do eminente e saudoso Ministro Teori Zavascki. Em dita oportunidade, Sua Excelência bem observou que, “a fim de que o Superior Tribunal possa fazer o controle difuso no âmbito do recurso especial,” é “importante salientar que – reportando-me ao que foi decidido pela Corte Especial na AI no REsp n. 215.881/PR (DJ de 8/4/2002) – a declaração incidental da inconstitucionalidade de lei não poderá aproveitar ao recorrente.”³⁷ A arguição corretamente não foi conhecida nesse caso, pois, a meu ver, não seria cabível em sede de embargos de divergência, recurso que, como é de curial sabença, destina-se a pacificar a jurisprudência do STJ.

Releva dizer que, no âmbito do Tribunal da Cidadania, o paradigmático acórdão da Corte Especial na Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, de que se cuidou acima, abriu definitivamente as portas para que o STJ pudesse apreciar incidentes de inconstitucionalidade em sede de recurso especial e, a bem da verdade, também na apreciação de feitos de naturezas distintas.³⁸ Atualmente, por

³⁶ Arguição de Inconstitucionalidade no REsp n. 215.881/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, relator para acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/4/2001, DJ de 8/4/2002.

³⁷ Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp n. 727.716/CE, rel. Min. Celso Limongi (Des. Conv. do TJ/SP), relator para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 16/2/2011, DJe de 23/5/2011.

³⁸ Em abono dessa afirmação, citem-se, por todos, os seguintes julgados: “1. Tanto no regime constitucional atual (CF/88, art. 146, III, b), quanto no regime constitucional anterior (art. 18, § 1º da EC 01/69), as normas sobre prescrição e decadência de crédito tributário estão sob reserva de lei complementar. Precedentes do STF e do STJ. 2. Assim,

senal, o Regimento Interno do STJ tem um título específico dedicado a isso, denominado “Da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público,” que contempla os arts. 199 e 200.³⁹

são ilegítimas, em relação aos créditos tributários, as normas estabelecidas no § 2º, do art. 8º e do § 3º do art. 2º da Lei 6.830/80, que, por decorrerem de lei ordinária, não podiam dispor em contrário às disposições anteriores, previstas em lei complementar. 3. Incidente acolhido.” (AI no Ag n. 1.037.765/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Corte Especial, julgado em 2/3/2011, DJe de 17/10/2011); “(...) 6. É de se concluir que o Estado do Rio de Janeiro não tinha competência para legislar sobre o atendimento ao público no interior de agências bancárias que, por se tratar de questão vinculada a interesse local, é do Município. 7. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.” (AI no RMS n. 28.910/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 21/3/2012, DJe de 8/5/2012); “1. A denominada ‘taxa de desarquivamento de autos findos’, instituída pela Portaria n. 6.431/03 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é exação cobrada pela ‘utilização, efetiva (...) de serviços públicos específicos e divisíveis’, enquadrando-se, como todas as demais espécies de custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais, no conceito de taxa, definido no art. 145, II da Constituição Federal. Tratando-se de exação de natureza tributária, sua instituição está sujeita ao princípio constitucional da legalidade estrita (CF, art. 150, I). Precedente do STF. 2. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente.” (AI no RMS n. 31.170/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Corte Especial, julgado em 18/4/2012, DJe de 23/5/2012).

³⁹ “Art. 199. Se, por ocasião do julgamento perante a Corte Especial, for arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, suspender-se-á o julgamento, a fim de ser tomado o parecer do Ministério Público, no prazo de quinze dias. § 1º Devolvidos os autos e lançado o relatório, serão eles encaminhados ao Presidente da Corte Especial para designar a sessão de julgamento. A Secretaria distribuirá cópias autenticadas do relatório aos Ministros. § 2º Proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnado, se num ou noutro sentido se tiver manifestado a maioria absoluta dos membros da Corte Especial. § 3º Se não for alcançada a maioria absoluta necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso, a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*; não atingido, desta forma, o *quorum*, será convocado Ministro não integrante da Corte, observada a ordem de antiguidade (art. 162, § 3º). § 4º Cópia do acórdão será, no prazo para sua publicação, remetida à Comissão de Jurisprudência que, após registrá-lo, ordenará a sua publicação na Revista do Tribunal.”

“Art. 200. A Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial quando a maioria acolher arguição de inconstitucionalidade por ela ainda não decidida. § 1º Acolhida a arguição, será publicado o acórdão, ouvido, em seguida, o representante de

4.2. Posições doutrinárias

Municiada com substanciosos precedentes do STF e do STJ, a doutrina também já se debruçou sobre a possibilidade de o Superior Tribunal exercer controle de constitucionalidade no julgamento de recursos especiais. A conclusão dos estudiosos do direito a propósito disso é uma só e está alinhada com o entendimento jurisprudencial vigente há mais de duas décadas: o STJ tem plenos poderes para controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos quando estiver diante do julgamento de um recurso especial.

Em seu belo texto sobre o assunto, o Professor Georges Abboud ensina que o STJ, tal como qualquer outro órgão judicial do país, “pode exercer o controle difuso (ou incidental) de constitucionalidade,” sendo certo que a “falta de previsão nas hipóteses de cabimento do Recurso Especial ou a cisão de competências das Cortes não representam óbices à apreciação da constitucionalidade da legislação federal.”⁴⁰

Firme no princípio da supremacia da Constituição,⁴¹ o referido jurista salienta que “a averiguação da constitucionalidade da

Ministério Público, em quinze dias. § 2º Devolvidos os autos, observar-se-á o disposto nos parágrafos 1º e 3º do artigo anterior. § 3º O relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o Ministro mais moderno.”

⁴⁰ ABBOUD, Georges; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieko Rodrigues. Controle de constitucionalidade pelo STJ: uma medida contra legem?. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 15-30, mar. 2016.

⁴¹ A propósito do princípio da suprema constitucional, veja-se: “Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só nela confere poderes e competências governamentais. (...) Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.” Mais adiante, esse jurista traça um paralelo relevante entre o princípio da supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade: “O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois

lei infraconstitucional é decorrência do desempenho normal da função judicial, que comporta na interpretação e na aplicação do direito.”^{42, 43} Logicamente por tal razão poderia também o STJ realizar o controle de modo difuso, pela via incidental.⁴⁴

Não fosse assim, “propalar-se-ia que, não obstante se reconheça a supremacia da Constituição no ordenamento, o STJ deveria ignorar a nulidade de uma lei inconstitucional e, obrigatoriamente, aplicá-la ao caso concreto.”⁴⁵ Isso equivaleria a dizer que, “mesmo totalmente vazia, a lei, na

omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46).

⁴² ABOUD, Georges; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieko Rodrigues. Controle de constitucionalidade pelo STJ: uma medida contra legem?. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 15-30, mar. 2016.

⁴³ Sobre a possibilidade de o STJ interpretar a Constituição no julgamento de recurso especial, é oportuno recorrer às lições do Professor Luiz Guilherme Marinoni: “O Superior Tribunal de Justiça deve definir a interpretação da lei, inclusive, se for o caso, a única compatível com a Constituição. A função de interpretar a lei não pode se separar da função de interpretar a lei nos termos da Constituição. Não há como dizer que uma Corte tem poder para atribuir sentido a um dispositivo legal, mas não tem poder para atribuir ao mesmo dispositivo sentido conforme à Constituição. Chega a ser absurdo imaginar que o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a lei, deve parar nos critérios tradicionais de interpretação, não podendo invocar a Constituição como parâmetro ou critério interpretativo. Na verdade, como nenhum juiz pode deixar de ter a Constituição como parâmetro para a interpretação, inevitavelmente cabe ao Superior Tribunal de Justiça definir a interpretação mais adequada à Constituição ou a única interpretação em conformidade com a Constituição.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das cortes supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019).

⁴⁴ Em outro trabalho em que tratou do tema, o Professor Georges Abboud mencionou que o STJ, “não obstante ser o órgão responsável por assegurar a incolumidade e a uniformidade da legislação federal, possui a prerrogativa e a obrigação de realizar o controle difuso de constitucionalidade ao realizar o juízo de revisão dos recursos.” (ABBOUD, Georges. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 868).

⁴⁵ ABOUD, Georges; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieko

prática, é totalmente obrigatória,” o que não faz sentido.⁴⁶ Por certo, negar ao STJ a possibilidade de exercer controle difuso de constitucionalidade equivaleria ao absurdo de se sustentar que “qualquer juiz de direito pode realizar o controle da constitucionalidade de uma lei, menos o juiz de direito ministro do STJ, encontradiço, supostamente, na estrutura do Poder Judiciário, numa escala acima daquele.”⁴⁷

Além disso, o Professor Georges Abboud cita o art. 1.034 do Código de Processo Civil, segundo o qual “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao Tribunal Superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado,” para defender que, no julgamento do recurso especial, o STJ poderá, após a admissão do apelo nobre e *aplicando o direito à espécie*, exercer o controle de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo caso haja alegação de inconstitucionalidade.⁴⁸ Isso seria possível porque o art.

Rodrigues. **Controle de constitucionalidade pelo STJ: uma medida contra legem?**. Revista de Processo, São Paulo, v. 253, p. 15-30, mar. 2016.

⁴⁶ ABBOUD, Georges; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieko Rodrigues. **Controle de constitucionalidade pelo STJ: uma medida contra legem?**. Revista de Processo, São Paulo, v. 253, p. 15-30, mar. 2016.

⁴⁷ ABBOUD, Georges; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieko Rodrigues. **Controle de constitucionalidade pelo STJ: uma medida contra legem?**. Revista de Processo, São Paulo, v. 253, p. 15-30, mar. 2016.

⁴⁸ Há vozes na doutrina que sustentam a desnecessidade de haver alegação de inconstitucionalidade pelas partes para que o controle difuso possa ser realizado em um caso concreto. Confira-se, por todos: “A argüição de inconstitucionalidade, por conseguinte, é questão de direito, de ordem pública, e, por isso, é sempre possível a iniciativa oficial. (...) Ora, se qualquer Ministro do Superior Tribunal de Justiça pode, de ofício, argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, está-se diante de questão que independe de provocação de qualquer das partes envolvidas no recurso especial e transcende, como retro mencionado, a exigência de prequestionamento, porque a defesa da Constituição é tarefa indeclinável, natural e própria de todos os órgãos jurisdicionais, singulares ou coletivos, do Poder Judiciário.” (FRANCIULLI NETTO, Domingos. Argüição de inconstitucionalidade em recurso especial. **Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva**, Brasília, v. 13, n. 2, p. 177-194, jul./dez. 2001).

1.034 conferiria uma “ampla devolução no plano da profundidade,” em alusão ao efeito devolutivo do recurso especial.⁴⁹

A junção dessas ideias levou o Professor Georges Abboud a concluir o seguinte:

ainda que o debate, no Recurso Especial, envolva, *a priori*, unicamente matéria infraconstitucional, faz-se claro que, ao aplicar qualquer norma à espécie, o STJ não só pode, como deve, por decorrência lógica do sistema e da atividade jurisdicional, exercer o controle de constitucionalidade, averiguando, pois, se a lei aplicável ao caso confronta ou não a Constituição, devendo, em caso afirmativo, declará-la inconstitucional e, via de consequência, obstar sua incidência.⁵⁰

Em tal hipótese, a inconstitucionalidade deverá ser reconhecida pela Corte Especial do STJ, consoante as regras regimentais supracitadas e em respeito à cláusula de reserva de plenário. Mas, é preciso frisar, o julgamento da causa em si – adotando-se como premissa a existência ou não de inconstitucionalidade – competirá ao respectivo órgão fracionário do STJ, e não à Corte Especial.

Nessa mesma linha de raciocínio, há quem diga que a resposta acerca da competência do STJ para declarar a inconstitucionalidade de modo incidental no julgamento de recurso especial estaria “no domínio da técnica processual dos juízos de cassação e de revisão do REsp.”⁵¹

⁴⁹ ABOUD, Georges; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieko Rodrigues. **Controle de constitucionalidade pelo STJ**: uma medida contra legem?. Revista de Processo, São Paulo, v. 253, p. 15-30, mar. 2016.

⁵⁰ ABOUD, Georges; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieko Rodrigues. **Controle de constitucionalidade pelo STJ**: uma medida contra legem?. Revista de Processo, São Paulo, v. 253, p. 15-30, mar. 2016.

⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson. **O STJ e o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo**. Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa 20 anos. Brasília: STJ, 2009. p. 453-467.

Para essa corrente doutrinária, “no juízo de cassação do REsp é absolutamente inadmissível o conhecimento de questão constitucional.”⁵² Isso, porque (I) ou a matéria constitucional já teria sido suscitada e decidida na instância local, ocasião em que seria necessária a interposição de recurso extraordinário, sob pena de usurpação de competência da Suprema Corte;⁵³ (II) ou a matéria constitucional não teria sido suscitada na instância local e estaria, por conseguinte, preclusa, sendo vedada a sua análise por ausência de questionamento.⁵⁴

Todavia, a apreciação de inconstitucionalidade poderia ocorrer incidentalmente no julgamento do recurso especial em sede de juízo de revisão, tendo em conta que, “cassado o acórdão do tribunal federal ou estadual, vale dizer, provido o REsp porque o acórdão, *v.g.*, negou vigência a lei federal, o STJ rejeitará a causa, aplicando o direito à espécie.”⁵⁵ Isso significa dizer

que o STJ, no juízo de revisão do REsp, atua como tribunal de apelação, isto é, pode tudo: rever prova, analisar

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. **O STJ e o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo**. Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa 20 anos. Brasília: STJ, 2009. p. 453-467.

⁵³ Nesse exato sentido, confira-se: “A rigor, a questão da inconstitucionalidade da lei federal só não pode ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça quando o tema foi decidido pela corte de origem, configurando um dos fundamentos autônomos que sustentam a conclusão do acórdão recorrido. É que, tendo sido solucionada pela corte de segundo grau, a matéria deve ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário. Não tendo sido interposto extraordinário, e sendo o fundamento constitucional suficiente para sustentar a conclusão do acórdão, o especial nem sequer ultrapassa a barreira da admissibilidade, consoante o disposto no verbete n. 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.” (SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 632-633).

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **O STJ e o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo**. Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa 20 anos. Brasília: STJ, 2009. p. 453-467.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **O STJ e o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo**. Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa 20 anos. Brasília: STJ, 2009. p. 453-467.

documentos, decidir *ex officio* matéria de ordem pública e reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei e ato normativo.⁵⁶

Em obra monográfica sobre o tema, registrou-se que o STJ, “a exemplo de todos os demais tribunais do país, pode e deve desempenhar o controle incidental e difuso de constitucionalidade, deixando de aplicar as leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição.”⁵⁷ Para que isso seja viável, deve haver um “processo no âmbito do qual tenha sido suscitada inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa, cuja arguição, ressalte-se, lhe é devolvida incidentalmente em sede de recurso especial, como consequência de seu efeito translativo (art. 1.034 do CPC/2015), ainda que sua cognição seja mitigada pela necessidade de prequestionamento.”⁵⁸ Note-se que também aqui houve alusão ao art. 1.034 do CPC, que trata da aplicação do julgamento à espécie.

Reforçando a importância da defesa da Constituição também pelo STJ (e não apenas pelo STF) em sede de controle difuso de constitucionalidade, a doutrina reconhece que a

competência de interpretar as leis e os atos normativos em confronto com o texto constitucional e, conseqüentemente, de declarar-lhes incidentalmente a inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, pertence a qualquer magistrado e aos tribunais em geral, logo,

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. O STJ e o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo. **Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa 20 anos**. Brasília: STJ, 2009. p. 453-467.

⁵⁷ BATISTA, Fernando Natal. **A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimidade do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional**. Brasília: JusPODIVM, 2018.

⁵⁸ BATISTA, Fernando Natal. **A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimidade do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional**. Brasília: JusPODIVM, 2018.

evidentemente, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, também compete ao Superior Tribunal de Justiça.⁵⁹

Consoante essa orientação doutrinária, o controle difuso pelo STJ seria cabível desde que cumuladas duas situações específicas. Primeiro, “é necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal (recurso especial) indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais apontados e a tese recursal a eles vinculada (prequestionamento), interpretando-se a sua aplicação, ou não, ao caso concreto.”⁶⁰ Segundo, porque a regra oriunda da cláusula de reserva de plenário atuaria como condição de eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade,

a inconstitucionalidade [incidental] de ato normativo estatal somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal.⁶¹

Percebe-se, com facilidade, que a doutrina efetivamente admite a possibilidade de o STJ exercer controle difuso de constitucionalidade de modo incidental no julgamento de recursos especiais.

⁵⁹ BATISTA, Fernando Natal. **A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimidade do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional**. Brasília: JusPODIVM, 2018.

⁶⁰ BATISTA, Fernando Natal. **A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimidade do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional**. Brasília: JusPODIVM, 2018.

⁶¹ BATISTA, Fernando Natal. **A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimidade do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional**. Brasília: JusPODIVM, 2018.

5. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, sobretudo à luz da remansosa orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores e da mais abalizada doutrina, não há dúvidas de que a resposta à indagação formulada no capítulo introdutório deste artigo é absolutamente positiva, vale dizer, é, sim, possível ao STJ exercer controle de constitucionalidade no julgamento de recursos especiais (e de outros feitos de sua competência). Além de mera possibilidade, o controle difuso de constitucionalidade do STJ, pela via incidental, consubstancia verdadeira obrigação do julgador, um dever jurisdicional, haja vista ser a inconstitucionalidade o vício mais grave do ordenamento jurídico brasileiro.

Respeitada a sua precípua função de guardião da legislação federal, e sem usurpar a competência do Supremo, o STJ pode e deve realizar controle de constitucionalidade quando o caso concreto assim determinar, o que não raro ocorre em processos envolvendo questões tributárias. Em virtude disso, desponta fundamental registrar que, ao atuar dentro da esfera da jurisdição constitucional, o STJ soma-se ao grupo de *intérpretes da Constituição*, em alusão à ideia concebida por Peter Häberle, para quem “todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição,” com prioridade à “interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes.”⁶²

Nesse contexto, concludo enfatizando que muito me orgulho de ter participado ativamente da construção jurisprudencial do STJ a respeito do tema deste artigo no decorrer dos 35 anos de existência do Tribunal da Cidadania, contribuindo para a sedimentação do contencioso constitucional no STJ.

⁶² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 4.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieko Rodrigues. Controle de constitucionalidade pelo STJ: uma medida contra legem?. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 15-30, mar. 2016.
- ABBOUD, Georges. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- BATISTA, Fernando Natal. **A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimidade do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional**. Brasília: JusPODIVM, 2018.
- INENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das cortes supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1.
- MARQUES, Mauro Campbell. **Recurso especial**. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2022.
- NERY JUNIOR, Nelson. O STJ e o controle de constitucionalidade de lei e ato normativo. *In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa 20 anos*. Brasília: STJ, 2009. p. 455-467.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VAUGHN, Gustavo Favero. **Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Almedina, 2022.

O STJ E AS GARANTIAS PROCESSUAIS

Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O STJ E AS GARANTIAS PROCESSUAIS

Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini

A criação do STJ pela Constituição de 1988 foi fruto de amplo debate político direcionado à gestão e uniformização da justiça, e que se tornou conhecido e admirado como o Tribunal da Cidadania. Como responsável pela interpretação da legislação infraconstitucional, seu papel se revela de extrema importância para os jurisdicionados, pois impacta diretamente a vida de cada cidadão.

Dada a qualidade de suas decisões, houve desvirtuamento de sua exata função, exercendo por vezes o papel de terceira instância, na medida em que passou a receber inúmeros processos sem a exata adequação ao papel constitucional para o qual a Corte foi idealizada.

Em razão do volume crescente de processos distribuídos, em julho de 2022, entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 125, que cria novos requisitos para a admissibilidade do recurso especial.

Trata-se de tentativa de possibilitar o exame adequado dos processos encaminhados à Corte, de modo a que se possa aferir com qualidade as questões submetidas ao Judiciário.

Essa situação de fato é fruto da extrema litigiosidade da sociedade inerente nos dias atuais, em que as partes ainda não buscam os meios alternativos de solução de conflitos, logo a judicialização é a consequência natural. Nessa linha de pensamento o Superior Tribunal de Justiça, em

razão da abrangência da competência fixada no artigo 105 da Constituição Federal, se apresenta como o efetivo amparo para o direito da parte que se julga prejudicada.

Desde a Constituição de 1891, há a busca de direitos e garantias e a lição de Ruy Barbosa fez um confronto entre eles, separando as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa de direitos, limitam o poder.

Assim, o contraditório e ampla defesa são garantias da atividade processual. Toda e qualquer atividade jurisdicional e administrativa têm inerente o princípio do contraditório, por força do dispositivo da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art.5º, inciso LV)”.

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A essência desse princípio é do *due processo of law*, uma vez que permite ao litigante externar seu pensamento em virtude das alegações da parte contrária.

Mesmo quando há a possibilidade de liminar *inaudita altera parte*, o princípio do contraditório não poderá ser ignorado, na medida em que se atende a urgência alegada até a parte contrária trazer os seus argumentos em Juízo, protegendo o direito invocado sem olvidar a relação processual.

As ações cautelares podem ter eficácia sem conhecimento prévio da parte contra a qual é dirigida. Nesses casos, exigências tendentes a evitar os efeitos do *periculum in mora* trazem aparente derrogação ao contraditório. Todavia, tais medidas são apenas provisórias e podem ser ulteriormente reparadas ou modificadas, com intervenção *a posteriori* do interessado.

O princípio do contraditório é essencial para a relação processual, pois a sua inobservância acarreta nulidade. No entanto, isso não implica dizer que o contraditório é absoluto e pleno perante os demais princípios. Nenhum processo pode ser realizado sem assegurar a audiência à parte adversária.

A relação processual é perfeita quando o réu é devidamente citado, e as decisões só poderão ser proferidas desde que as partes sejam ouvidas.

A citação do réu dá início à relação processual que vem se opor à pretensão do autor; ao juiz, não se confere o poder de julgar sem ouvir a defesa da parte contrária. O direito de defesa está inserido nesse princípio, já que o réu sempre terá oportunidade de se defender. O princípio do contraditório se realiza perante a parte a quem será proferida a decisão, assegurando-lhe direito de defesa.

O contraditório é a base de qualquer relação processual, uma vez que sem ele o direito de defesa irá sofrer restrições indevidas. E esse princípio é decorrência imediata do nosso regime constitucional de legalidade democrática, porque deriva da igualdade perante a lei e do direito ao processo, daí sua qualificação como princípio constitucional do processo civil.

A bilateralidade da ação e da pretensão gera a bilateralidade do processo, e nisso reside o fundamento lógico do contraditório. Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação se desenvolve como contradição recíproca, nas lições de Carnelutti.¹

Mas o traço básico e saliente do contraditório é o de princípio constitucional decorrente do direito de defesa. O processo, como conjunto de atos, deve ser estruturado contraditoriamente, como imposição do devido processo legal que é inerente a todo sistema democrático em que os direitos do homem encontram garantias eficazes e sólidas. As leis do processo regulam o direito de defesa e sancionam a sua inobservância pelos particulares ou pelo Estado.

Nessa linha de argumentação, o princípio da igualdade perante a lei traz, como consequência, a igualdade nos atos processuais, ou seja, a igualdade das partes do processo. Dentro das necessidades técnicas do processo, deve a lei propiciar a autor e réu atuação processual em plano de igualdade. No processo de conhecimento, essa igualdade deve consistir em

¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

dar a ambas as partes idênticas possibilidades de comprovar seus direitos; e no processo de execução, em admitir, através de termos mais ou menos reduzidos, os necessários meios de defesa para evitar liquidação ruínosa dos bens do devedor.

O contraditório se reveste de bilateralidade de atos e termos processuais, ou seja, a concessão às partes de oportunidade de intervir e externar seu pensamento em face das alegações do adversário.

Evidentemente, o princípio não é absoluto na medida em que sofre algumas restrições que, na ciência processual, são tidas como justificáveis e úteis, e até mesmo de indiscutível necessidade. Essas exceções representam indeclinável concessão a exigências e imperativos da justiça prática, e não afetam, realmente, a universalidade do princípio.

Precisas as observações na obra conjunta de Humberto Teodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron:

Há de se perceber que tanto nos litígios de baixa intensidade quanto nos de alta intensidade (litígios repetitivos) faz-se mister a implementação de pelo menos uma etapa de cognição bem realizada (com contraditório pleno), eis que, caso o debate não ocorra pelo menos uma vez, sobre todas as nuances relevantes do caso e dos fundamentos das decisões, potencializa-se a utilização de recursos, e automaticamente a chance de seu acatamento pelas instâncias revisoras, com aumento considerável do espaço-tempo processual.²

Interessante a observação dos autores quanto ao inciso II, § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, no tocante à vedação de utilização pelo juiz de conceitos jurídicos indeterminados, “sem explicar o motivo concreto de sua incidência na causa.”

Na verdade, a utilização de conceitos indeterminados oferece campo vasto de discussão entre os doutrinadores, especialmente, no âmbito do direito administrativo.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 114-115.

António Francisco de Sousa salienta que a doutrina dos conceitos indeterminados, que teve sua origem na Áustria no final do século XIX, se preocupou, primeiramente, em definir se tais conceitos eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos.³

Ao analisar as diversas teorias surgidas em França, Itália, Portugal e Alemanha, destaca que nesta última o tema envolvia o exame da discricionariedade e da competência dos tribunais administrativos; na verdade, a solução aventada, de forma simplista, para a utilização dos conceitos indeterminados era a atribuição de discricionariedade ao administrador, e, em consequência, a exclusão de tais matérias do controle jurisdicional.

Surgiram duas correntes: a teoria da multivalência e a da univocidade; pela primeira, seriam possíveis várias decisões certas quando da aplicação dos conceitos indeterminados, envolvendo, portanto, a discricionariedade; e, pela outra, no exercício do poder vinculado, só haveria uma decisão acertada.

No entanto, cumpre observar que o conceito indeterminado, quando inserido em alguma norma, deve ser sempre considerado conceito jurídico, portanto, sujeito a controle jurisdicional, como consequência da adoção do Estado de Direito.⁴

Embora seja imprescindível definir se a lei confere ou não esfera de apreciação, praticamente, aquela se torna característica dos conceitos indeterminados, ainda que nem todos ofereçam essa possibilidade ao administrador.

Essa margem de apreciação não se confunde, porém, com a discricionariedade. Francisco de Sousa assume sua preferência pela tese

³ SOUSA, António Francisco de. **“Conceitos indeterminados” no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 34.

⁴ Afonso Rodrigues Queiró, em trabalho sobre discricionariedade, afirma: “Tôdas as funções do Estado – e a administrativa *in specie* – se devem realizar na forma do Direito e as normas do Direito são o quadro da atividade do próprio Estado”. (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**: RDA, Rio de Janeiro, n. 6, p. 46-47, out./ dez. 1946.)

que nega a margem de apreciação, concluindo pela compatibilidade da discricionariedade com o Estado de Direito Democrático, a qual, contudo, não pode ser presumida na medida em que pode se transformar em ofensa a direitos e garantias individuais.⁵

Na verdade, a interpretação e a aplicação dos conceitos indeterminados, em função dos argumentos desenvolvidos pelas diversas teorias, culminam por se transformar em atividade vinculada à lei, inclusive para perquirir, em determinadas ocasiões, a vontade do legislador.

Por esse fundamento, o § 1º do artigo 489, em seu inciso II, determina a fundamentação adequada do conceito indeterminado ao caso concreto, a fim de possibilitar seu efetivo controle. Atende-se, em consequência, o disposto no artigo 93 da Constituição Federal.

Daniel Amorim Assumpção Neves, em seu *Novo CPC Comentado* destaca:

O legislador, ao criar conceitos jurídicos indeterminados, que são conceitos vagos, de definição imprecisa, praticamente delega ao juiz no caso concreto seu preenchimento, sendo tal fenômeno ainda mais robusto nas cláusulas gerais.⁶

E a motivação das decisões é um dever constitucional, pois o juiz também participa do contraditório, tanto na fundamentação da sentença, como também do acórdão.

Dessa forma explica-se a tentativa de buscar-se a apreciação do Superior Tribunal de Justiça em todo e qualquer processo como garantia de acerto das decisões proferidas nas instâncias inferiores, em outras palavras, do efetivo contraditório.

⁵ O Autor expõe a tese de Rupp, que defende a vinculação total da Administração à lei e sua subordinação a um controle jurisdicional no tocante à interpretação e à aplicação dos conceitos legais indeterminados, pois estes podem transformar-se em veículo de insegurança e arbítrio. Nessa linha de raciocínio o novo CPC exige a concretização do conceito para a hipótese em julgamento.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 809.

DO FILTRO DE RELEVÂNCIA

Na medida em que o jurisdicionado pretende submeter sua pretensão ao Superior Tribunal de Justiça, como garantia de efetiva apreciação pelo Judiciário, impõe-se a adoção de mecanismo tendente a evitar o volume excessivo de processos a serem examinados, sob pena de comprometimento da eficiência e qualidade dos julgados.

Além das vedações contidas especialmente nas Súmulas 7 e 9 para a apreciação dos recursos, a Emenda Constitucional n. 125 colima estabelecer outros requisitos para o exame perante a Corte Superior, com o aproveitamento da experiência haurida com a repercussão geral adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a demonstração de relevância das questões de direito federal infraconstitucional para a admissibilidade do recurso especial configura tentativa de adequar, aos seus exatos limites, a função constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Objetiva-se especialmente a celeridade nos julgamentos, uma vez que se restringe a quantidade de processos. As eventuais críticas à vedação de decisão monocrática para a apreciação da relevância poderão ser superadas pela adoção, por exemplo, do plenário virtual e de outras inovações tecnológicas.

Muito embora alguns doutrinadores façam a ressalva de que a presunção *ex lege* da relevância, estabelecida pela própria Constituição no artigo 105, § 3º, já esteja em vigor, a matéria ainda pende de regulamentação tanto no âmbito legislativo quanto no regimento interno do próprio tribunal, cujas disposições deverão enfrentar desafios dada a amplitude do que se necessita regular, o que não impede eventuais ajustes posteriores que se façam necessários.

Em dezembro de 2022, o Superior Tribunal de Justiça apresentou proposta de Anteprojeto para a regulamentação da matéria que implicará na alteração dos artigos 927, 932, 979, 998, 1030 e 1042, inclusive com a inserção do artigo 1035^a, para a compatibilização com o CPC.

Esse novo artigo irá disciplinar a forma de apresentação da relevância não só no aspecto formal, mas principalmente no aspecto material, para a admissibilidade do recurso.

Nesse sentido, vale invocar o pensamento do Ministro Luís Roberto Barroso, ao tratar do princípio da razoabilidade, que deve permear a concretização da adoção do filtro de relevância:

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.⁷

Com efeito, a relevância deve observar o princípio da razoabilidade para não ferir direitos e evitar restrição indevida de garantias, nas causas não previstas na configuração automática do pressuposto.

A adoção do filtro terá o condão de possibilitar melhor funcionamento da Corte, com mais qualidade e celeridade na análise dos processos, corrigindo-se a distorção de o Superior Tribunal de Justiça ter se tornado a “terceira instância” de julgamento.

Ajusta-se dessa forma a verdadeira missão do tribunal consubstanciada na interpretação uniforme da legislação federal, para atuar na fixação de precedentes, abdicando do exame de processos que só abarcam o interesse subjetivo das partes.

De outra parte, exsurge a importância dos tribunais inferiores na efetiva e acurada análise dos processos de modo a orientar a sua correta destinação.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 65-78, abr./ jun. 1998. p. 65.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O JUDICIÁRIO

Diante dos atuais avanços tecnológicos, sustenta-se que a Inteligência Artificial contribuirá de forma expressiva na solução de desafios da sociedade.

Evidentemente, a introdução de inovações que possam contribuir para a qualidade e a celeridade dos julgamentos deve ser acatada e inserida no cotidiano dos juízes e dos tribunais.

Se de um lado é impactante a adoção de novas técnicas, de outro, se revela imprescindível a sua regulação para evitar abusos e prejuízos aos seus usuários, especialmente em matéria tão sensível como a defesa e proteção de direitos individuais ou coletivos.

A ajuda da IA pode ser aferida em vários campos de atuação, tais como na identificação dos temas a serem julgados, acelerando inclusive sua uniformização. Contudo essa avaliação preliminar precisa ser reavaliada pela pessoa competente para a aferição da correção de tal conclusão.

Como o direito não é uma ciência exata, as peças processuais revelam nuances nem sempre perceptíveis para uma estrutura criada para identificar temas iguais a impor soluções idênticas. Nem sempre é assim.

Excludentes de responsabilidade podem não ser identificadas e, em consequência, comprometer a identificação do tema a ser efetivamente decidido. O questionamento do dolo na ação de improbidade pode não estar plenamente solucionado e comprometer a diretriz a ser seguida no julgamento. Os conflitos de competência deverão ter tratamento diferenciado.

A importância do homem no manejo dessas novas técnicas exsurge ainda maior, na medida em que a solução do processo poderá recair no seu exato encaminhamento para a solução adequada.

Uma vez que a imposição de multa tem sido utilizada como instrumento de correção para a insistência em determinada conduta por parte de jurisdicionados, é preciso cautela na aferição de equívoco ou intenção deliberada de induzir a erro o julgador.

Inegável o avanço obtido com a introdução de novas tecnologias, como é exemplo o processo digital. Inserido gradualmente no cotidiano do Judiciário, tornou-se ferramenta importante de livre acesso aos processos pelos jurisdicionados. Sua utilização facilita a prestação da Justiça e proporciona economia e rapidez nos julgamentos, sem necessidade de deslocamentos.

Audiências e julgamentos virtuais se revelam ferramentas importantes para a celeridade e qualidade de acesso, sem comprometimento da higidez das decisões, uma vez que a qualquer momento pode ser alterada a forma de julgamento de virtual para presencial, desde que presente qualquer dúvida ou carência de informação a respeito da controvérsia posta nos autos. Essa cautela é imprescindível para a correta condução do processo no sentido de se obter solução justa e efetivamente aplicável ao caso concreto.

A avaliação dos riscos e a correção de rumos, quando necessárias, se revelam condutas imperiosas ao julgador em qualquer esfera de jurisdição. Daí a importância do acompanhamento efetivo das informações colhidas dos mecanismos tecnológicos, carentes da percepção das diferenças de cada processo que só o ser humano é capaz de identificar.

Um enunciado jurisprudencial somente pode ser aplicado na exata adequação aos termos dos julgados que o formaram. Assim, vale a advertência contida na obra já citada de Humberto Teodoro Júnior e outros:

Nesses termos sua aplicação deve se dar de modo discursivo e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto.

...

Assim, o valor do precedente (e do direito jurisprudencial como um todo) decorre da ausência do mencionado grau zero interpretativo, pois não constitui (nem deve ter pretensão para tanto) a primeira palavra (nem a última) sobre determinado tema, inserindo-se no (e incrementando

o) histórico institucional do direito, cujo DNA é refletido nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e, também, nos precedentes.⁸

O Poder Judiciário e especialmente o Superior Tribunal de Justiça, como Tribunal da Cidadania, têm se empenhado em utilizar programas que aceleram respostas ao jurisdicionados, identifiquem temas repetitivos, mas sem descuidar da segurança jurídica e da proteção de dados dos usuários.

Como a introdução de tecnologias é um caminho sem volta, dada a agilidade na obtenção de resultados, é indispensável a adoção de medidas protetivas para os dados obtidos e para os próprios cidadãos, em face dessa nova realidade.

Revela-se imperioso proteger e respeitar o estado de direito, os direitos individuais e coletivos, bem como possibilitar a intervenção do homem sempre que se apresentar necessário corrigir os sistemas de Inteligência Artificial.

Na verdade, essa advertência consubstancia a nova realidade atual, seja na sociedade como um todo, seja no Poder Judiciário em particular. Trata-se de modelo desafiador, pois implica na proteção de direitos sem impedir os avanços tecnológicos, que podem ser tolhidos com a restrição de sua utilização.

A efetiva participação da advocacia, como partícipe na administração da Justiça, se revela indispensável na correta utilização desse inovador instrumento, com o comprometimento para o efetivo alcance do bem comum almejado: celeridade e qualidade dos julgamentos.

O Superior Tribunal de Justiça sempre se manteve atuante na defesa da sociedade, atento às necessidades sociais e individuais, com a crescente preocupação de dizer o direito, com fundamento nas leis e princípios jurídicos, sem receio de restringir privilégios.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 339.

Sua composição revela a amplitude de suas aptidões, com integrantes da Justiça Federal, da Justiça Estadual e do quinto constitucional, aptos a entender e satisfazer os reclamos dos jurisdicionados. Assim, as mais diversas necessidades e peculiaridades de cada situação jurídica podem ser analisadas com propriedade, dada a composição plural idealizada pelo texto constitucional.

A mescla de tais experiências proporciona análise abrangente dos processos submetidos ao tribunal, uma vez que suas decisões servirão de orientação aos juízes e tribunais inferiores para a correta decisão da controvérsia, proporcionando segurança jurídica aos cidadãos.

As profundas transformações políticas, econômicas, sociais e tecnológicas abalaram conceitos e propiciaram o surgimento de noções e soluções, por vezes, incompatíveis com o ordenamento plasmado pelo texto constitucional. O transplante puro e simples de conceitos de outros países, adequados a outras realidades e aptos a satisfazer outros interesses, se revelou inválido e ineficaz para atender as necessidades atuais em face do ordenamento jurídico.

A construção da sociedade ideal, onde o Estado, responsável, pratica atos com a finalidade de atingir o bem comum de todos os cidadãos, está calcada na liberdade individual, na vida social e no próprio direito. A segurança jurídica se apresenta justamente como um dos requisitos fundamentais para tornar viável a vida social.

Rousseau, em seu Contrato Social, parte do conhecimento genérico, embora profundo, do homem para definir o que as leis “podem ser” e “devem ser”, a fim de atender as necessidades e vicissitudes individuais e coletivas dos homens, como efetivamente eles são. Interessante comparar-se esse pensamento com o de Montesquieu⁹, que procura compreender as leis tal como elas existem, para explicá-las segundo as situações que as geraram, sem a preocupação com o dever ser.

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 3. ed. aum. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

Na verdade, o escopo de Rousseau era identificar, de um lado, o que o direito permite e, de outro, o regramento que torna a administração legítima e segura, a tal ponto que os homens ajam como efetivamente são e as leis como podem ser. O objetivo primordial do Contrato Social pode ser resumido na busca de bases sobre as quais se possa legitimamente efetuar a passagem da liberdade natural à liberdade convencional, estudando a sociedade pelos homens e os homens pela sociedade. Segundo o Autor, dos princípios de direito político deverá decorrer a almejada administração legítima e segura, ou seja, que, além de adequada aos homens esteja ao alcance de sua ação imediata.

A evolução da realidade econômica, social e política influencia todas as sociedades e, conseqüentemente, impõe aos Estados a adoção de mecanismos compatíveis com a atual globalização. Não há como retroagir, sob pena de comprometimento das relações internacionais e do próprio desenvolvimento socioeconômico, além do isolamento natural a que se submeteria o Estado.

A ideia de globalização só pode ser aceita se compatibilizada com os interesses nacionais de cada Estado, sob pena de alterar o equilíbrio da sociedade mundial. Trata-se de tarefa ingente, pois os dois princípios que mais personificam o Estado-Nação são os mais ameaçados pela globalização: a soberania e o território. Sustenta-se a necessidade de revisão do conceito de soberania para ajustá-lo às novas realidades; contudo, há um conteúdo mínimo do conceito que não pode ser esquecido, caso contrário, de soberania não se tratará.

Questiona-se, de igual sorte, a existência de território virtual, numa adaptação ao sentimento global, ou seja, um Estado com fronteiras alargadas, apto a receber as influências dos demais Estados; porém, tal conceito não se adapta às reais necessidades do povo que não prescinde da ideia de se localizar e ser localizado num ponto fixo e delimitado para exercer o poder soberano de tomar suas próprias decisões.

O desenvolvimento da tecnologia contribuiu decisivamente para esse sentimento global que domina a todos os que se preocupam com a nova figura e papel do Estado moderno. A sociedade internacional

buscou caminhos alternativos que culminaram na formação de blocos com interesses comuns, especialmente econômicos, mas que terminou por interferir no conceito de Estado-nação, em seus valores e interesses nacionais. A característica marcante de cada povo é a preservação de seus interesses, de seu governo, de seu território, de sua soberania, enfim, de todos os elementos que compõem a noção de Estado.

A dificuldade que se apresenta consiste na ausência de clara delimitação do papel do Estado pela Constituição e de sua plena identificação com a adjetivação que lhe foi atribuída de **Democrático de Direito**, que deve superar as desigualdades sociais e regionais para implementar a justiça social, em que pesem as inovações introduzidas com o amparo a direitos sociais e coletivos.¹⁰

O sistema de valores eleito e corporificado pela Constituição propicia a maneira pela qual serão compreendidos e interpretados conceitos fundamentais, como, “Estado de Direito”, “democracia”, “princípio da igualdade”, “dignidade da pessoa humana”. Ocorre a influência do político sobre o jurídico, na medida em que o direito recebe o impacto do poder, quando se constitui em norma, para posteriormente também se transformar em poder, normativamente ordenado.¹¹

¹⁰ José Afonso da Silva esclarece: “O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 124.)

¹¹ Marcelo Figueiredo destaca: “O princípio da máxima efetividade é devedor dessa doutrina constitucional que, com muito esforço, vem procurando reduzir as distâncias entre as normas constitucionais e seus destinatários. Apesar de o tema ainda revelar muitas dificuldades é certo que não mais se admite que a Constituição contenha apenas meras promessas ou orientações destituídas de eficácia jurídica”. (SANTOS, Marcelo O. F. Figueiredo. **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23.)

Avulta em importância, nesse quadro social e político, a segurança jurídica como âncora dos particulares em suas relações; só a certeza de que as relações jurídicas serão cumpridas, no tempo e modo pactuados, confere estabilidade e possibilita o incremento real de suas atividades.

Nessa percepção exsurge como fundamental a atuação efetiva do Poder Judiciário na solução de conflitos. A introdução da Inteligência Artificial como ferramenta de agilização não prescinde do controle do julgador e de seus auxiliares no tocante ao acerto da orientação traçada tecnologicamente.

Como salientado, a solução adotada não pode ser mecânica, razão pela qual todos os partícipes da relação jurídica processual devem estar atentos para a correção de rumos que se faça necessária, com a interposição de recursos pelos jurisdicionados; com decisões precisas dos julgadores para a controvérsia.

O homem é o destinatário de todas as inovações do mundo atual; e deve exercer com propriedade sua tarefa, de modo a usufruir dos benefícios que daquelas se pode haurir. A máquina não o substitui, apenas o auxilia. Essa advertência é fundamental para a plena fruição dos avanços tecnológicos, especialmente quando se trata de atuação do Poder Judiciário, a quem incumbe dizer o direito na solução de conflitos.

A LIBERDADE DE IMPRENSA NA VISÃO
DOS TRIBUNAIS

Eliana Calmon
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

A LIBERDADE DE IMPRENSA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

Ministra Eliana Calmon

I - INTRODUÇÃO

Um dos direitos fundamentais inserido no artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988 é a liberdade, direito assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Trata-se de um direito inserido no extenso rol de garantias e deveres individuais e coletivos, tais como o direito à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade e outros. E dentre as diversas liberdades está a da livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e da comunicação, outorgada a todos, brasileiros ou estrangeiros que estejam em território nacional, o que marca a nossa sociedade como democrática, onde deve reinar a pluralidade de pensamento e, conseqüentemente, a manifestação de ideias e valores divergentes, sem restrição alguma.

Afinal, o exercício pleno da cidadania só se faz presente quando é possível a emissão de opiniões, ideias e pensamentos, sem interferência

estatal, assegurando-se a liberdade de pensar, de emitir opinião e ser informado, com acesso pleno, sem embaraço às fontes de dados, vedada toda e qualquer forma de censura, como previsto no artigo 220, § 2º da Constituição Brasileira. E assim surge a liberdade de imprensa, corolário da liberdade de expressão.

Contudo, é preciso ressaltar que o exercício da liberdade de expressão não é ilimitado, sendo de absoluta coerência democrática coibir os abusos e excessos, especialmente quando se verificar a intenção de atingir outrem, injustificadamente, com injúria, calúnia ou difamação¹.

A Constituição de 1988 foi pródiga em garantir a liberdade de expressão, e grandiosa em sancionar os abusos e excessos desse direito, ao prever o direito de resposta, espécie de desmentido, e indenizações por danos materiais, morais ou da imagem, estando vedada de forma expressa a censura, seja ela política, ideológica ou artística (artigo 220, §2º).

II - LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

A evolução da liberdade de expressão, ao longo da história política dos países civilizados, tem sofrido um longo e complexo processo de aperfeiçoamento, com avanços e recuos provocados por governos autoritários, combatidos por movimentos sociais e políticos na luta por esse direito humano fundamental. Afinal, o ser humano civilizado sempre buscou a liberdade, como registrado na história civilizatória dos povos nas mais diversas formas, desde a mais rudimentar produção artística em pinturas, desenhos e gravuras feitos em pedra, como manifestado na arte rupestre encontrada nos sítios arqueológicos do mundo inteiro, inclusive nas cavernas do nordeste brasileiro, até as sofisticadas artes em pintura, música, literatura e escultura.

¹ ACS: Assessoria de Comunicação Social. **Liberdade de imprensa x Liberdade de expressão**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/liberdade-de-imprensa-x-liberdade-de-expressao>. Acesso em 15 ago. 2024.

Na medida em que o mundo civilizado foi evoluindo, o homem se tornou mais expressivo em suas manifestações de liberdade, principalmente na literatura, inspirando grandes pensadores sobre o tema, destacando-se como expoente o escritor, filósofo e historiador do Iluminismo, defensor das liberdades individuais e da tolerância no século XVIII, um dos principais articuladores da Revolução Francesa, François Marie Arouet, nome quase ignorado por ser conhecido no mundo todo e ao longo dos anos pelo pseudônimo de Voltaire.

O Brasil teve garantido, desde a Constituição do Império, o direito à liberdade de expressão, com limitações pela influência e controle da Coroa Portuguesa, exigindo restrição em toda e qualquer manifestação contrária ao poder colonial, registrando a nossa história dois longos períodos em que foi esse direito suspenso: o primeiro quando Getúlio Vargas implantou o Estado Novo em 1937, revogando a liberdade de imprensa, situação que perdurou por quase dez anos, até a Constituição de 1946 e com ela a redemocratização do país; o segundo por ocasião do Governo Militar em 1964, quando foi drasticamente atingida a liberdade de expressão, sendo proibida qualquer forma de manifestação de pensamento, credo e/ou ideologia política, o que só mudou ao advento da Constituição Cidadã em 1988.

É interessante ressaltar que no Brasil a primeira lei a tratar da liberdade da imprensa, na tentativa de estabelecer parâmetros para sua atuação no país, permitindo a publicação de jornais e outros meios de comunicação, é do período colonial (1821), o que foi alterado significativamente quando da Independência do Brasil em 1822.

A Constituição de 1824 reconhecia a liberdade da imprensa como um direito, mas exigia uma licença prévia das autoridades governamentais para a publicação de jornais e periódicos, com o objetivo de exercer o controle sobre os meios de comunicação, limitando a propagação de ideias consideradas prejudiciais aos interesses do governo e até permitindo a censura em situações que, para as autoridades, representassem uma ameaça à ordem pública.

O Brasil passou por significativas transformações políticas com recuos e retrocessos em relação ao respeito à liberdade de expressão, mas as

limitações sempre enfrentaram desafios e vivenciaram expressiva expansão nos espaços de debate público, surgindo, malgrado as restrições, novos jornais e periódicos, realizaram-se discussões sobre temas políticos, sociais e culturais, enquanto os veículos de comunicação tornaram-se importantes plataformas para a expressão de opiniões e para o fortalecimento da esfera pública. Nesse período, os intelectuais e os movimentos políticos e sociais tiveram um papel significativo na promoção da liberdade de expressão e no avanço do debate público. A imprensa desempenhou um papel fundamental ao questionar o poder estabelecido, denunciar injustiças e contribuir para a formação da opinião pública.

Apesar das restrições e dos desafios enfrentados, a República foi marcada por um movimento em direção à liberdade de expressão e ao fortalecimento da esfera pública. Esses avanços foram fundamentais para a consolidação da democracia e para o desenvolvimento de uma sociedade mais plural e participativa.

Na Era Vargas, enfrentou o país anos difíceis só amenizados ao advento da Constituição de 1946, quando tiveram início as tratativas para a regularização de uma sociedade efetivamente democrática, com o respeito pleno pelas liberdades de expressão e de informação².

Quase dez anos após a morte de Getúlio, vivenciou o Brasil um novo e violento retrocesso com a chegada dos militares ao Poder. A censura voltou com grande força, com prisões, torturas e casos de morte nos cárceres militares. A imprensa foi severamente pressionada logo após o golpe de 1964.

O Jornal Tribuna de Imprensa foi um dos poucos que se colocou contra o poder, diante da continuada perseguição aos jornalistas e aos veículos de comunicação, até quando o Ato Institucional n. 5 (AI-5, de dezembro de 1968) consolidou de uma vez a censura, ao colocar o Congresso em recesso, a permissão de cassação de políticos, a intervenção

² DOMINGUES, Viviane. **Liberdade de expressão desde a ditadura até os dias de hoje**. 2015. <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/liberdade-de-expressao-desde-a-ditadura-ate-os-dias-de-hoje/190259558>. Acesso em 15 ago. 2024.

nos Estados, a aposentadoria de funcionários públicos, dentre outras providências adotadas pelo governo central.

A Censura à Imprensa pela Lei n. 5.250 foi assinada em 09 de fevereiro de 1967 pelo Marechal Castelo Branco e pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros da Silva, com o objetivo de conter o avanço das críticas e o descontentamento das pessoas contrárias ao autoritarismo vigente.

Por dez anos, de 1968 a 1978, o Brasil sofreu um absoluto controle dos meios de comunicação, sob todas as formas de manifestações, fossem elas veiculadas pela imprensa, pela música, em teatro e cinema. Nesse período o arbítrio atingiu o seu ponto máximo, ficando historicamente conhecido como sendo “Os Anos de Chumbo”³.

A mídia, em sua grande maioria, curvou-se diante das ameaças do governo. Divulgavam com ênfase os atos terroristas e escondiam as notícias de corrupção, tortura e violência policial, tudo dentro da versão oficial que servia de roteiro para os veículos de comunicação. Poucos, bem poucos, resistiram.

A resistência partiu principalmente da imprensa alternativa, desvinculada do poder e do capital, a qual tinha grande dificuldade de obter informações oficiais e tudo faziam para escapar da censura, principalmente depois da publicação do AI-5, quando se intensificou sua atuação.

A imprensa alternativa, também chamada de nanica ou pequena imprensa, tinha como objetivo protestar e resistir, mediante a publicação de assuntos não abordados pela imprensa oficializada, com utilização abundante de recursos visuais com fotos e *charges*. A edição de cada tabloide era bem curta e com poucos números por falta de anúncios.

O primeiro tabloide dessa época foi o **Pasquim**, criado em junho de 1969, com 30 mil exemplares. Várias edições do Pasquim foram apreendidas e muitos dos seus editores foram presos e submetidos a processos judiciais. Com linguagem simples e irreverente, com um ano de existência, chegou a alcançar 200 mil exemplares.

³ BEZERRA, Juliana. Anos de chumbo. **Toda Matéria**, [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/anos-de-chumbo/>. Acesso em 15 ago. 2024.

Os veículos de comunicação oficializados sofriam censura prévia e não foram poucas as vezes em que, no espaço das matérias censuradas, eram colocados artigos sem relevância alguma, ensinamentos, poemas ou receitas culinárias. O Jornal Estado de São Paulo, por exemplo, chegou a ensinar a cultivar rosas. Em outra oportunidade, publicou na primeira página trechos de Cícero, em latim, e Os Lusíadas, de Camões. O Jornal da Tarde publicava receitas de bolos e salgados, no lugar das matérias proibidas, que nunca davam certo, por serem naturalmente erradas, sem alertar o leitor do verdadeiro motivo da publicação. A revista Veja publicava paisagens suíças com o mesmo propósito e seu editor falava semanalmente dos demônios que barbarizavam um estranho país.

A imprensa alternativa, praticamente sufocada, sobreviveu com grande dificuldade, até que a reabertura política do presidente Geisel, em 1978, abrandou a censura dos meios de comunicação, finalizando-a com a Nova República. Dessa época são marcantes três fatos históricos: a campanha das diretas, a morte de Tancredo Neves e o Plano Cruzado⁴.

Assim, podemos dizer que o Brasil atravessou uma bonança em termos de liberdade, já no final do Governo Militar, para se solidificar como liberdade ao advento da Constituição Federal de 1988.

Dentre as muitas conquistas da sociedade, insertas na Constituição, sem dúvida a liberdade de expressão foi uma das mais comemoradas no campo dos princípios e valores democráticos, com ampla liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento.

A maior parte de nossa população viveu, a partir daí, com tranquilidade, sob o comando dos valores democráticos, acreditando estar recebendo informações verdadeiras, imparciais do ponto de vista partidário ou eleitoral, por meio dos grandes conglomerados privados de imprensa independentes, possuidores de redes nacionais, de equipamentos sofisticados, operados por profissionais consagrados como idôneos,

⁴ LIMA, Adir de. **Regime militar**: a imprensa alternativa e a liberdade de expressão. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/regime-militar-a-imprensa-alternativa-e-a-liberdade-de-expressao.htm>. Acesso em 15 ago. 2024.

decentes e imparciais do ponto de vista político-ideológico, com a tranquilidade garantida pelo Poder Judiciário respaldado na Constituição que propiciou várias alterações na Lei n. 5.250/67 – Lei da Censura.

Os artigos 220 a 224 da Carta Magna de 1988 extinguiram a censura, inseriram o direito de resposta como forma civilizada e democrática de barrar as injustas e/ou falsas afirmações jornalísticas, deixando sedimentado o dever de informar e ser informado. Afinal, como destacaram os juristas Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, em artigo inserido no livro intitulado “Liberdade de Expressão e o Direito à Informação”:

A verdadeira missão da imprensa, mais do que a de informar e divulgar fatos, é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações populares. Enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade.

E continuam os articulistas:

Para tanto, é preciso, necessariamente, liberdade de expressão e manifestação de pensamento, pois, a imprensa tem o dever de informar e a população o direito de ser informado. A imprensa livre é a intérprete da opinião pública e orientadora do destino dos povos.

(LANER, Vinicius Ferreira. A Lei de imprensa no Brasil. Jus Navegando. Teresina, ano 5 n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/146>. Acesso em 20 out.2014)⁵.

Mas há o outro lado da moeda porque o direito a uma imprensa livre não pode ser absoluto. A liberdade de imprensa garante à sociedade uma pacífica convivência entre os cidadãos, mantendo equilibrada a harmonia social, sendo este o mais importante papel da lei da imprensa: equilibrar o princípio da liberdade de informar com o respeito aos direitos

⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Liberdade de expressão e direito à informação. In: BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). **Liberdade de expressão e direito à informação**. Leme: Imperium, 2024

individuais das pessoas, de tal modo que a tarefa de informar não use publicações ofensivas ou manifestações pejorativas, que desvirtue a sua finalidade, com declarações sem uma responsável ponderação entre a difusão da afirmação e o impacto negativo que possa proporcionar à honra de outrem ou mesmo prejuízos econômicos desarrazoados.

A discussão ou mesmo a crítica ao Poder Público, ou aos seus agentes não vem sendo considerada abuso da liberdade de imprensa, desde que ausente o ânimo de injuriar, caluniar ou difamar. No mesmo sentido são os comentários e críticas a pessoas notórias, expoentes em algum campo da existência humana – artes, esporte, letras jurídicas, literatura, entre outros –, por terem sua esfera de privacidade reduzida, assim como a de seus familiares. Pondere-se, entretanto, que têm essas pessoas vida privada e direito de manterem sua intimidade inviolável, sendo justificável a sua preservação, quando plausível.

Também não pode o uso da imagem da celebridade servir de instrumento de ganho exclusivo ou preponderante para o meio de comunicação social, sem uma contraprestação, seja com a realização de programas sensacionalistas que se limitem à exploração da celebridade, como se ela fosse parte do elenco, sem nada receber em troca⁶.

O país reingressou na democracia em outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, mas continuou em vigor a Lei de Imprensa, n. 5.250/67, uma das últimas do governo militar, assinada pelo ex-presidente Castelo Branco, logo depois de outorgada a Constituição Federal de 1967, para só sair de circulação quando o Poder Judiciário declarou a sua inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, após um longo processo, julgou a ADPF 130, em 30 de maio de 2009, em pleito assinado pelo Deputado Federal Miro Teixeira, pedindo a revogação da lei de imprensa, por não estar ela alinhada à CF/88. Argumentou o autor que a lei tinha sido

⁶ GARCIA, Rafael Damásio Brasil. **A liberdade de imprensa e o direito de Imagem.** Disponível em: <https://esa.oabgo.org.br/esa/artigos-esa/direito-civil/a-liberdade-de-imprensa-e-o-direito-de-imagem/>. Acesso em 15 ago. 2024.

imposta à sociedade pela ditadura militar, por isso continha dispositivos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição.

A relatoria da ação coube ao Ministro Carlos Ayres Britto que, em caráter liminar, suspendeu diversos dispositivos e julgou inteiramente procedente a demanda, asseverando:

A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. (...) Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados.

Por sete votos foi a lei de imprensa inteiramente revogada, enquanto dois julgadores (Joaquim Barbosa e Ellen Gracie), capitaneados pelo Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, defendiam a revogação parcial; colocou-se inteiramente contrário à revogação o Ministro Marco Aurélio Mello, defendendo a continuidade da lei.

Os debates foram acirrados em muitos dos questionamentos, como, por exemplo, ao debaterem o direito de resposta, defendido ferrenhamente pelo Ministro Gilmar Mendes que, na oportunidade, declarou:

A desigualdade de armas entre a mídia e o indivíduo é patente. O direito de resposta é uma tentativa de estabelecer um mínimo de igualdade de armas. Vamos criar um vácuo jurídico numa matéria dessa sensibilidade? É a única forma de defesa do cidadão!

A tese vencedora, conduzida pelo relator, contou com o firme pronunciamento do ministro Cezar Peluso. Para ele não havia o que questionar em relação ao direito de resposta porque o Judiciário tinha condições de garantir o direito de respostas, como estabelecido constitucionalmente.

E assim terminou a Lei de Imprensa, que durou quarenta e dois anos, inteiramente incompatível com a nova ordem constitucional, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal⁷.

Com o trânsito em julgado do acórdão da ADPF 130, permaneceram em tramitação na justiça 2.373 processos relacionados à liberdade de imprensa, segundo levantamento procedido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 2018, a maioria dos processos em curso na Justiça Estadual e um grande número na Justiça Eleitoral⁸.

Seis anos depois veio a Lei n. 13.188, de 12/11/2015, dispondo sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação. Esta lei foi de suma importância para o país que já se encontrava em organização como Estado Democrático de Direito.

Quando o STF condenou a Lei de imprensa por inconstitucionalidade, após mais de duas décadas de trabalho hermenêutico para a sua atualização, o direito de resposta passou a ter um alicerce único, o artigo 5.º, inciso V, integrante do rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal.

Ocorre que a generalidade dos dispositivos constitucionais não foi suficiente para solucionar as peculiaridades dos problemas cotidianos, faltando regras adequadas, situação que muito prejudicava os meios de comunicação, como também aos que pleiteavam uma resposta efetiva. Esta situação foi um exemplo claro e eloquente das severas limitações

⁷ FONTENELE, Jamile Holanda; BEZERRA JÚNIOR, José Albenes. Análise e repercussões da revogação da lei de imprensa pelo julgamento da ADPF nº 130: os efeitos das ressignificações do direito de resposta no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 16-44, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/8006>. Acesso em 15 ago. 2024.

⁸ MIGALHAS. **STF**: dez anos do julgamento histórico que revogou a lei de imprensa. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/299406/stf--dez-anos-do-julgamento-historico-que-revogou-lei-de-imprensa>. Acesso em 15 ago. 2024.

na aplicação horizontal ou direta dos direitos fundamentais, sem uma legislação infraconstitucional mais específica.

A Lei n. 13.188/2015 propôs-se a realizar a tarefa de mediação, de grande importância para um regramento que teve como objetivo levar o trabalho dos jornalistas a uma posição intimidatória, embora não fosse possível submeter de forma indiscriminada o exercício da atividade de investigar, de pesquisar, de retratar fatos, de expor opiniões, enfim de tudo que fosse escrito ou divulgado ao exame judicial para avaliar se merecia o direito de resposta. Ademais, a ausência de um direito de resposta eficiente, termina por banalizar um relevante acesso aos meios de comunicação para, nos casos de equívocos e de exercício abusivo, obter uma correção efetiva⁹.

O grande mérito da Lei n. 13.188/2015 foi a previsão de um procedimento específico para o direito de resposta, ou de retificação, em procedimento que no primeiro momento poupa o Poder Judiciário porque o interessado em uma resposta ou retificação deve procurar, em primeiro lugar, o veículo de comunicação ofensor, expondo os seus fundamentos e o texto contestado, sem recorrer à Justiça de imediato.

Apenas se não houver a divulgação voluntária do direito de resposta, **no termo final de sete dias** contados da interpelação extrajudicial, será possível ao interessado usar da ação judicial (art. 5.º da Lei n. 13.188/2015).

Especialistas em Comunicação Social advertem que, muitas vezes, a veiculação imposta com o direito de resposta gera consequências nefastas ao próprio ofendido, pois toda resposta coativa confere um novo destaque ao conteúdo indesejado que se pretende responder. Muitos leitores, ouvintes e telespectadores que não tiveram contato com a informação original, passarão a tê-la e, muitas vezes, procurarão buscá-la após tomar conhecimento do direito de resposta.

⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à lei 13.188/2015**: direito de resposta. 2015. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/11/comentarios-lei-131882015-direito-de.html>. Acesso em 15 ago. 2024.

Com pertinência, afirma o Professor Rodrigo Xavier Leonardo, “a antessala extrajudicial permite que se encontrem vias de resolução mais adequadas para os casos de exercício indevido das liberdades de comunicação” (artigo intitulado Lei n. 13.188/2015 dá direito de resposta a quem não tem o que responder? - Consultor Jurídico, 16/11/2015).

Fortes são as objeções à lei em comento, seja pelo seu conteúdo material, seja pelas suas regras procedimentais, dentre as quais se destacam as seguintes: **1)** a lei em comento não apresenta parâmetros/exceções ao exercício do direito de resposta, optando o legislador para a maximização do direito fundamental. Assim, caberá à jurisprudência construir, de certa forma, mediante a ponderação de valores, a fim de que se evitem arbitrariedades e violação aos direitos de manifestação do pensamento e informação; **2)** os comentários realizados pelos usuários da Internet na página do veículo de comunicação social não serão considerados, de acordo com o parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei do Direito de Resposta, impossibilitando, nesses casos, o direito de resposta; **3)** a subjetividade imposta pelo artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 13.188/2015, ao deixar o conceito de matéria aberto, poderá implicar na violação à liberdade de expressão; **4)** os prazos estabelecidos, especialmente o prazo de resposta, são absolutamente incompatíveis. Ademais, deixou a lei de considerar as diferenças entre as mídias tradicionais e as mídias digitais, as quais possuem características inteiramente distintas em relação à interatividade, velocidade e emissão e recepção de informações, o que deve ser refletido em relação ao prazo para o direito de resposta; **5)** o crescimento do jornalismo alternativo e investigativo tem crescido pela atuação da internet e dos dispositivos tecnológicos, sendo essencial a definição do que seja veículo de comunicação, diante das novas plataformas; **6)** há uma evidente fratura entre a extensão do direito de resposta constante na Constituição Federal e o da Lei n. 13.188/2015. A primeira garante o direito de resposta ou retificação “proporcional ao agravo”, enquanto a lei indica que a resposta tenha a mesma dimensão e duração da “matéria que a ensejou” (artigo 4.º da Lei n. 13.188/2015); **7)** segundo a lei, o prazo de resposta é decadencial (artigo 3º da Lei n. 13.188/2015), contado de cada divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva.

Como grande parte das reportagens são simultaneamente vinculadas na internet, a regra que estipula um prazo decadencial acaba por mutilá-lo porque todo o material jornalístico que se encontra na internet pode ser transmitido a qualquer momento e, desse modo, inexistirá prazo extintivo para o exercício da pretensão à resposta. É evidente que o prazo previsto no artigo 3º da Lei n. 13.188/2015 não é decadencial e sim, prescricional. Trata-se de prazo prescricional pois inexistente direito potestativo sujeito à decadência.

Diante de tantos óbices, muitas são as ações em que se alega a inconstitucionalidade da lei analisada, sendo a Ordem dos Advogados do Brasil uma das instituições mais constante como autora¹⁰.

III - O STF E O ATIVISMO JUDICIAL

O Supremo Tribunal Federal, como cúpula do Poder Judiciário, tem necessariamente de agir politicamente, sendo entendido o agir político como a arte de dizer o direito de acordo com os princípios e as regras estabelecidas na Constituição.

A proposta inicial do Constituinte foi deixar o Supremo exclusivamente como Corte Constitucional, examinando o direito em controle concentrado, o que não vingou por algumas razões, dentre elas a forte oposição dos ministros que a compunham à época.

Assim foi criado o Superior Tribunal de Justiça para uniformizar as decisões judiciais oriundas dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais em nível infraconstitucional, ficando o Supremo Tribunal Federal com a competência de uniformizar o direito com fundamento constitucional, em recurso extraordinário.

Diante de uma Constituição extremamente analítica, pôde o Supremo, por ato de vontade de seus ministros, dizer o que é ou não

¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Lei 13.188/2015 dá direito de resposta a quem não tem o que responder?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 nov. 2015. Direito Civil Atual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-16/direito-civil-atual-lei-131882015-direito-resposta-quem-nao-responder/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

constitucional, tendo espaço para abraçar como constitucional todos os recursos do seu interesse, deixando o STJ praticamente como Corte de Passagem para muitas questões, principalmente em matéria penal.

Esse posicionamento deu bastante amplitude ao poder do Supremo, o qual foi ainda ampliado com o aumento das autoridades merecedoras do chamado foro especial e que migraram para a Corte Maior quando processados por alguma espécie de crime, mesmo os cometidos não como autoridade, mas como pessoa física.

Aliado a esses dois aspectos de ampliação da competência, ao liberar a Constituição Federal de 1988 a magistratura das amarras da lei, transformando os juízes de direito em juízes constitucionais, ao permitir a busca de solução para as questões postas para julgamento nos princípios constitucionais, em procedimento chamado de judicialização, mais uma vez abriu as portas do Supremo.

A judicialização é um fenômeno contemporâneo, provocado pela quantidade de demandas que têm sido levadas ao Judiciário em defesa dos novos direitos. Se no passado as reivindicações em processos judiciais eram, em tese, por agressão a algum direito, com a democratização propiciada pela Constituição Cidadã, as demandas mudaram de perfil para reivindicarem, principalmente os direitos outorgados e formalmente não atendidos pelo Estado. E o Judiciário passou a ser procurado para dar decisões políticas, resolvendo questões que deveriam ser solucionadas no âmbito dos outros Poderes (Legislativo e Executivo)¹¹.

Esse novo instituto trouxe para o Supremo maior poder de julgar, consubstanciado no poder/dever de decidir mesmo sem lei específica, estando os julgadores obrigados a dar uma resposta, diferentemente do passado, quando os direitos outorgados constitucionalmente aguardavam a regulamentação por parte do legislador ordinário. Em outras palavras, o direito constitucional ficava a reboque da lei ordinária.

¹¹ MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo Judicial**: o que é, históricos exemplos. Aurum, [S.l.], 14 jun. 2023. Direito Constitucional. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

Da judicialização nasceu o ativismo judicial, podendo-se dizer que o ativismo judicial é uma consequência da judicialização. Isso porque a quantidade de temas de cunho político que, devido ao poder constitucional, acabam chegando ao Judiciário, torna os juízes não apenas julgadores da lei, mas de certa forma, também legisladores, com o necessário cuidado em respeito ao estado democrático de direito, em que um Poder não pode se sobrepor a outro.

Em síntese, a judicialização significa que uma parcela de poder foi transferida das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Significa dizer que a última palavra sobre questões econômicas, sociais ou morais de largo alcance estão tendo a instância final no Poder Judiciário.

Sobre o tema escreveu o advogado Sergio Merola Martins:

A separação entre Direito e Política têm sido considerada essencial no Estado Constitucional Democrático.

Enquanto na política vigoram a soberania popular e o governo da maioria, no direito o que vigora é a supremacia da lei e o respeito aos direitos fundamentais.

Portanto, a política é o universo da maioria, e o direito é o domínio da razão pública.

O direito e a política interagem mutuamente. No entanto, o direito deve ter uma forte pretensão de autonomia em relação à política.

No mundo real, essa autonomia é relativa, e devemos dividir essa relação em dois momentos: o da criação do direito e o da aplicação do direito¹².

O mesmo articulista aponta como exemplos algumas decisões: 1) **Reconhecimento das uniões homoafetivas**, quando inexistia lei nem qualquer previsão constitucional, mas era uma realidade na vida dos brasileiros; 2) **Fidelidade partidária** foi decidida mesmo sem previsão legal estabelecendo: o político eleito por determinado partido, se no curso

¹² MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo Judicial**: o que é, históricos exemplos. Aurum, [S.l.], 14 jun. 2023. Direito Constitucional. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

do mandato vem a mudar de partido, perde o mandato; 3) **Declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão dos crimes hediondos** (contrariando decisão do Legislativo); 4) **Vedação ao voto impresso nas urnas eletrônicas** (mais uma vez, após o regular procedimento legislativo); 5) **Criminalização de homofobia como racismo** (considerada pelos juristas uma das decisões ativistas mais perigosas); 5) **Aborto até o 3º mês não é crime** (decisão ativista, o Supremo descriminalizou o aborto até o 3º mês de gestação)¹³.

Não ignora o Brasil e os brasileiros o protagonismo político do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, tribunais que avançam com o ativismo em nome do Estado Democrático de Direito. Em princípio de forma moderada, quando presente um vazio legislativo, passando a ser um procedimento frequente em questões políticas, a tal ponto que em algumas hipóteses o avanço passou a atropelar a lei formal, oriunda do parlamento, para impor uma interpretação dita constitucional, muitas vezes envolvendo a aplicação de uma série de princípios que praticamente torna hermética a explicação.

O ativismo chegou a ponto de anular inteiramente o uso do instituto criado pela Constituição Federal em vigor, para ser usado quando fosse iminente uma regulamentação desatendida pelo Legislativo. Com efeito, ninguém mais fala em mandado de injunção previsto no inciso LXXI do artigo 5º, assim redigido:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício do direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Sem comentar o acerto ou o desacerto da escolha política de um órgão cuja baliza é precipuamente a legalidade, é certo que vem tomando corpo de forma assustadora o ativismo do Supremo Tribunal Federal, provocando perplexidade em princípio, insegurança jurídica

¹³ MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo Judicial**: o que é, históricos exemplos. Aurum, [S.l.], 14 jun. 2023. Direito Constitucional. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

quase sempre e um grande desgaste para todo o Poder Judiciário, o que é inteiramente prejudicial para a democracia, cujo respeito às instituições é imprescindível. Afinal, como bem pontuou o jurista baiano Joaci Góes, em artigo publicado no Jornal Tribuna da Bahia de 12/01/2023, “a autoridade da Justiça é moral e se sustenta pela moralidade das suas decisões”.

O poder exacerbado do Supremo, como já previam alguns cientistas políticos, acabou por romper a barreira das linhas que lhe foram traçadas na Lei Maior, e o fez abandonar a lógica que norteia o Poder Judiciário em qualquer país democrático: o respeito à lei formal e material, vinda de um parlamento eleito pelo povo, para aderir e passar a decidir pela lógica política.

Em editorial de 15 de novembro de 2023, o Jornal Estado de São Paulo chamou atenção para uma terceira preocupação em relação ao protagonismo político de quem, não sendo alçado ao poder pelo voto popular, passa a exercê-lo sem representatividade:

Cabe ainda questionar a própria noção de avanço civilizatório realizado por 11 pessoas não eleitas. Não há efetivo progresso humano sem representação ou participação popular, consolações ditadas de cima para baixo. Estado Democrático de Direito não é uma espécie de sistema aristocrático esclarecido, como alguns poucos, ditando as regras sobre todos os demais sistemas aristocráticos esclarecido, como alguns poços ditando as regras sobre todos os demais. A civilização não é obra de decreto judicial¹⁴.

IV - O STF E A IMPRENSA

Os profissionais das áreas jurídica e jornalística foram os primeiros a sentirem de perto a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A postura sóbria da Corte cedeu lugar a divergências e discussões

¹⁴ O PROBLEMA de um STF protagonista. **Estadão**, São Paulo, 15 nov. 2023. Opinião do Estadão. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/opiniao/o-problema-de-um-stf-protagonista/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

públicas via TV Justiça, antecedendo a uma mudança de rumo ainda mais profunda quando a Corte, abandonando a lógica de um Judiciário consentâneo com a lei formal e material, só afastada com embasamentos jurídicos bem sedimentados, adotou uma lógica política e ideológica, o que os fez anunciar: estamos caminhando a passos largos para a censura, pois tudo começa com as restrições para depois vir a censura.

Quando se fala em mudança na jurisprudência em relação à imprensa, não pode ser esquecido o outro lado da moeda, eis que, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, diversas situações de potencial dano foram criadas pela facilidade em se manipularem dados pessoais e íntimos.

A internet, o símbolo maior da “Era Digital”, chegou nos anos 60 para dar voz a todos, até mesmo aos que não conseguiam falar, mostrando um mundo inteiramente novo para quem não o conhecia, como bem afirmou o Professor Delci Lima ao participar como articulista na obra “Liberdade de Expressão e Direito à Informação”¹⁵.

Tornou-se em um importante instrumento no desenvolvimento das relações interpessoais, mas gerador de diversos problemas sociais. Com a internet veio a infidelidade virtual que se espalha no espaço das plataformas digitais onde são depositados dados excessivamente íntimos da vida pessoal, fatos inverídicos, postagem de fotos – algumas fortemente comprometedoras – e dados outros que podem causar grave lesão aos direitos personalíssimos.

Novos questionamentos surgiram a partir dessa realidade, como por exemplo: quem controla esses dados? Quem tem acesso a eles? Quais os limites para o controle em favor da proteção efetiva à privacidade dos usuários? A resposta é uma só: a proteção efetiva só poderá ser garantida pela lei, e o Brasil possui uma série de leis voltadas para este fim, dentre as quais a **Lei n. 4.117/ 1962** (Código Brasileiro de Telecomunicações); a **Lei n. 8.977/95** (Dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo); a **Lei n. 9.609, de 19**

¹⁵ LIMA, Delci. **Liberdade de expressão e direito à informação**. In: BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). *Liberdade de expressão e direito à informação*. Leme: Imperium, 2024. p. 74.

de fevereiro de 1998 (Dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País); a **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011** (Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal); a **Lei n. 12.682, de 09 de julho de 2012** (Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meio eletromagnético); a **Lei n. 12.686, de 18 de julho de 2012** (Normatiza a divulgação de documentos institucionais produzidos em língua estrangeira, nos sítios e portais da rede mundial de computadores – internet mantidos por órgãos e entidades públicos); a **Lei n. 12.735, de 30 de novembro de 2012** (Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, e a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências); a **Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012** (Lei Carolina Dieckmann, dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos); a **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014** (Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil), dentre outras¹⁶.

Reputo como de importância capital a Lei n. 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da Internet.

Segundo ensinam os professores Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Dabus Maluf, visa a lei, ao instituir o marco civil da internet, regulamentar juridicamente a matéria, assegurando: proteção da rede, fomento à inovação online e proteção aos direitos dos usuários, com observância do devido processo legal, e a imprescindível segurança jurídica necessária para o crescimento da economia digital e da Internet no Brasil, bem com conceituar legalmente os aspectos técnicos da rede em seu art. 5º, assegurar aos usuários da internet no Brasil, no art. 7º, diversos direitos

¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Liberdade de expressão e direito à informação. In: BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). **Liberdade de expressão e direito à informação**. Leme: Imperium, 2024. p. 37-40.

cuja violação, pelos provedores, pode gerar responsabilidade. Além disso, consagra no art. 3º, inciso IV, o princípio de “neutralidade da rede” e, no art. 9º cria para os provedores de *backbone* e acesso – ambos englobados no conceito de “administrador de sistema autônomo” – o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicativo, sendo vedada qualquer discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos necessários à prestação adequada dos serviços, conforme regulamentação. Destaca, ainda, no parágrafo único do art. 9º que tanto os provedores de *backbone* quanto de acesso – sejam gratuitos ou onerosos – não podem monitorar, filtrar, analisar nem fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados, ressalvadas as hipóteses admitidas em lei¹⁷.

O Marco Civil da Internet realmente é uma lei de capital importância porque ao tempo em que protege a identidade do usuário, impondo aos provedores o sigilo dos dados cadastrais e de conexão (art. 10º), determina o afastamento do sigilo no caso de ter o usuário cometido um ato ilícito, mediante ordem judicial (art. 17).

No que tange à **responsabilidade civil no âmbito digital**, o Código Civil brasileiro adotou a teoria do risco criado ao estabelecer, no parágrafo único do seu art. 927, a responsabilidade objetiva para certos casos específicos previstos em lei, bem como em razão do exercício de atividade que, por sua natureza, implicar risco para os direitos de terceiros. A teoria não prescinde dos requisitos inerentes ao dever de indenizar: existência da ação lesiva, dano e nexo de causalidade entre a atividade do agente e o dano¹⁸.

¹⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Liberdade de expressão e direito à informação**. In: BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). Liberdade de expressão e direito à informação. Leme: Imperium, 2024. p. 40-41.

¹⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Liberdade de expressão e direito à informação. In: BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). Liberdade de expressão e direito à informação. Leme: Imperium, 2024. p. 43.

Embora tenhamos leis bem avançadas regulamentando o uso abusivo e até criminoso muitas vezes por parte de usuários da internet, vem o Supremo Tribunal Federal, em retrocesso significativo, alterando a sua jurisprudência, e em não raras oportunidades afirmam os seus ministros que se faz necessário um maior controle dos meios de comunicação.

Um exemplo do que se afirma está na mudança ocorrida quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.075.412, em que a Corte, em histórica reviravolta, atribuiu a veículo de imprensa responsabilidade civil objetiva por crime contra a honra cometido por terceiro, por declaração em entrevista.

A jurisprudência dos Tribunais, na hipótese, sempre foi no sentido de considerar como subjetiva tal responsabilidade, ou seja, só existente quando provado o dolo ou a culpa do veículo de comunicação, sendo essa a tese pacificada no Superior Tribunal de Justiça – REsp n. 1.193.764-SP e no REsp n. 1.186.616-MG:

o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

O entendimento de que é objetiva a responsabilidade dos provedores de serviços de Internet em qualquer situação, inclusive por atos de seus usuários, com fundamento na teoria do risco criado, não exige a responsabilidade civil por atos ilícitos efetivamente praticados na rede por pessoa natural ou jurídica, fora algumas situações excepcionais em que a responsabilidade pode ser imputada também aos provedores de serviços de Internet.

À luz do disposto no art. 14 do Marco Civil da Internet “o provedor de conexão à Internet não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”, afastando assim qualquer possibilidade de que sejam responsabilizados por atos de seus usuários os intermediários que apenas fornecem meios para a utilização e funcionamento da rede.

Da mesma forma, também estão isentos de responsabilidade pelos atos praticados e pelo conteúdo dos dados armazenados em seus servidores por seus usuários e por terceiros, os provedores de correio eletrônico, hospedagem e conteúdo, conforme dispõe o artigo 15 da lei em comento, o qual estabelece uma regra geral de isenção de responsabilidade dos “provedores de aplicações” pelo conteúdo gerado por terceiros:

Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Sobre a proteção aos provedores, como consta da lei ora analisada, tem Marcel Leonardi a seguinte compreensão:

A função social dos provedores de serviços, que facilitaram a interação e mobilização social, transformando o cenário social e político, sendo sabido que representa a comunicação uma atividade social essencial para a formação de um amplo espaço de debate público, formação de opinião e exercício da cidadania, bem como para o exercício de outros direitos como o direito à cultura e à educação; a proteção dos provedores promove a liberdade de expressão, o acesso à informação, à educação e à cultura, promovendo assim, a integração regional, a inclusão social e o rompimento de barreiras socioeconômicas; os provedores de serviços na Internet exercem grande variedade de papéis econômicos, além de gerar empregos e tributos por meio de novos modelos de negócio, fomentam o comércio de bens e serviços, ampliam o acesso de consumidores à informação e criam novos canais de interação com fornecedores em âmbito nacional e internacional; a proteção dos provedores fomenta a inovação nacional, e assim, a inovação na Internet depende da existência de um sistema jurídico equilibrado que proteja provedores de responsabilidade pelos atos de seus usuários, posto que a ausência de salvaguardas aumentaria os custos para empreendedores, pequenas empresas e startups brasileiras, criando disparidades que

inviabilizam a inovação nacional e afugentam investimentos estrangeiros¹⁹.

O Professor André Marsiglia de Oliveira Santos é mais uma voz dissonante ao analisar detalhadamente cada um dos votos proferidos no célebre julgamento, demonstrando sua perplexidade com o resultado. Com a propriedade de especialista do tema, argumenta que a imprensa não exerce atividade de risco, nem pode ser juridicamente equiparada às redes sociais, como passou a entender a Corte Maior, ao chancelar o voto do Ministro Alexandre de Moraes, para quem veículos de imprensa e “*big techs*” são a mesma coisa. E finaliza, dizendo que o Supremo Tribunal Federal optou pelo controle das redes sociais e da imprensa em geral, sacrificando assim a liberdade de imprensa constitucionalmente garantida, sem se ater às peculiaridades jurídicas de cada mídia²⁰.

Este julgamento constituiu-se em um divisor de águas, diante do novo entendimento do Supremo.

O relator de origem, o hoje aposentado Ministro Marco Aurélio de Mello, ao proferir o seu voto argumentou:

A intervenção do Judiciário dá-se voltada ao controle do abuso. No caso, a conduta do jornal não excedeu o direito-dever de informar. Entender pela responsabilização, ao que se soma a circunstância de tratar-se de julgamento sob a sistemática da repercussão geral, sugere o agasalho de censura prévia a veículos de comunicação.

Com propriedade propôs o seguinte:

¹⁹ LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do marco civil da internet. **Revista do Advogado**, v. 32, n. 115, p. 99-113, abr. 2012.

ARAUJO, Braulio Santos Rabelo de. Convergência tecnológica, serviço público e o papel do Estado na comunicação. In: LIMA, Cintia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos Avançados em direito digital**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2014. p. 65-66.

²⁰ MARSIGLIA, André. Imprensa e redes sociais não podem ser juridicamente equiparadas. In: BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). **Liberdade de expressão e direito à informação**. Leme: Imperium, 2024. p. 57-58.

Empresa jornalística não responde civilmente quando, sem emitir opinião, veicule entrevista na qual atribuído, pelo entrevistado, ato ilícito a determinada pessoa.

A tese apresentada pelo relator foi vencida, prevalecendo o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes que, mudando inteiramente a jurisprudência da Corte, afirmou no sentido de atribuir aos veículos de comunicação a responsabilidade objetiva, resumindo o seu entendimento na seguinte passagem do seu voto:

A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, não permitindo qualquer espécie de censura prévia, porém admitindo a possibilidade posterior de análise e responsabilização por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.

A maioria dos julgadores, abandonando o posicionamento da Corte e os argumentos trazidos pelo Ministro Marco Aurélio, acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes. E em julgamento com repercussão geral tornou obrigatório atender o Poder Judiciário ao entendimento de que é objetiva a responsabilidade dos veículos de comunicação, em qualquer circunstância, independentemente de dolo ou culpa do seu agir.

E mais uma vez afirma o Professor Marsiglia que não podem ser juridicamente equiparadas Imprensa e Redes Sociais, como fez o Supremo. E complementa dizendo o porquê:

A responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, somente pode ser aplicada a alguém ou a uma atividade profissional quando existe uma lei que expressamente a autorize a tanto. No caso da imprensa, não há o permissivo legal, ao contrário, a liberdade de imprensa é prevista como de exercício livre em diversos dispositivos de nosso ordenamento, dentre os quais os artigos 5º, IV e 220 da CF/88, sendo garantida, inclusive, por cláusulas pétreas de nossa Constituição Federal.

Não há como entender sem engano que uma atividade que se pauta no exercício de um direito protegido com unhas e dentes por nosso ordenamento, sendo garantido até mesmo em nossa Constituição como imutável, pode ser interpretada como de risco. Trata-se a interpretação de evidente contrassenso que a jurisprudência majoritária vinha dia a dia soterrando com notável esforço, inclusive, de reiteradas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal até agora.

E continua o articulista:

O fundamento da responsabilidade jornalística é a conduta comissiva ou omissiva do jornal. Caso referendasse o ilícito do entrevistado, sobre ele emitindo juízo de valor, reforçando ou o destacando como uma verdade, ou ainda se, por exemplo, tornasse a entrevista anônima, ou omitisse eventual trecho que contivesse desmentido do entrevistado em relação ao ilícito.

A simples veiculação é entendida como divulgação lícita, ínsita na essência da atividade jornalística que é a de divulgar fatos ou opiniões de relevância pública, não necessariamente fatos verdadeiros ou incontroversos.

Do contrário, teremos de admitir que a imprensa exerce um papel de risco, que a expressão livre que constitucionalmente a garante é, na verdade, um mal ou um perigo que precisa ser controlado. Obviamente, caso sempre seja responsabilizada por tudo que veicula, independentemente de sua conduta, agir de forma livre, noticiar de forma plena, lhe causará prejuízos certos e será o mesmo que a inibir, imobilizando-a, restringindo-a, censurando-a – não por meio de uma censura clássica, mas pelo que a doutrina norte-americana costuma chamar de *chilling effect*, ou efeito inibidor. No caso, não se proíbe a veiculação da reportagem, mas a liberdade é inibida, constrangida a não ser exercida de forma íntegra e integral²¹.

²¹ MARSIGLIA, André. Imprensa e redes sociais não podem ser juridicamente equiparadas. In: BERTASI, Maria Odete Duque (coord.). **Liberdade de expressão e direito à informação**. Leme: Imperium, 2024. p. 58.

O que ocorreu no julgamento desse recurso extraordinário, realizado em agosto de 2023, deixa claro o posicionamento do Supremo no sentido de manter a Imprensa atrelada ao medo de ousar divulgar senão fatos notórios e já consagrados pelo tempo, sendo praticamente impossível trabalhar o jornalismo com verdades incontestes.

Na medida em que se impõe responsabilidade cada vez mais severa à mídia, ameaçada por imposição de pesadas multas, sem dolo ou culpa, tememos pela sobrevivência do direito da liberdade de expressão.

O que fazer no meio de um silêncio esmagador das instituições, contidas pelo temor reverencial e tradicional ao Supremo Tribunal Federal? Como despertar a imprensa, também silente, ausente dos mais importantes momentos e acontecimentos ocorridos no país, temerosa das severas consequências econômicas? Como impor coragem ao povo para falar sobre o que acontece diuturnamente na vida em sociedade?

A nação está preocupada com os discursos em desfavor da liberdade de expressão, a partir de um entendimento nefasto que salpica as manifestações governamentais, usando como pretexto o combate às *fake news* e a defesa do estado democrático de direito. Ao tempo em que avança a Corte Maior a passos largos para um controle da mídia.

Todos nós sabemos que “proibir alguém de falar para não dizer mentiras, acaba silenciando a verdade”²².

Se a grande arma da democracia é a palavra, temos de, necessariamente, dela fazer uso, com diálogos respeitosos, atentos à sobrevivência das instituições.

A imprensa é a voz do povo que dela faz uso para falar, debater e divergir. E esses são verbos conjugados pela democracia, quando estamos a tratar, em um país de forte tradição de liberdade, de um dos mais importantes direitos humanos.

²² Frase de autor desconhecido

FONTES DO DIREITO

Castro Filho
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

FONTES DO DIREITO

Ministro Castro Filho

1. CONSIDERAÇÕES EXORDIAIS

O direito, em regra, é constituído com base na lei, que, segundo a grande maioria dos autores, é sua fonte formal primária. Principalmente em países como o Brasil, que integram o chamado sistema do *civil law*. Todavia, outras fontes existem, nelas se incluindo, segundo alguns autores, a doutrina e a jurisprudência. Aquela, elaborada pelos juristas, cientistas do Direito, esta, fruto da criação dos membros do Poder Judiciário no exercício da jurisdição.

A função jurisdicional surgiu da necessidade de o Estado chamar a si a responsabilidade pela solução dos conflitos sociais. Resulta, portanto, da evolução dos povos, que não a conheceram nas sociedades primitivas. Teve seu início, propriamente, já na terceira fase do Direito Romano, fase pós-clássica, conhecida como *cognitio extra ordinem*, inaugurada nos primórdios do Século III d.C., e extinta com a queda do Império Romano, por força da Invasão Bárbara.¹ Mesmo assim, durou até o início da segunda metade do Século V².

¹ *Cognitio extra ordinem.*, isto é, conhecimento fora de ordem ou procedimento extraordinário. Tal ordem consistia em duas instâncias, uma na presença do magistrado e a outra junto ao *judex* ou árbitro. Alguns feitos, entretanto, passaram a ser apreciados **fora de ordem**, avocados pelo imperador. Daí a expressão *extra ordinem*.

² As duas fases anteriores do Direito Romano foram a das *legis actiones* (fundação de Roma, até, aproximadamente, o ano de 149 a.C) e do **sistema formulário**, que se estendeu até os primórdios dos anos trezentos depois de Cristo, conhecidas, respectivamente, como período arcaico e clássico do Direito Ocidental.

2. EXPOSIÇÃO SOBRE AS FONTES DO DIREITO

Como dito antes, o direito, em regra, tem como base a lei. Mas, já dizia o grande Eduardo Couture, em seus *Mandamentos do Advogado*: “***El derecho legislado no es todo el derecho***”.

Com efeito, embora não haja unanimidade a respeito, outras fontes existem além da lei, figurando entre elas, para alguns autores, a **doutrina**, a **jurisprudência**, a **analogia**, os **costumes** e os **princípios gerais do direito**. É de se ter presente que as três últimas foram acolhidas por nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 04.09.42, hoje Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro Lei n. 12.376/2010).

Dispõe o artigo 4º da supramencionada lei: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

Mas não só nos casos de omissão. Também quando houver obscuridade, falta de clareza etc. Em tais situações, o intérprete, supletivamente, deve lançar mão da **analogia**, dos **costumes** ou dos **princípios gerais do direito**.

2.1. Analogia

Sob a óptica jurídica, tem-se entendido por analogia a operação lógica pela qual se suprem as omissões da lei, com a aplicação a uma determinada relação jurídica de normas de direito objetivo disciplinadoras de casos assemelhados.

É também oportuno observar que há diferença entre **analogia** e **aplicação extensiva do direito**. Quando se trata da aplicação de norma, de dispositivo legal, para suprir a deficiência de outro, situado no mesmo diploma, não se trata, tecnicamente, de analogia. Aí, tem-se a **aplicação extensiva do direito**.

2.2. Costume

Entende-se por costume uma forma derivada da longa prática uniforme, ou da geral e constante repetição de um comportamento na

convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica. São normas derivadas da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de um comportamento, na convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica.

O conceituado professor da Universidade de Milão, Francesco Carnelutti, no que diz respeito à diferença de Lei e Costume, dizia:

Distinguimos as normas jurídicas naturais das normas sintéticas, com os velhos nomes de costume e de lei. Este último, na sua origem latina (*lex, de legere*) alude à forma da norma artificial, que se resolve em dizer: quem diz é o rex e, dizendo, rege, isto é, regula.

E acrescenta:

No ponto de vista formal, verdadeiramente, a diferença entre lei e costume parece ser a que separa a manifestação expressa da manifestação da vontade, isto é, como se diria, um tanto grosseiramente, o dizer do fazer.

E um pouco mais à frente, encerrando, afirma:

Nestes termos, a diferença está em que o costume procede de uma vontade diversa e superior à vontade humana, na qual reside a fonte da lei. Àqueles a quem não agrada esta personificação da natureza em vontade, não resta senão dizer que o costume, ao contrário da lei, se encontra pronto e acabado, como diamante, não sendo necessário mais do que descobri-lo e poli-lo para que mostre o seu valor.”³

2.3. Princípios gerais do direito

São regras gerais induzidas pela ciência e pela filosofia, de cunho mais ou menos universal, que, inclusive, podem servir de orientação também ao legislador. Em resumo, são princípios gerais do direito aqueles que decorrem do próprio fundamento da legislação positiva.

³ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000. p. 129.

A expressão é atribuída ao franciscano Raimundo Lúlio, que a usou em suas obras *Ars Magna* e *Ars Generalis Ultima*, nas quais pretendeu estabelecer os princípios gerais da ciência jurídica.

Anos antes, todavia, Santo Tomás de Aquino já havia empregado a expressão **princípios gerais do direito natural**. Em resumo, são princípios gerais de direito aqueles que emergem do próprio fundamento da legislação positiva, como o reconhecem os autores que trataram do tema.

Vários são os casos de dispositivos legais inspirados em princípios gerais do direito. Um exemplo: “**Todos são iguais perante a lei**” está no início do *caput* do art. 5º da Constituição brasileira. É um princípio universal (ou quase) de direito. Não é totalmente universal, uma vez que se orientam, normalmente, por fatores ideológicos. Assim, um país pode divergir de outro tendo em vista, apenas, o regime por ele adotado.

3. IMPÉRIO DO DIREITO: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Como dito antes, o direito, em regra, tem como fonte básica a lei. Nisso, não há divergência. Mas, lembrando Couture, *el derecho legislado no es todo el derecho*. Daí, poder-se afirmar que, também, **são fontes do direito a doutrina e a jurisprudência**.

Na prática, podemos dividir o mundo do direito, no que concerne à sua interpretação e aplicação, em dois hemisférios: **doutrina e jurisprudência**.

4. DOCTRINA (JURIS-CIÊNCIA)

A doutrina cuida da *juris-ciência*. Em regra, prima pela interpretação do direito legislado. Prestigia o rigor técnico. Orienta sobre a compreensão e aplicação, não só da lei, mas de outras fontes do direito.

O hemisfério da doutrina cuida da *juris-ciência*. Prima pela interpretação, à luz da ciência, do direito legislado, prestigiando o rigor técnico, a par de orientar, também, sobre a melhor forma de compreender e de aplicar, não só a lei, mas, igualmente, quaisquer das outras fontes do direito, complementar (ou supletivamente).

Inspirando-se em *Holbach*, *Carlos Maximiano* dizia que a ciência (doutrina) “antecede a jurisprudência, com a vantagem de ver os fenômenos do alto. Com isso facilita sua compreensão e a resolução, de acordo com os objetivos superiores da sociedade” (Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1979, n. 214, pág. 195).

5. JURISPRUDÊNCIA (JURIS-PRUDENTIA)

É o resultado do direito interpretado e aplicado com **prudência**, com **sabedoria**, tendo sempre em conta o caso concreto. **Prudência**, não só no sentido semântico de cautela, de **precaução**. Mas, principalmente, no sentido de sensatez, de virtude intelectual voltada para a honesta realização da JUSTIÇA.

Ao dar encaminhamento aos processos, deve o magistrado levar em consideração os fins sociais a que se destinam, bem como as exigências do bem comum. Diferentemente das chamadas ciências exatas (física, matemática...), o direito é ciência inexata. Daí, não raro, as divergências quanto à sua interpretação ou aplicação, com sérios reflexos no meio social, afetando até mesmo sua credibilidade como instrumento de segurança jurídico-social.

6. FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Por seu turno, a jurisprudência, em regra, só se forma com a pluralização de julgados pelos tribunais, decidindo questões jurídicas num mesmo sentido. Em regra, os tribunais constituem, com alguns de seus membros, comissões com a finalidade de proporem a sumulação de seus julgamentos. Em regra, são constituídas comissões, com três membros, que ficam incumbidas de selecionar os julgamentos proferidos no mesmo sentido que, submetidos ao Plenário, transformem-se em súmulas.

Vários (quase todos) os tribunais de segundo grau sumulam. Já o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça contam, hoje, com centenas de súmulas, as quais têm a finalidade de uniformizar os julgamentos e tornar mais célere o andamento da prestação jurisdicional.

Ressalte-se que, por se tratar de redação nova e principalmente por resultar a súmula de interpretação de julgados, seus enunciados são também submetidos a aprovação. Numerados em ordem crescente, refletem a síntese do pensamento do órgão. Em regra, são elaborados por uma comissão e, após devidamente apreciados, são aprovados por um colegiado, que pode ser, dependendo da abrangência da matéria, uma seção (agrupamento de turmas ou de câmaras), ou pelo órgão especial ou plenário do respectivo tribunal.

7. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

À vista do que até aqui foi exposto, é de se concluir que, sem embargo de admitir todo o rol supra como representativo das fontes do Direito, **apenas a lei é sua fonte primária, imediata.**

A doutrina, como ciência de interpretação do Direito, é fonte secundária e, portanto, mediata. Também o são, nessa mesma condição, a analogia, o costume e os princípios gerais do direito.

Há quem afirme que, em certos ramos do Direito, tem ela maior força até que a própria lei. Tal é o pensamento do jus laboralista mexicano Baltasar Carvazos Flores:

A lei, fonte formal por excelência do direito comum, perde sua primazia no direito do trabalho, já que nesta disciplina se estabelece um mínimo legal de direitos em benefício da classe trabalhadora, donde resulta que sobre a lei se encontra o costume ou a jurisprudência que outorguem maiores benefícios aos trabalhadores⁴.

É o que acontece em diversos países, e inclusive no Brasil.

A jurisprudência, na Roma antiga, tinha a atuação até mais larga que nos dias atuais, uma vez que cabia aos pretores o *jus edicendi*. Com isso editos podiam até estabelecer como seria administrada a justiça no ano seguinte.

⁴ CARVAZOS FLORES, Baltasar. **Lecciones de derecho laboral**. Mexico: Trillas, 1983. p. 45..

Tal era, então, o prestígio da jurisprudência que resultou na célebre assertiva de Ulpiano, para quem era ela o conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto (*jurisprudencia est divinarum adque humanarum rerum notitia, iusti adque iniusti scientia*)⁵.

De igual modo, na idade média, a jurisprudência foi fonte do direito, até o prestígio dos doutores, época em que passaram a imperar os glosadores, cujos dizeres substituíam a lei. Depois, já no século XVIII, com o ressurgimento do sistema de interpretação direta dos textos, voltou a jurisprudência a reassumir seu relevante papel⁶.

Hoje, nos países que adotam o sistema da *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, onde os costumes têm função criadora, indiscutivelmente, é a jurisprudência fonte primária do Direito.

É antiga a tendência de alguns setores no sentido de reduzir o juiz a uma função meramente automática de simples aplicador de regras legais. Mas isso, como o registram alguns historiadores do Direito, aqui e alhures, tem fracassado, em vista da facultada prática judiciária.

A propósito, assinala *Jean Cruet*:

O juiz, esse ente inanimado, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do Direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia-se dizer uma lei natural da evolução jurídica: nascido da jurisprudência, o Direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos, muitas vezes, o direito evoluir

⁵ Citando Carlos Maximiliano, Sálvio de Figueiredo Teixeira lembra que realmente entre os romanos, a jurisprudência era a grande força criadora da ordem jurídica, e designava a ciência que se ocupava do Direito. Já a expressão *juris prudentes* era utilizada para designar os que a cultivavam “os quais, embora não recebessem honorários ou remuneração, desfrutavam de inegável prestígio cultural e generalizado acatamento”. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz**: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 142).

⁶ COSTA, Coqueijo. A jurisprudência como fonte do direito. In: JORNADAS LUSO-HISPANO-BRASILEIRAS DE DIREITO DO TRABALHO, 3., 1984, Brasília. **Anais [...]**. São Paulo: LTR, 1985. p. 83..

sob uma legislação imóvel. É fácil dar a demonstração experimental desse asserto, por exemplos tirados das épocas mais diversas e dos países mais variados.⁷

Esse autor – *Jean Cruet* – nunca escondeu seu entusiasmo pelo Direito criado pelos tribunais, chegando a afirmar que “as leis fazem-se em cima, as boas jurisprudências vêm de baixo”⁸.

Menor não é o entusiasmo de Luiz Fernando Coelho, para quem a jurisprudência, no sentido de norma elaborada pelas decisões dos juízes, é a fonte mais autêntica do Direito⁹.

Nisso, segue o ilustre professor paranaense as pegadas de Pietro Cogliolo que, já em 1917, ressaltava em suas aulas na Universidade de Gênova a alta relevância da decisão judicial. Reconhecia ele que, segundo estudos então já existentes, a evolução jurídica não começa com a lei nem com os costumes, mas com a sentença¹⁰.

Todavia, no outro extremo, situam-se vários pensadores do Direito, igualmente respeitáveis, a começar, entre nós, por Vicente Rao, para quem só a lei é fonte direta e imediata do Direito. Ao seu sentir, segue-se-lhe apenas o costume e, assim mesmo, em caráter mediato. E enfatiza:

Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se, nem mesmo com caráter supletivo. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a *auctoritas rerum similiter judicatarum*, porque por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito,

⁷ CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Aillaud e Bertran, [193?]. p. 26-27.

⁸ SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris Editor, 1991. p. 37, nota de rodapé.

⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 322.

¹⁰ Bonus index. Jurisprudência mineira, 52/53

propiciar reforma ou inovações legislativas, como também fazer a ciência jurídica¹¹.

Nessa mesma diretriz, entre outros, Arruda Alvim, Amaral Santos e Washington de Barros Monteiro, para os quais mesmo nos casos de lacuna da lei o juiz não cria direito na verdadeira acepção da expressão; tão-só declara uma norma jurídica já existente no sistema jurídico, ainda que em estado potencial ou inorgânico.

8. A FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA NA ATUALIDADE BRASILEIRA

Em consonância com vetusta teoria, a jurisprudência só seria fonte formal do Direito se o ordenamento jurídico vigente na respectiva comunidade lhe atribuísse caráter obrigatório. Só assim os juízes passariam a assumir, como que por delegação, uma espécie de faculdade legislativa.

Hoje, no Brasil, por força da Emenda Constitucional n. 45, em vigor desde 31/12/2004, que deu início à reforma do Poder Judiciário, temos, para os casos expressos no art. 103-A da Constituição da República, a Súmula Vinculante. É oportuna, entretanto, a lembrança de Sálvio de Figueiredo Teixeira: “mesmo antes da instituição da Súmula com força vinculante, o Supremo Tribunal Federal já proclamara que ‘a invariável sequência dos julgamentos torna-se como que o suplemento da própria legislação’”¹².

A inovação acabou saindo mais branda do que se esperava. Como se extrai do dispositivo, três são os pressupostos para a edição de uma súmula vinculante:

- I – que a matéria seja de natureza constitucional;
- II – existência de decisões reiteradas sobre a questão;
- III – quórum mínimo de 2/3 (dois terços) dos membros do tribunal.

¹¹ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. v. 1, t. 2, p. 230.

¹² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13 - 14..

A desobediência à súmula vinculante, ou a sua indevida aplicação, autoriza reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada¹³.

À época das primeiras cogitações sobre a instituição de uma súmula vinculante, as opiniões no meio jurídico se bipartiram. À frente de um rol bastante amplo de vantagens apresentado por seus defensores, apresentava-se outro, não menos extenso, exibido pela corrente contrária. Pessoalmente, filiávamos entre estes e, em várias ocasiões, fizemos palestra, mostrando as desvantagens que, segundo nosso entendimento, superavam os possíveis benefícios.

Inserida a Súmula Vinculante na Constituição, vê-se que, como ficou, não oferece os riscos que se anteviam, porque ficou restrita apenas às questões de natureza constitucional.

¹³ A tendência de impor jurisprudência vinculativa não é recente. A Constituição de 1.891 já determinava à Justiça Federal e à Justiça Estadual a consulta à jurisprudência dos tribunais, para a aplicação do Direito respectivo (art. 59, III, §2º).

O STJ DE ONTEM, HOJE E AMANHÃ

Laurita Hilário Vaz
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

O STJ DE ONTEM, HOJE E AMANHÃ

Ministra Laurita Hilário Vaz

I. INTRODUÇÃO

Com muita satisfação e alegria, contribuo com algumas singelas palavras para esta obra comemorativa dos 35 anos de funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, criado pelo legislador constituinte de 1988 para uniformizar a interpretação da lei federal infraconstitucional. Pela abrangência e importância da sua nobre missão, o Superior Tribunal de Justiça fez jus ao título de Tribunal da Cidadania, na medida em que lá se decidem as principais questões que dizem respeito à vida cotidiana dos cidadãos brasileiros.

Sou muito grata pela oportunidade que me foi dada de ingressar no Superior Tribunal de Justiça, quando eu já fazia planos futuros para aposentadoria na Procuradoria-Geral da República, depois de ter galgado todos os postos da Carreira do Ministério Público Federal. Tenho orgulho de ter participado, como ministra, por mais de 22 dos 35 anos de funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, colaborando com a prestação jurisdicional, primeiro, como integrante da Segunda Turma e da Primeira Seção, onde comecei os trabalhos; depois, da Corte Especial; das Quinta e Sexta Turmas e da Terceira Seção; como Vice-Presidente; e como Presidente, tendo sido a primeira mulher a ocupar esse honroso cargo.

A árdua missão de julgadora no tribunal que mais produz decisões no mundo se tornou mais leve e prazerosa, pelo fato de estar cercada de pessoas sérias, dedicadas e cômicas dos seus deveres: ministros, servidores e terceirizados fazem do Superior Tribunal de Justiça uma instituição de referência, dentro e fora do país, pelo reconhecimento dos operadores do direito e da sociedade civil da qualidade do trabalho desenvolvido e das ações vanguardistas da Administração, para entregar a jurisdição em menor tempo possível.

II. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos idos da década de 80, lembro-me como se fosse ontem, integrava o Ministério Público Federal e fui destacada para atuar perante o Supremo Tribunal Federal. Tive a honra de exercer minhas funções ao lado do saudoso e grande jurista Francisco de Assis Toledo, com quem muito aprendi sobre Direito Penal.

O Superior Tribunal de Justiça, como devem recordar os mais antigos, foi criado num momento de grande dificuldade, conhecido como a “crise do Supremo Tribunal Federal”, decorrente da sobrecarga de trabalho daquela Corte.¹

¹ “A criação do Superior Tribunal de Justiça constitui medida resultante de profundos estudos nos meios forenses. Tais estudos foram feitos para resolver a denominada “crise do Supremo Tribunal Federal”, que passou a atingir, também, a Justiça Federal como um todo. No tocante ao Supremo Tribunal Federal, cabe salientar, em resumo, que desde a Constituição de 1.891 até a de hoje mantém, praticamente, onze Ministros. Houve ligeiras alterações: em 1.891, eram quinze Ministros; em 1934, onze Ministros; em 1937, onze Ministros; em 1946, onze Ministros; em 1967, dezesseis Ministros, e depois, a partir da Emenda Constitucional nº 1 de 1.969, novamente onze Ministros. Acontece que, de 1891 aos nossos dias, a população do Brasil cresceu significativamente. Naquele tempo eram trinta milhões de habitantes; em 1988, quando da promulgação da atual Constituição, cerca de 150 milhões ou mais. Naquela época, era um processo para cada 1 milhão e 600 mil habitantes, posteriormente, essa relação passou a ser, mais ou menos, de um processo para doze milhões de habitantes. (...) A melhor alternativa para solucionar a crise do Supremo Tribunal Federal foi reduzir os feitos da sua competência e, no tocante ao antigo Tribunal Federal de Recursos, desdobrá-lo em vários Tribunais Regionais Federais. Tais medidas, segundo se depreende, estão

Àquela época, a novidade, que se originou de um apelo quase unânime dos operadores do direito, foi recebida com muito entusiasmo. As expectativas eram as melhores possíveis, porque, afinal, teríamos 11 ministros em condições de cumprir a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, como intérprete último da Constituição Federal, e, com o triplo da composição, o Superior Tribunal de Justiça, para lidar com as crescentes demandas da população relacionadas à interpretação da legislação federal infraconstitucional.

A despeito de conhecer a causa que motivara a demora na prestação jurisdicional no Supremo, a nova Corte Superior alargou o conhecimento de recursos especiais, isto é, impunha menos óbices ao seu conhecimento.

Com o passar do tempo, a situação mudou gradativamente. Hoje, em geral, o Tribunal da Cidadania tem sido mais rigoroso no Juízo de admissibilidade dos recursos para lá dirigidos, em razão do crescente e estrondoso aumento de processos que chegam diariamente.²

na consonância da nossa tradição, porque o Tribunal Federal de Recursos surgiu para absorver parte da competência do Supremo Tribunal Federal; cresceu muito, foi subdividido em vários Tribunais Regionais Federais da mesma forma, criou-se um novo Tribunal para absorver novamente outra espécie de competência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça”. (RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Superior Tribunal de Justiça no contexto do Poder Judiciário. *In*: **Reflexões Jurídicas**: palestras, artigos e discursos. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 224-231). Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/639>.

² “Em dezembro [de 2023], foram proferidas 40.354 decisões terminativas (incluindo recursos internos). No acumulado, foram 608.879 decisões, dentre as quais 174.198 foram proferidas em recursos internos de Agravos Regimentais, Agravos Internos e Embargos de Declaração. A quantidade de decisões proferidas se manteve estável no ano com pequeno aumento de 3,00% (17.756) em relação à 2022, sustentando tendência de alta observada a partir de 2021 depois do período de estabilidade entre 2017 e 2020 (figura 3a). O principal fator que contribuiu para esse leve crescimento foi o aumento do julgamento de recursos internos que registrou alta de 16,80% (25.050), seguindo em tendência de alta desde 2017 com média de crescimento de 10,07% anual (figura 3b).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Gestão Estratégica. **Boletim estatístico**, Brasília, dez. 2023. p. 7. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2023/Boletim202312.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024).

Desse cenário, advém a necessidade premente do preparo, do aperfeiçoamento dos operadores de direito que postulam, que advogam no Superior Tribunal de Justiça. Inúmeros recursos especiais deixam de subir ao Superior Tribunal de Justiça porque os agravos interpostos contra a não-admissibilidade no Tribunal de origem não foram corretamente formalizados, adequadamente redigidos. Quantos recursos especiais não são conhecidos, nas três Seções especializadas (Direito Público, Privado e Penal), pelo não-preenchimento dos pressupostos específicos e que devem ser observados na interposição dessa espécie de recurso?

Sempre que tenho a oportunidade, de modo até insistente, tento exortar os advogados, particulares ou públicos, a terem maior cuidado quando da interposição de recursos de índole extraordinária: vale lembrar que há enormes diferenças entre estes e os recursos ordinários. Enquanto nas instâncias ordinárias prevalece o brocardo romano que diz, em livre tradução, “dá-me os fatos que te darei o direito”, quando se trata de recurso para as instâncias extraordinárias – que não podem ser vistas como se fossem uma “terceira instância” – o que vale é “traga-me tudo, senão não te darei nada”.³

III. O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO

Nunca é demais lembrar da estreiteza das vias extraordinárias. Não se insere na incumbência constitucional do Superior Tribunal de Justiça revisar fatos e provas. São as instâncias ordinárias soberanas nesses quesitos. À instância Superior cabe, primordialmente, estabelecer a uniformização da interpretação da lei federal infraconstitucional, não servir como instância revisora, salvo, evidentemente, no exercício da

³ “Por mais justa que seja a pretensão recursal, não podem ser desconsiderados os pressupostos recursais. O aspecto formal é importante em matéria processual, não por amor ao formalismo, mas para segurança das partes. Se assim não fosse, ter-se-ia que conhecer dos milhares de processos irregulares que aportam a este Tribunal, apenas em nome do princípio constitucional do acesso à tutela jurisdicional”. Trecho extraído do voto do relator nos EDcl no REsp 140.750/RJ, Relatpr ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 15/03/1999.

sua competência recursal ordinária, como no julgamento dos recursos ordinários em mandado de segurança e em *habeas corpus*.

Do ponto de vista das Cortes de Vértice, o aprimoramento da prestação jurisdicional passa muito mais pela elevação do nível dos operadores do direito, mormente advogados, do que pela reformulação legislativa, embora não se possa negar a importância dessa seara no desenvolvimento da prestação jurisdicional. Bom exemplo deste progresso, a propósito, é o Código de Processo Civil de 2015, que trouxe em seu corpo a tônica do princípio da primazia do exame do mérito.⁴

Não obstante o inegável avanço promovido pela novel legislação, que desconstruiu alguns entendimentos jurisprudenciais que poderiam facilmente ser etiquetados como “jurisprudência defensiva”,⁵ derrubando barreiras demasiadamente formais ao conhecimento do recurso especial – carro-chefe da atuação jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça –, persistem os requisitos de admissibilidade imanentes à via especial. Vale anotar que estes decorrem do próprio texto constitucional e, longe de configurarem empecilho ao acesso à Justiça, estabelecem diretrizes indissociáveis à própria razão de ser o Superior Tribunal de Justiça.

Não se examina fatos e provas no Superior Tribunal de Justiça porque a este cabe, como sabido e consabido, interpretar a lei federal

⁴ “O processo civil brasileiro já mereceu estigma de extremamente formalista, indiferente à expectativa das partes de verem enfrentados os seus argumentos acerca das questões de mérito que não raro eram postas de lado, sequer analisadas, em virtude de óbices atrelados a aspectos meramente formais, na valorização da desmensurada da forma (processo), em detrimento do direito material. (...) O princípio da primazia do julgamento de mérito, contido nas normas fundamentais do CPC/15 (arts. 4º e 6º), representa uma genuína mudança de paradigma.” (MARQUES, Mauro Campbell *et al.* **Recurso Especial**. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2022. p. 49).

⁵ Em reflexivo voto-vogal, o ministro Gilmar Mendes ponderou que “é evidente que a orientação dominante está presidida por aquela denominada por alguns de nós de ‘jurisprudência defensiva’. Cabe à parte, portanto, tomar todas as medidas para o recurso ser adequadamente aviado e chegue ao Tribunal em condições de ser devidamente apreciado”. STF. AI 496136 AgR, Relator Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/05/2004, DJ 03/09/2004. PP-00028. EMENT VOL-02162-08. PP-01586.

infraconstitucional, ou seja, debruçar-se sobre as **teses jurídicas**, não questões factuais;⁶ não se decide na Corte Superior sem que a decisão do Tribunal *a quo* tenha sido de **única ou última instância**, ou seja, é necessário o exaurimento da instância ordinária; não se decidem no Superior Tribunal de Justiça questões jurídicas que não foram **expressamente decididas** pela Corte de origem, isto é, não se pode prescindir do **prequestionamento**; e, embora seja um requisito elementar, é comum (infelizmente) a inadmissão do recurso especial, ainda na origem, seguida de um agravo para o Superior Tribunal de Justiça **sem** impugnação, específica, de todos os fundamentos da decisão agravada. A propósito, no ano de 2023, mais de 80% dos recursos especiais e agravos em recurso especial não foram conhecidos ou foram desprovidos, situação que causa perplexidade.⁷

Faço essa exortação aos advogados, não como uma crítica, mas como um alerta. Instigo todos a uma reflexão sobre a qualidade dos recursos que estão sendo formalizados perante o Superior Tribunal de Justiça, os quais, muitas vezes, por deficiências, são algozes das próprias partes recorrentes.

Ainda dentro dessa perspectiva, não há como não deixar umas palavras dirigidas, agora, diretamente aos magistrados de primeiro grau. Chamo a atenção para um aspecto bastante relevante dessa nobre atividade profissional.

Como já referido, há para o Superior Tribunal de Justiça um natural obstáculo que o impede de se imiscuir nas matérias de fato, muito embora se tenha admitido com frequência uma mitigação do óbice previsto

⁶ “Os recursos especial e extraordinário, diferentemente da apelação e do recurso ordinário constitucional, voltam-se em primeiro lugar a preservar a inteireza do direito federal infraconstitucional (especial) e constitucional (extraordinário). Já aqueles constituem modalidades recursal precipuamente vocacionada a fazer justiça (em sentido amplo).” STF. AI 496136 AgR, Relator Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/05/2004, DJ 03/09/2004. PP-00028. EMENT VOL-02162-08. PP-01586. p. 147.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Gestão Estratégica. **Boletim estatístico**, Brasília, dez. 2023. p. 7. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2023/Boletim202312.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.

na Súmula n. 7, mormente quando se trata de temas sensíveis. Entretanto, não raro, nem mesmo se consegue essa mitigação por não haver apropriada instrução da causa, que acaba por restringir tanto a atividade jurisdicional do respectivo tribunal quanto, mais ainda, do Superior Tribunal de Justiça.

Posso lembrar exemplos disso em casos em que autores, em busca de benefícios previdenciários, tiveram seus pleitos mal instruídos e, por isso, criaram um obstáculo à revisão pelo respectivo tribunal local e, por conseguinte, inviabilizaram o acesso ao Superior Tribunal de Justiça. Em matéria penal, frequentemente nos deparávamos com casos em que o juiz de primeiro grau, mesmo em casos graves, em que a prisão cautelar seria uma necessidade, valia-se de fórmulas genéricas, inservíveis para justificar a medida extrema e, por isso, a Defesa lograva êxito em promover a soltura com impetração de *habeas corpus*.

Inúmeros são os exemplos que poderiam ilustrar o quão importante é a atuação do juiz de primeiro grau, que, mais próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, deve zelar com mais afinco pela instrução do processo e consignar em suas decisões todos os fundamentos de fato e de direito para justificar tal ou qual conclusão.

IV. A JURISPRUDÊNCIA E O PRECEDENTE

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre foi um assunto digno de reflexão na comunidade jurídica. Todavia, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe elementos inovadores à discussão – os quais, creio eu, devem ser levados a sério quando pensamos sobre o papel do Superior Tribunal de Justiça e sobre a estabilidade e respeitabilidade de suas decisões.

É importe observar uma questão séria, por muitos negligenciada: a inobservância da jurisprudência das Cortes de Vértice pelos tribunais e juízes. Hoje, a doutrina distingue três tipos de precedentes. Primeiro, os precedentes fortes (cuja desobediência legitima a provocação da Corte Superior); segundo, os precedentes moderados (que integram orientações jurisprudenciais consolidadas); e terceiro, os precedentes fracos (que são proferidos por Turmas ou Seções em casos inovadores ou isolados).

Dividir os precedentes nessas categorias tem importância didática e auxilia nossos alunos nas faculdades, mas, confesso, me causa certo desconforto pensar que haja autores dispostos a afirmar que magistrados de instâncias inferiores podem deixar de seguir precedentes do Superior Tribunal de Justiça quando discordam daquilo que foi decidido, desde que tais precedentes tenham força “média” ou “fraca”.

Também vejo a necessidade de um “mea-culpa”, quando o Superior Tribunal de Justiça, que julga mais de 98% dos processos em decisões monocráticas, deixa de observar seus próprios precedentes. Se os órgãos fracionários do próprio Superior Tribunal de Justiça não observam os precedentes construídos para uniformizar e pacificar as controvérsias nacionais, como se pode exigir que outros tribunais e juízes o façam?

Ao debater a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é necessário sempre lembrar que o respeito às decisões proferidas pelas Cortes Superiores, ainda que os magistrados de primeira e segunda instância com elas não concordem, embasa-se na estabilidade, na previsibilidade e na constância que se espera do direito.⁸

A função constitucional de uniformização da interpretação das leis federais infraconstitucionais só pode ser bem desempenhada caso todos os precedentes produzidos pelo Superior Tribunal de Justiça tenham plena eficácia vertical e horizontal. Por essa razão, creio que deva ser deixada para trás essa classificação de precedentes “fortes, médios ou fracos”.

⁸ Vale destacar a força da dicção do Novo Código de Processo Civil, ao anotar que: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 jul. 2024).

O Código de Processo Civil, reafirmando um movimento legislativo que se dirigiu à convalidação das Cortes Superiores como Cortes de precedentes, importou no modelo nacional uma fórmula trazida da tradição do *common law*. No modelo alienígena, o precedente possui uma força obrigatória inequívoca, mas não é declarado no momento em que se produz o julgamento paradigmático. O sentido da norma jurídica é formado com a análise do caso concreto. O efeito vinculante tem um viés retrospectivo, voltado para o passado. Assim, quando o julgador se depara com um caso idêntico ou parecido, olha para trás e reconhece a força vinculante do precedente construído na decisão passada.⁹

Na tradição do *civil law*, sobre a qual estão as bases do nosso sistema jurídico, há o costume de fazer o caminho em sentido contrário, ou seja, partimos da interpretação da norma abstrata para a análise do caso concreto, com a força do precedente voltado para o futuro, com força prospectiva.

Pode parecer um detalhe de somenos importância, mas não é. A incorporação do sistema brasileiro dos precedentes obrigatórios exige um esforço grande de adaptação.

⁹ “O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente. Além deste aspecto (...) fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo.” (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-16, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024.).

Outrossim, ganhou fôlego o movimento de reafirmação da função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Emenda Constitucional n. 125/2022, ao instituir que, no Recurso Especial, o recorrente deve demonstrar a **relevância** das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso.

Com esse novo filtro, que traz novo requisito de admissibilidade do recurso especial, tende-se a conter – pelo menos em parte – o excesso de demandas dessa via recursal dirigida ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, dessa forma, pode passar a ter mais tempo para analisar casos que, de fato, tenham maior repercussão.¹⁰

V. AVANÇO TECNOLÓGICO

Não há como perder de vista o momento histórico de desenvolvimento tecnológico pelo qual o país e o mundo estão atravessando. Desde 2009, o Superior Tribunal de Justiça passou, de forma pioneira, a trocar o velho papel dos autos físicos pelo processo eletrônico, com a total digitalização de seu acervo. De lá para cá, inúmeras ferramentas de tecnologia da informação vêm sendo criadas e desenvolvidas no âmbito do Tribunal da Cidadania.¹¹

Esses avanços tecnológicos, ainda em pleno desenvolvimento, têm atraído a atenção e o reconhecimento da capacidade de inovação e atualização do Superior Tribunal de Justiça, em prol de uma justiça mais célere e eficiente.

¹⁰ SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **A relevância da questão de direito federal:** histórico, direito comparado, instrumentos semelhantes, impacto legislativo. [S. l.]: FGV Conhecimento: Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, 2022. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_relevancia_da_questao_do_direito_federal.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.

¹¹ Um breve histórico dessa evolução tecnológica pode ser acessado no site do STJ. Institucional. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital#:~:text= Nesse%20ano%2C%20os%20advogados%20e,Tribunal%2C%20em%20grau%20de%20recurso.>

A “bola da vez” está com a inteligência artificial, que traz expectativas de uso de ferramentas de TI que, diferentemente dos sistemas convencionais, é capaz de executar tarefas de maior complexidade, à semelhança do raciocínio humano.

Pelo que se pode perceber, sem muito esforço, não há nenhuma área do conhecimento humano que promova tantas inovações em tão pouco intervalo de tempo, como a Tecnologia da Informação. Diuturnamente, testemunham-se avanços tecnológicos capazes de oferecer mais meios de realização de tarefas, de forma cada vez mais rápida e eficiente.

A chamada “inteligência artificial” é assim nominada porque atingimos um estágio de expertise tecnológica que nos permite processar uma gigantesca quantidade de informação, agrupá-las e estudá-las, extraindo conclusões e interpretações com altíssimo grau de refinamento. E, além disso, a máquina é capaz de prosseguir o seu autoaprimoramento, com constante processo de aprendizagem.

A “alma” dessas poderosas máquinas, na verdade, é uma série de algoritmos matemáticos e estatísticos que possibilitam essa especial capacidade de interpretar, aprender e “raciocinar” de modo aproximado ao processo cognitivo humano, daí a expressão “inteligência artificial”.

O que, até outro dia, era tema de filmes de ficção científica, hoje, é pura realidade, já há algum tempo utilizada em campos diversos. Ao que consta, a medicina foi pioneira na exploração dessa nova tecnologia, ao criar processos de otimização de diagnósticos, cada vez mais rápidos e mais precisos, a partir da prévia compilação de dados e análises feitas por médicos. E, à medida que as informações vão sendo inseridas, melhor e mais eficiente se torna a ferramenta.

Diante dessa realidade, é crucial que o Poder Judiciário concentre esforços, no sentido de manter uma constante atualização e modernização do seu parque tecnológico, em busca sempre do aprimoramento dos processos de trabalho, sobretudo, em razão da premente necessidade de redução de gastos e aumento de produtividade, ou seja, realizar mais com menos.

Na seara do Direito, há um enorme campo de aplicação, tanto para advogados quanto para os juízes e tribunais. Sabe-se que já foram desenvolvidas importantes ferramentas para escritórios de advocacia, capazes de tornar a gestão dos processos mais eficiente.

O Superior Tribunal de Justiça, atento à essa realidade, tem-se empenhado em desenvolver estudos e projetos-pilotos para aprimorar processos de trabalho interno – tanto para área cartorária, quanto para a atividade jurisdicional propriamente –, como também para utilização do público externo.

Em um futuro próximo, todos se beneficiarão dos progressos em andamento. O resultado que se busca, afinal, é maior eficiência de áreas estratégicas para o tribunal, com um gasto financeiro e laboral otimizado.

VI. CONCLUSÃO

Nos últimos 35 anos, o Superior Tribunal de Justiça passou por muitos desafios. Creio que, se não todos, a maioria deles tem sido superada com muito trabalho e dedicação tanto dos ministros como do corpo técnico do Tribunal, além, é claro, da participação fundamental de advogados, públicos e privados, de membros do Ministério Público, além de representantes da sociedade civil. É um movimento em prol da cidadania, construída com uma prestação jurisdicional de qualidade e em tempo razoável, empurrado por muitos. Não é um trabalho isolado, mas de múltiplas frentes.

A função de julgar ou de promover a justiça não é tarefa fácil. Requer, muito além do conhecimento técnico, empatia pelo próximo, para que a justiça chegue mais perto dos cidadãos, notadamente os mais hipossuficientes.

As normas legais estão aquém da idealização, estão aquém dos direitos sociais dos segurados pela Carta Magna, daí a importância de um Judiciário atuante e proativo. A Justiça brasileira, a despeito dos inegáveis avanços, ainda carece de reformas, para conseguir atender, em tempo oportuno, as demandas dos jurisdicionados, principalmente os mais necessitados, cujos anseios repercutem diretamente em sua dignidade.

Nesse cenário, com otimismo, que não se confunde com ingenuidade, sobressai a real e factível esperança de dias melhores, a serem construídos com um esforço plural, para a redução das desigualdades sociais. Nessa empreitada, por certo, estarão dedicados juízes, advogados, membros do Ministério Público, servidores públicos e sociedade civil, todos empenhados em desenvolver um trabalho sério, inspirado em valiosos princípios que nos conduzam a uma sociedade mais substancialmente igualitária.

A EXPERIÊNCIA DO
BANCO NACIONAL DE PRECEDENTES:
necessário diálogo institucional
entre os tribunais superiores

Luiz Fux
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A EXPERIÊNCIA DO BANCO NACIONAL DE PRECEDENTES: necessário diálogo institucional entre os tribunais superiores

Ministro Luiz Fux¹

INTRODUÇÃO

É com desvanecimento que participo das comemorações dos trinta e cinco anos do Superior Tribunal de Justiça, marco que carrega, para mim, uma especial significação, porquanto tive a felicidade de integrar os seus quadros entre os anos de 2001 e 2011.

Durante a minha judicatura no Tribunal da Cidadania, fui honrosamente nomeado para presidir a Comissão de Juristas que foi responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, por meio do qual buscamos implantar, no Brasil, uma cultura de precedentes.

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e Livre-Docente em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

Deveras, no decorrer da construção do CPC, alinhada à experiência no STJ, foi possível perceber a introjeção dessa cultura a partir de, pelo menos, três momentos. Em primeiro lugar, observando disposições como a do art. 489, § 1º, VI, ao estabelecer que a decisão judicial não será considerada fundamentada caso deixe de seguir o precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de elementos que autorizem a sua distinção (*distinguishing*) em relação ao caso concreto, ou, então, que não sejam capazes de indicar a superação daquele entendimento jurisprudencial.

Em segundo lugar, no art. 489, § 1º, V, ao dispor que as decisões judiciais tampouco podem se limitar a invocar determinado precedente sem explicar as razões para se concluir que o caso concreto analisado se amolda às balizas jurídicas nele estabelecidas.

Em terceiro lugar, ao determinar, em seu art. 927, especialmente no § 5º, que os tribunais possuam o dever de divulgar amplamente as teses por estes firmadas, organizando-as de acordo com as questões jurídicas decididas, criando, assim, instrumentos capazes de instaurar essa necessária cultura de precedentes.

Deveras, à luz de tais imperativos, surgia a necessidade de implementar essa cultura a partir de uma eficiente política judiciária de gestão de precedentes, que exige o monitoramento dos entendimentos recorrentes dos tribunais e a atuação constante das informações referentes à repetição de processos judiciais, com temas jurídicos ou quadros fáticos semelhantes.

Anos depois, já imbuídos de tais ideais, quando da nossa gestão na Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), buscamos ampliar o nosso diálogo institucional com o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e demais tribunais superiores, reconhecendo a sua importância para a consolidação da unidade do sistema judiciário brasileiro. Como resultado deste compromisso, editamos uma resolução que instituiu o Banco Nacional de Precedentes, assinando, conjuntamente, CNJ, STF e STJ, além do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Superior Tribunal Militar (STM), um termo de cooperação técnica para a ampliação e consolidação desta iniciativa.

Tratava-se de medida necessária para atribuir efetividade à mencionada gestão de precedentes no Brasil, a partir da ampla colaboração entre essas Cortes, atuando de forma coordenada para zelar pela uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme impõe o art. 926 do Código de Processo Civil.

Considerando o caráter imprescindível dessas ações para o bom funcionamento do Poder Judiciário, o presente artigo busca refletir sobre tais contribuições para a eficiência da prestação jurisdicional, por meio da garantia da segurança jurídica e isonomia na aplicação de teses jurídicas consolidadas pelos Tribunais.

Assim, procuraremos abordar, inicialmente, (i) a formulação do sistema brasileiro de precedentes no âmbito do Código de Processo Civil de 2015; posteriormente, (ii) a construção colaborativa de uma política judiciária no Supremo Tribunal Federal e no Conselho Nacional de Justiça ao lado dos demais Tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça; e, por fim, (iii) a inserção da gestão de precedentes nessa agenda, para o desenvolvimento de tecnologias de suporte com vistas ao seu aperfeiçoamento, tendo como grande exemplo o Banco Nacional dos Precedentes.

1. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

No segundo quartel do século passado, aquele que é por muitos considerado o pai do Processo Civil, o Professor Giuseppe Chiovenda, dizia que a grande **evolução** do Direito Processual seria uma lenta **involução** ao velho Processo Civil Romano/Canônico, onde se previa uma fusão entre as famílias:

- 1) Romano-germânico (*civil law*): Ciência jurídica construída de leis;
- 2) Anglo-saxônicas (*common law*): Ciência jurídica construída de precedentes judiciais.²

² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

Na já mencionada Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil, que veio a ser aprovado em 2015, esse ideal foi internalizado, tendo sido adotados os seguintes objetivos:

- 1) “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”;
- 2) “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”;
- 3) “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal”;
- 4) “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”; e,
- 5) “finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”.³

A partir de tais premissas, foi elaborado um diploma legislativo que apelidei de “código da sociedade brasileira”, porquanto foram atendidas 80% das sugestões sociais em sua tramitação.

Nesse encadeamento, a Comissão de Juristas chegou à conclusão de que haveria três cerne importantíssimos a serem adotados naquele Código:

- 1) O Neoconstitucionalismo: O novo CPC passou a contemplar, pela primeira vez na história, uma parte geral, garantindo a observância de normas fundamentais do processo e dos princípios constitucionais em sua aplicação;
- 2) A aplicação da Análise Econômica do Direito: Era necessário adaptar o sistema processual com base nessa nova escola do pensamento jurídico, que preconiza a utilização dos conceitos econômicos no Direito, notadamente a eficiência;

³ BRASIL. **Código de Processo Civil**: exposição de motivos anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

- 3) A adoção de institutos do *common law*: Constatou-se a necessidade de evolução do sistema jurídico brasileiro, antes baseado na Justiça e na Moral, para os ideais dos sistemas anglo-saxônicos, que tinham como paradigmas a Justiça e a Razão, preconizando a utilização de parâmetros objetivos para a uniformização do ordenamento jurídico.

Passamos, entretanto, a adaptar a nossa aplicação desse ideal de racionalidade: enquanto no direito anglo-saxônico a adesão a um precedente tem um amplo âmbito de aplicação, por se acreditar que nenhuma causa seja tão distinta de outra que não seja possível aplicar entendimentos pretéritos, no Brasil, utilizamos, com os nossos precedentes, a fixação de teses jurídicas, como forma de garantir estabilidade às decisões judiciais.

Um interessante exemplo dos reflexos desse processo de adaptação, na adoção da racionalidade na uniformização de teses e julgamentos, é o caso do Estado de Delaware, nos Estados Unidos da América.

Segundo a *Forbes Advisor*, estima-se que a razão pela qual as maiores empresas do mundo incorporam-se em Delaware é, justamente, a estabilidade do sistema de justiça, em razão da força de seus precedentes, o que estimula a diminuição do nível de litigiosidade.⁴

No ponto, em recente artigo escrito em coautoria com o Desembargador Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e o Professor Rodrigo Fux, classificamos 11 características principais do sistema de precedentes no Brasil:

- 1) A manifestação do princípio da legalidade;
- 2) A conjugação de normas processuais e normas de gestão de precedentes;

⁴ “Delaware has well-developed and predictable legal precedents that may benefit corporations. While the average civil lawsuit may take a number of years to resolve, Delaware’s use of judges instead of juries and prioritization of corporate-related cases means similar cases can be decided more quickly.” (CRAIL, Chauncey; WATTS, Rob; HASKINS, Jane. Why incorporate in Delaware?: benefits & considerations. **Forbes Advisor**, 15 fev. 2024. Disponível em: <https://abrir.link/HIfjx>. Acesso em 31 jul. 2024).

- 3) Competência qualificada dos órgãos uniformizadores;
- 4) Incorporação de instrumentos previamente utilizados;
- 5) Fixação de procedimentos específicos para o estabelecimento de precedentes;
- 6) Facilidade na identificação da tese vinculante;
- 7) A determinação de ampla publicidade aos precedentes;
- 8) A suspensão de processos similares quando o caso paradigma estiver sendo decidido;
- 9) Prazos determinados para decisão sobre precedentes vinculantes;
- 10) A fixação de procedimentos para a aplicação de precedentes;
- 11) A fixação de procedimentos para os casos de afastamento dos precedentes.⁵

Entendemos, na época, que a obediência aos precedentes estava implícita na própria Constituição Federal, porquanto notório (i) o escalonamento hierárquico do Poder Judiciário; e (ii) a necessidade de garantia de dois valores fundamentais: a isonomia no tratamento de todos e a segurança jurídica.

Assim, assentada a finalidade de consolidação do sistema de precedentes no Brasil, afirmamos que a implementação de instrumentos para a sua gestão é uma demonstração do comprometimento com as boas práticas no Poder Judiciário: seja na seara quantitativa, mercê de dirimir as lides em uma duração razoável e de reduzir o número de processos repetitivos em tramitação; seja na dimensão qualitativa, ao conferir maior estabilidade no julgamento de casos concretos.

Essa atuação auxilia na diminuição da taxa de retratações, sem, contudo, diminuir a atenção do magistrado às particularidades factuais e jurídicas nos processos analisados.

⁵ FUX, Luiz; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; FUX, Rodrigo. Sistema brasileiro de precedentes: principais características e desafios. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 23. n. 3, p. 221–237, set./ dez. 2022.

Deveras, a necessidade de concretização dessas demandas ensejou a criação do Banco Nacional de Precedentes, que representa o emprego dos esforços de Cortes como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, a fim de direcionar suas atividades em torno das suas vocações institucionais: de guardar, respectivamente, a força normativa da Constituição de 1988, e do ordenamento infraconstitucional, por meio de decisões atinentes a questões de envergadura, uniformizadas a partir da fixação de teses jurídicas. Vejamos, então, os contornos teóricos e práticas que envolveram a sua concepção.

2. O BANCO NACIONAL DE PRECEDENTES

Reforçando tais bases teóricas, anotamos, inicialmente, que a interpretação das normas jurídicas não pode estacionar no tempo; tampouco pode se curvar ao primeiro sinal de complexidade. Há muito tempo, superou-se a crença de que o julgador, porquanto investido na figura de Estado-juiz, deveria atuar como mero instrumento de vocalização da lei.

Na atualidade, valoriza-se a sensibilidade do juiz defronte conceitos indeterminados e normas plurissignificativas. Por outro lado, a atividade judicial **criativa** deve ser limitada – como todo o Poder emanado do Estado de Direito.

Nessa posição ponderada, espera-se do membro do Poder Judiciário que identifique as possibilidades interpretativas do texto legal; e que considere aspectos pragmáticos, a exemplo da efetividade do provimento jurisdicional.

Para a sistemática brasileira, todos esses imperativos de moralidade política atinentes ao Poder Judiciário são reforçados por um Código de Processo Civil que prevê o dever dos Tribunais de atuar na promoção dos já mencionados valores estabelecidos nos seus arts. 926 e 927, impondo sua integral observância.

Diante da exigência da formulação de mecanismos que auxiliassem no cumprimento de tais ditames, surgiu, gradualmente, a ideia do Banco Nacional de Precedentes. A primeira providência veio com a publicação da

Portaria n. 240, de 04 de novembro de 2020, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

O ato convocatório visava à formação de equipe altamente qualificada, com as seguintes incumbências:

- 1) discutir o rito incidental de afetação de processo para a formação de precedente;
- 2) estudar meios de conferir maior publicidade e, conseqüentemente, maior efetividade para os precedentes; e
- 3) criar estruturas de incentivo para a integração entre os Tribunais.

A composição daí resultante atendeu ao ideal de pluralidade, dadas a cooperação entre magistrados de todas as instâncias; e a participação do Ministério Público, dos Conselheiros e de renomados doutrinadores.

Em 23 de novembro de 2021, o Grupo de Trabalho apresentou a minuta de ato normativo que traçava os primeiros contornos dessa iniciativa. Destacamos a previsão sobre a interface mantida pelo CNJ, encarregada do monitoramento das demandas repetitivas e dos precedentes obrigatórios. O Grupo encaminhou a criação de um novo banco de dados, inovador, por firmar parceria com o Superior Tribunal de Justiça, para que este compartilhasse os dados de tramitação dos recursos afetados.

Em fevereiro de 2022, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça, enfim, aprovou o texto da Resolução de n. 444, que

institui o Banco Nacional de Precedentes (BNP) para consulta e divulgação por órgãos e pelo público em geral de precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais listados no art. 927 do Código de Processo Civil em todas as suas fases processuais.

Sob o crivo da Tecnologia da Informação (TI), a Resolução CNJ n. 444/2022 determinou a centralização e a organização dos dados textuais de milhares de decisões judiciais em um único banco. Esse trabalho de estruturação dos dados não pode passar despercebido, pois viabiliza a análise de *big data* e o aprendizado de máquina (*machine learning*).

Deveras, estabeleceu-se que, “para permitir a padronização, a organização e o controle dos recursos representativos da controvérsia encaminhados aos tribunais superiores”, além da Turma Nacional de Uniformização dos juizados especiais federais, deveriam ser criados grupos representativos (GR), ou seja, o conjunto de processos enviados a esses tribunais, ordenando-os de acordo com “um número sequencial e descrição da questão jurídica discutida”, que “servirá de controle para os processos em virtude dele sobrestados no âmbito de cada tribunal” (art. 5º, *caput* e § 2º, da Resolução n. 444/2022).

Sob a perspectiva dos cidadãos-usuários, já está garantido o *link* de livre acesso, de tal modo que a popularização do Banco Nacional de Precedentes dependerá, em boa medida, de uma infraestrutura de navegação simples e intuitiva.

A consulta unificada de precedentes é atrativa para os advogados, que poderão pesquisar uma amostragem maior, em menos tempo. O jurisdicionado será beneficiado pela plataforma, por exemplo, quando for parte de ação judicial sobrestada por Índice de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), Repercussão Geral, Recurso Repetitivo etc.

Consoante a análise econômica aplicada ao Processo Civil, o conhecimento sobre a jurisprudência e os precedentes é um trunfo para o sujeito do processo, que se torna mais preparado para calcular os custos do litígio – e, principalmente, para não deduzir em juízo pretensão absolutamente contrária a precedente qualificado.

Em sentido convergente, William Landes e Richard Posner caracterizam a jurisprudência como um **estoque de capital que gera saldo positivo para as futuras decisões do Judiciário**.⁶ Pela analogia dos renomados professores, o precedente continuaria a gerar valor com o passar do tempo, graças ao efeito de dissuadir o ajuizamento de novas demandas.

⁶ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 19, n. 2, p. 249, 1976.

Outra abordagem sobre a aprovação do Banco Nacional de Precedentes remete a sua contextualização em vista de um fenômeno maior, que lhe antecede. O cenário é pertinente com o protagonismo digital do Poder Judiciário.

Prova disso é a alocação de servidores em função de desenvolvimento e de inovação tecnológica, como já se observa no Laboratório de Inovação do Supremo Tribunal Federal (Inova STF), por meio do qual o Tribunal se tornou a primeira Corte Constitucional 100% digital do mundo. Os produtos e os serviços de tecnologia têm despontado como facilitadores para a gestão de acervo e para a tramitação mais célere dos feitos.

A medida pertence, portanto, à gestão de dados do Conselho Nacional de Justiça. E a própria evolução do aparato e das políticas de TI do CNJ ilustra o fenômeno.

O Banco Nacional de Dados sobre Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios (BNPR) foi instituído pela Resolução n. 235, de 13/7/2016. A título ilustrativo, menos de 1 (um) ano após a implementação desse Banco Nacional de Dados, o Conselho Nacional de Justiça noticiou, em 23/5/2017, que a aludida base de dados já possuía mais de 2.000 (duas mil) entradas.

Não é demais dizer que o Banco Nacional de Dados sobre as Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios (BNPR) foi um marco para a gestão de dados do Judiciário brasileiro, justamente porque deu transparência ao contingente de processos sobrestados nos Tribunais de Origem.

Como já exposto, em novembro de 2020, ocorreu a designação do Grupo de Trabalho “destinado à elaboração de estudos e de propostas voltadas ao fortalecimento dos precedentes no sistema jurídico”. Por sua vez, a Resolução CNJ n. 235/2016 regulamentava o sobrestamento de feitos decorrente da identidade com caso-paradigma. A toda evidência, o Grupo de Trabalho para o fortalecimento dos precedentes dispunha de competência para enfrentar, também, as estatísticas de sobrestamento.

Não se pode perder de vista a dimensão do conjunto de informações reunidas pelo BNPR (2016-presente), qual seja, todos os

IRDRs, IACs e Recursos Repetitivos. Tais fatores foram essenciais para definição do escopo, já em 2022, do Banco Nacional de Precedentes, visando esclarecer quais eram as estatísticas e as correlações mais evidentes para os jurisdicionados e aplicadores do Direito.

Nesse caso, são alguns enfoques possíveis:

- 1) dar maior visibilidade aos precedentes qualificados, exarados por STJ e STF;
- 2) facilitar a consulta aos IRDRs e de IACs, representativos de questões de direito regionais e locais; e
- 3) implementar mais variáveis, para rastrear a tramitação dos incidentes e/ou dos processos afetados.

O Grupo de Trabalho optou pela dimensão estatística da base de dados (trabalhando com mais ‘volume’, e menor ‘detalhamento’). A diretriz foi a de **ampliar**:

- 1) o acesso à base de dados mediante interfaces *user-friendly* para cidadãos, advogados e magistrados; e
- 2) as fontes para a alimentação da base de dados, com a integração aos sistemas informativos dos Tribunais.

Além da consecução das metas da Estratégia Nacional 2021-2026, a Alta Administração do CNJ pautou-se por uma especial tríade de valores na condução de seus projetos de TI – **gestão de dados/execução prioritária/integração nacional**.

Deveras, como já ilustrado anteriormente, fora assinado, em 10/05/2022, o Termo de Cooperação 20/2022, pelo Conselho Nacional de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior do Trabalho, com vistas à ampliação e consolidação do Banco Nacional de Precedentes, comprometendo-se, os tribunais, a:

- a) alimentar o BNP com a padronização e as informações previstas nos atos publicados pela Presidência do CNJ;
- b) zelar pela criação de grupo de representativos (GR) para permitir a padronização, a organização e o controle dos recursos representativos da controvérsia;

- c) implantar, no prazo instituído pela Resolução CNJ nº 444/2022, as ferramentas tecnológicas necessárias para a alimentação do BNP;
- d) encaminhar ao CNJ, no prazo instituído pela Resolução CNJ nº 444/2022, plano de ação para a efetiva implementação das ferramentas tecnológicas, indicando os servidores e profissionais responsáveis”;
- e) manter controle estatístico, com envio semestral de informações, quanto à aplicação dos precedentes qualificados previstos no BNP.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, sendo o responsável pela gestão do Banco, comprometeu-se a:

- a) fomentar a permanente sinergia com os tribunais superiores;
- b) divulgar, por meio de sua Assessoria de Comunicação, a assinatura do presente acordo de cooperação, bem como a sua efetiva implementação, noticiando-a aos demais tribunais;
- c) disponibilizar aos tribunais amplo acesso às informações estruturadas constantes do BNP por meio da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br);
- d) possibilitar, na pesquisa textual de precedentes, a utilização de conectivos de pesquisa semelhantes aos adotados pelo Supremo Tribunal Federal e pelos tribunais superiores, permitindo recuperação assertiva e padronizada nacionalmente de informações sobre os precedentes;
- e) apresentar, na pesquisa estatística de dados decorrentes dos precedentes, informações para toda a comunidade jurídica, separada em painéis específicos, com informações sobre o tema e a classe;
- f) agregar ao BNP, oportunamente, ferramenta que permita a identificação e tratamento em lote dos processos aos quais os precedentes se apliquem.

Assim, foi estabelecido um Plano de Trabalho, baseado na execução de um cronograma, visando cumprir seis metas ali fixadas:

- 1) Fomento da sinergia com o STF e demais Tribunais Superiores, bem como divulgação, por meio da Assessoria

de Comunicação do CNJ, da assinatura do acordo de cooperação.

2) Encaminhamento ao CNJ, no prazo instituído pela Resolução CNJ nº 444/2022, de plano de ação para a efetiva implementação das ferramentas tecnológicas, com a indicação dos servidores e profissionais responsáveis.

3) Implantação, no prazo instituído pela Resolução CNJ nº 444/2022, das ferramentas tecnológicas necessárias para a alimentação do BNP, e manutenção de controle estatístico, com envio semestral de informações, quanto à aplicação dos precedentes qualificados previstos no BNP.

4) Alimentação do BNP com a padronização e as informações previstas nos atos publicados pela Presidência do CNJ, zelando pela criação de grupo de representativos (GR) para permitir a padronização, a organização e o controle dos recursos representativos da controvérsia.

5) Disponibilização aos tribunais de amplo acesso às informações estruturadas constantes do BNP por meio da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br), com a possibilidade, na pesquisa textual de precedentes, da utilização de conectivos de pesquisa semelhantes aos adotados pelo Supremo Tribunal Federal e pelos tribunais superiores, permitindo recuperação assertiva e padronizada nacionalmente de informações sobre os precedentes, bem como a apresentação, na pesquisa estatística de dados decorrentes dos precedentes, de informações para toda a comunidade jurídica, separada em painéis específicos, com informações sobre o tema e a classe.

6) Incorporação ao BNP de ferramenta que permita a identificação e tratamento em lote dos processos aos quais os precedentes se apliquem.

Conforme aponta a justificativa do Plano de Trabalho, trata-se de iniciativa que vela pelo cumprimento, não só, dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, mas, também, da isonomia e da duração razoável do processo, insculpidas no art. 5º, *caput* e LXXVIII, da Constituição da República, além de seu art. 37, estabelecendo a eficiência como primado da atuação de todo o Poder Público, inclusive do Poder Judiciário, no exercício de suas funções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ambos os temas – o sistema de precedentes e o primado da segurança jurídica – representam preocupações seculares para a doutrina de Processo Civil. Nessa esteira, até poderíamos ter discutido sobre a depuração da *ratio decidendi*, as técnicas de *distinguishing* e *overruling* ou sobre a experiência de um *stare decisis* à brasileira. Entretanto, o recorte sobre Banco Nacional de Precedentes é um chamado à realidade. Realidade essa, marcada pelas assimetrias tecnológicas e informacionais.

Retomamos, pois, a esperança em virtude dos resultados das políticas judiciárias. O fluxo de dados e a rede de servidores necessários para manter o Banco Nacional de Precedentes representa *per se* uma ação de governança.

Posto de outro modo, a iniciativa é uma situação *win-win*: para os Tribunais-parceiros, os esforços que os venham a despender, durante a implementação ou a manutenção de sistemas, são compensados pelos ganhos organizacionais; para o Conselho Nacional de Justiça, o investimento de TI e os custos de coordenação são superados pelos benefícios em termos de informações gerenciais.

A Resolução n 444/2022, do Conselho Nacional de Justiça, estabelece proposta arrojada, porém exequível. Mais do que isso, o Banco Nacional de Precedentes está em sintonia com um dos macrodesafios que o Conselho Nacional de Justiça endereçará nos próximos 4 anos, a “consolidação dos sistemas de precedentes obrigatórios”.

Portanto, são inúmeros os benefícios dessa iniciativa, que a um só tempo:

- 1) fortalece a segurança jurídica ao velar pela isonomia: afinal, se todos são iguais perante a lei, todos têm que ser iguais perante a jurisprudência;
- 2) democratiza o acesso à justiça, porquanto a consulta unificada permite aos **advogados** e **jurisdicionados** acessarem uma amostragem maior, em menos tempo;
- 3) insere-se no escopo de digitalização dos procedimentos judiciais, de modo que a centralização e a organização dos

dados textuais de milhares de decisões judiciais em um único banco viabilizarão a análise de *big data* e o aprendizado de máquina (*machine learning*), por exemplo;

- 4) tem potencial para aumentar significativamente a eficiência da prestação jurisdicional, à medida que as práticas de respeito aos precedentes por juízes e advogados fornecem parâmetros às decisões judiciais e criam incentivos para a realização de acordos, contribuindo para mitigar o abarrotamento do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o Banco Nacional de Precedentes demonstra-se um indispensável instrumento no diálogo institucional entre o Conselho Nacional de Justiça, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais superiores, para consolidar, no Brasil, a cultura de precedentes.

Essa cultura, consoante já afirmado, só poderá ser consolidada por meio da implementação de instrumentos, como o BNP, visando dar cumprimento à necessidade de gestão eficiente dos precedentes, iniciativa compreendida tanto no saldo quantitativo, por meio da gestão de massa, quanto no saldo qualitativo, na gestão de acervo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**: exposição de motivos anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 jul. 2024.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 jul. 2024.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016.** Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2312>. Acesso em: 31 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 444, de 25 de fevereiro de 2022.** Institui o Banco Nacional de Precedentes (BNP) para consulta e divulgação por órgãos e pelo público em geral de precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais listados no art. 927 do Código de Processo Civil em todas as suas fases processuais. Brasília, DF: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4415>. Acesso em: 31 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 335 de 29 de setembro de 2020.** Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>. Acesso em: 31 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Termo de Cooperação Técnica n. 020/2022.** Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Superior Tribunal Militar (STM), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST), para os fins que especifica. Brasília, DF: CNJ, [2024]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/tcot-020-2022.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024.

CRAIL, Chauncey; WATTS, Rob; HASKINS, Jane. Why incorporate in Delaware?: benefits & considerations. **Forbes Advisor**, 15 fev. 2024. Disponível em: <https://abrir.link/HIfjx>. Acesso em: 31 jul. 2024

FUX, Luiz; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; FUX, Rodrigo. Sistema brasileiro de precedentes: principais características e desafios. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 23. n. 3, p. 221–237, set./ dez. 2022.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 19, n. 2, p. 249, 1976.

SOBRE O PODER-DEVER DE AGIR E
OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA

Massami Uyeda
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SOBRE O PODER-DEVER DE AGIR E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Ministro Massami Uyeda¹

Com alguma frequência a expressão “Poder-Dever de Agir” tem surgido em textos e arrazoados jurídicos e, não poucas vezes, a compreensão de seu significado tem, devido ao desconhecimento dos princípios que norteiam a Administração, sido distorcida.

A origem desta distorção de entendimento pode ser encontrada na circunstância de se confundir poder discricionário com poder arbitrário.

Discricionariedade e arbítrio são conceitos inteiramente distintos.

Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.

Já arbítrio é ação contrária ou excedente à lei.

No linguajar comum, fala-se em arbítrio com o sentido de discricionariedade e, em discricionário com o sentido de arbítrio.

Esta confusão conceitual irradia-se, também, ao significado da expressão “Poder-Dever de Agir”, quando se diz que a condição volitiva, a vontade, a faculdade de atuação do Agente Público é o ponto de partida

¹ Advogado, Mestre e Doutor em Direito (USP); Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

da atuação administrativa, não se olvidando, contudo, que a vontade do Agente há de estar atrelada ao interesse público e não ao seu interesse pessoal.

Na realidade, o “Poder-Dever de Agir” consubstancia a reta, a adequada, a necessária atuação do agente público no trato administrativo, objetivando o interesse público.

E não se circunscreve apenas à voluntariedade do agente em atuar, como se pudesse agir segundo inclinações ou preferências pessoais.

O “Poder-Dever de Agir” decorre do princípio da responsabilidade, e que no dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

é o dever de responder pelo injusto praticado, é tão antigo quanto o próprio Direito. Desde as mais primitivas comunidades, já se procurava identificar o violador das normas para aplicar-lhe sanções. No Direito Público estruturado, a responsabilidade é pedra angular do sistema, porque, se todos devem responder por seus atos, com muito maiores razões, deve fazê-lo o Estado, até mesmo por ser responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, dever este extensivo a seus agentes, que livremente assumem o múnus de executar as várias e distintas funções que essa mesma ordem jurídica se lhe impõe. (*ut* O Direito Administrativo do Século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva – *in* A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional- nº 45, pag.23 – jul/set.2021)

Ao se fazer a escansão da expressão “Poder-Dever de Agir”, verificam-se presentes os dois poderes administrativos que a Administração Pública, segundo a liberdade para a prática de atos administrativos, utiliza para a consecução do interesse público: o poder vinculado e o poder discricionário.

Em outras palavras, o fim legal é sempre o termo a ser culminado pela lei e deve ser o alvo da atuação do agente administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Melo bem assinala:

Cada poder – que uma competência administrativa exprime – nada mais é que a face reversa do dever específico de implementar certa finalidade legal (*in* O desvio de poder – RDA 172, 1-19, 1978).

E arremata:

Com efeito, discricionariedade e apreciação subjetiva caminham *'pari passu'*. A vinculação surge quando ocorre objetiva subsunção entre a hipótese prevista na lei e o caso concreto. Ora, sendo materialmente impossível a previsão exata de todos os casos e tendo-se em conta o caráter de generalidade própria da lei, decorre que à Administração restarão, em inúmeras ocasiões, a faculdade e o dever de apreciar discricionariamente as situações vertentes, precisamente para implementar a finalidade legal a que está jungida pelo princípio da legalidade. O fim legal é sempre o termo a ser atingido pela lei. O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública traduz situação de 'dever' em que se encontra a Administração direta ou indireta em face da lei. O interesse público, fixado por via legal, não está à disposição do administrador, sujeito à vontade deste, pelo contrário, apresenta-se para ele, sob a forma de comando (*In* O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. Revista de Direito Administrativo, 89, p. 8–33).

Já em estudo anterior havíamos assinalado que na clássica concepção de Montesquieu o Estado atua sob a égide da tripartição dos Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, cada qual desempenhando competências preponderantemente precípuas e exclusivas, nas respectivas áreas de sua competência: o Legislativo, na elaboração da lei; o Executivo, na execução e aplicação da lei, em caráter geral; e o Judiciário, na especialização e aplicação da lei, em caso concreto.

O desempenho de tais tarefas precípuas e exclusivas, no âmbito da competência de cada qual dos Poderes constitui assim chamada competência formal, e é certo que, residualmente, todos os três poderes exercem a competência material, em matéria administrativa.

Para o desempenho e a atuação da competência material, em matéria administrativa, o ordenamento jurídico dota o administrador público de poderes para sua prática. Estes poderes administrativos, que não se confundem com os Poderes de Estado, são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização de tarefas administrativas, a ponto de serem considerados poderes administrativos instrumentais.

O ordenamento jurídico confere poderes administrativos ao administrador para que, no desempenho da gestão administrativa, possa praticar atos administrativos, os quais são, fundamentalmente, atos jurídicos informados pela finalidade pública, podendo-se conceituar ato administrativo, na lição de Hely Lopes Meirelles, como

toda manifestação 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 si própria (Meirelles, 2016, 173).

O plexo de poderes administrativos outorgados pelo ordenamento jurídico ao administrador público, para que possa praticar atos administrativos, deriva da lei.

É o princípio da legalidade que informa toda a atuação da Administração Pública, e sua dicção constitucional se encontra no art. 37, *caput*, *in verbis*:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

E a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II, consagra o princípio da legalidade, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

A higidez e a eficácia do ato administrativo hão de observar a existência de cinco requisitos necessários à sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Ausente qualquer um destes elementos, o ato não se aperfeiçoa e não terá condições de eficácia.

Este exercício rememorativo de conceitos básicos e essenciais se justifica para possibilitar melhor compreensão sobre o exercício da discricionariedade administrativa que, não poucas vezes, tem gerado equívocos, seja quando de sua aplicação, seja quando de sua interpretação.

Assim, sob o prisma da liberdade de atuação o administrador público pratica atos vinculados e atos discricionários.

Atos vinculados são aqueles que têm seus requisitos e condições de sua realização previamente traçados na lei. Pouca ou quase nenhuma liberdade de atuação se reserva ao administrador público para sua execução.

Na hipótese de ato vinculado, todo o arcabouço volitivo de sua edição já está previamente traçado na lei.

É dizer, no ato vinculado a lei específica que o agente público, ao praticá-lo, observe os requisitos por ela expressos como da essência do ato, em todas as suas minúcias. Se as omitir ou as diversificar, seja com relação à finalidade, seja com relação aos motivos, ou não obedecer à forma prescrita ou ser praticado por agente incompetente, o ato administrativo será inexistente, nulo ou anulável, segundo a intensidade da perturbação verificada em sua formação.

A edição de um ato administrativo pressupõe a existência lícita de vontade, emanada de autoridade especialmente autorizada, em lei própria, para sua prática. E nisto consiste o requisito da competência, que é a quantidade de poder que a lei confere ao agente público para a prática do ato.

O resultado visado pelo agente constitui o objeto do ato administrativo e, despidendo dizer, deve ser lícito.

No ato administrativo vinculado, o objeto estará predeterminado na norma legal.

Na estrutura do ato administrativo, os motivos objetivam a realização do fim pretendido pelo agente e, por curial, hão de guardar consonância com o interesse público.

O motivo e a finalidade do ato administrativo são condições intrínsecas de sua legalidade. Para que o ato administrativo seja válido e eficaz, há de observar formalidades extrínsecas exigida na lei, consistente na forma que deve revestir.

A forma escrita do ato administrativo é o seu revestimento material e, por meio dela, torna transparente a atuação administrativa, alcançando-se assim a necessária publicidade, elemento necessário para que se possibilite sua fiscalização.

No ato administrativo podem-se considerar elementos de legalidade externa ou objetiva a competência, a forma e o objeto lícito, e, como, elementos de legalidade interna ou subjetiva, o motivo e o fim.

Multifacetárias e dinâmicas são as necessidades do corpo social, e o seu atendimento pela Administração Pública nem sempre tem o seu contorno definido em lei.

Se a gestão e a atuação da Administração Pública depender de leis específicas para o seu desempenho usual e rotineiro, leis que delimitem o exercício cotidiano da Administração Pública, tal exigência paralisaria a adequada atividade administrativa. Além do que o Legislativo assumiria as atribuições do Executivo.

Quid inde? Como solucionar tais situações?

O sempre festejado Professor Caio Tácito bem expressou o conceito do poder discricionário, do qual o ato discricionário é sua emanção, o prelecionar:

A ação administrativa do Estado desdobra-se dentro dos quadros legais estabelecidos. A Iniciativa da administração depende, primariamente, de uma regra de competência que autorize o agente a executar determinados atos no sentido do bem comum. Esta subordinação não significa, porém, que à administração esteja vedada uma certa latitude de apreciação dos fatos e soluções, independente de uma predeterminação legal. À medida que se amplia o campo de ingerência do Estado, voltado cada dia mais a novas tarefas sociais, torna-se imperativo fornecer-lhe os meios materiais de eficiência e presteza. A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, se multiplica em aspectos articulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos de lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a administração de maleabilidade de métodos e caminhos para atender-lhe aos reclamos imperativos e díspares (Tácito, 1975, p.63).

Esta liberdade de se optar por critério de conveniência e oportunidade para a edição do ato administrativo não quer significar, contudo, que se possa atuar ao largo e distante do critério de legalidade.

Não, tal não significa atuar fora da legalidade, porquanto o fim colimado há de ser sempre a finalidade pública.

É dizer, a discricção administrativa, que possibilita ao administrador atuar com liberdade de escolha, segundo o critério de conveniência e oportunidade, devendo observar os requisitos de competência, forma e finalidade.

Dessa forma, quando a lei estabelece, expressamente, a forma de realização do ato, cessa a esfera discricionária e está-se diante de um ato vinculado.

No ato discricionário não há a particularização da conduta administrativa, possibilitando-se ao administrador a escolha por opções alternativas.

Na realidade, não há, rigorosamente, um ato puramente vinculado ou um ato totalmente discricionário. O que há é a predominância de nuances do atuar administrativo, dado a que, fundamentalmente, todos eles devem conformação ao princípio da legalidade e à observância à finalidade pública.

O ato discricionário não deve ser confundido com ato arbitrário, porquanto discricionarieidade e arbitrariedade são comportamentos e atitudes inteiramente diversos.

Discricionarieidade é atuar o agente administrativo com liberdade de ação, observando-se os limites estabelecidos pela lei. Já arbitrariedade é atuar o agente administrativo contrariamente ao estabelecido pela lei.

Sinteticamente, pode-se dizer: discricionarieidade administrativa guarda conformidade com a lei; arbitrariedade administrativa é atitude e comportamento contra a lei.

É necessário ressaltar esta diferença porque, não raras vezes, por desconhecimento técnico utilizam-se estes vocábulos de forma contraditória.

É dizer, fala-se discricionário com sentido de arbitrário, e fala-se arbitrário com sentido de discricionário.

Na estrutura do ato administrativo, para que se o legitime como válido, hígido e eficaz, deve-se observar ser competente o seu agente. Ou seja, deve estar dotado de competência legal para sua prática; deve obedecer a forma legal para sua realização, resguardando-se sua transparência e publicidade; e deve atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o atendimento ao interesse público.

O motivo ou a causa do ato administrativo que, no caso do ato vinculado, já se encontra delineado na lei, no ato discricionário, fica reservado à sua prudente discricionariedade, facultando-se ao administrador público a conveniência e a oportunidade de sua edição.

Por motivo ou causa do ato administrativo, entenda-se a situação de fato ou de direito que determina ou autoriza sua realização. É o elemento subjacente à necessidade da edição do ato administrativo.

Em seu clássico *Direito Administrativo*, edição de 1975, o Professor Caio Tácito já anotava:

Acentua-se, aliás, modernamente, a tendência legislativa de estabelecer a motivação obrigatória dos atos administrativos, de modo a possibilitar a sindicância de sua materialidade. A doutrina e a jurisprudência, sobretudo na França e na Itália, têm contribuído também para criação desse sistema, por força da anulação de atos pela ausência de explicitação dos motivos (Tácito, 1975, p.69/70).

O vaticínio do Professor Caio Tácito concretizou-se com o advento da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que instituiu o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, com vários princípios constitucionais nela inseridos, tornando-se cânones legais de observância geral, inclusive para os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa (ou seja, quando exercem competência, em matéria administrativa, como ressaltado no início deste artigo).

O artigo 2º, da Lei n. 9.784/99 dispõe:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Embora a Lei n. 9.784/99 tenha por objeto disciplinar o procedimento administrativo, seus dispositivos são aplicáveis aos atos da Administração Pública, daí a grande importância para a exegese da discricionariedade na gestão e execução administrativa.

A Lei n. 9.784/99, em seu Capítulo XII, introduziu a necessidade de motivação dos atos administrativos. E em seu artigo 50, elencou hipóteses em que a motivação se faz necessária.

Vejam, *in verbis*:

Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem ou limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou de seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º - A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º - Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º - A motivação das decisões dos órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou do termo escrito.

A Lei n. 9.784/99 abrange a categoria dos atos administrativos, nos quais se reserva ao agente público a prudente discricionariedade quanto à conveniência e oportunidade para sua edição, contudo tornou obrigatória

a explicitação de seu motivo ou causa, bem como sua motivação, que é a exposição ou indicação por escrito dos fatos e fundamentos jurídicos do ato.

O princípio da motivação, no dizer da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos (PIETRO, 2018, p.149).

A teoria dos motivos determinantes do ato administrativo ganhou força legal, erigindo-se como condição de validade do ato, ao dispor que uma vez explicitados seu motivo e sua motivação o agente administrativo deve editar o ato compatível com o resultado pretendido.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 141.925/DF, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, datado de 14 de abril de 2010, assim decidiu:

Habeas Corpus. Portaria do Ministro de Estado da Justiça, determinando a expulsão de estrangeiro do território nacional, em razão de sua condenação à pena privativa de liberdade. Inexistência de fundamento. Aplicação da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato administrativo, ainda que discricionário, vincula-se aos motivos apresentados pela Administração. Invalidez da Portaria. Ordem concedida.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança n. 15.290/DF, relator Ministro Castro Meira, em 26 de outubro de 2011, assim decidiu:

2. Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de

legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela Administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido....⁴. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade se transfigure em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

Como assinalou o festejado Professor Hely Lopes Meirelles, na seara da aplicação de penalidades disciplinares, quando a lei prevê diversas penalidades para uma infração, o poder discricionário da Administração manifesta-se na escolha da penalidade que entender adequada ao caso ocorrente, dentre as enumeradas no texto. Mas se a lei indica o processo de apuração dessas infrações, não pode a autoridade usar de outro meio de verificação, nem modificar o que está indicado.

Na aplicação de penalidade sua faculdade é discricionária, mas deve observar “as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade”, como assinado pelo Ministro Eros Grau, no RMS n. 24.699/DF, *in* RTJ 195/69 (Meirelles, 206, p.195).

Oportunas e bem colocadas são as observações formuladas pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar a interpretação jurisdicional sobre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade ínsitos na edição dos atos administrativos, ao assinalar:

A jurisprudência brasileira tem, embora de forma ainda modesta, incorporado esse princípio, especialmente em matéria de sanções disciplinares e de polícia. Às vezes até exorbitando de seu poder, ao reduzir as penalidades aplicadas, em vez de simplesmente decretar sua nulidade. Exemplo de decisões deste tipo encontram-se *in* RT 318/256 e 3 221; 454/162; 401/269 e 409/262. Evidentemente, erra o Judiciário ao substituir uma penalidade por outra, porque invade área de competência da Administração Pública; mas acerta ao reconhecer os excessos desta última, quando ela aplica sanções desproporcionais ou inadequadas em relação às infrações praticadas; isso ocorre especialmente no caso de penas pecuniárias, que devem ser fixadas em limites razoáveis, de modo a não assumir caráter confiscatório,

nem onerar excessivamente a atividade exercida lícitamente. Mas, evidentemente, não é só nessas matérias que se aplica o princípio (Pietro, 2001, p.202).

A pedra de toque da discricionariedade administrativa, no referente aos aspectos internos da edição do ato administrativo, consistentes no seu motivo e na sua motivação, bem como na adequação dos motivos determinantes, passa pela constatação da existência da razoabilidade e proporcionalidade em sua edição. Isso porque, como acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins a que ela tem de alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem mostrar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* RDA 65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (Pietro, 2001, p.201).

O “Poder-Dever de Agir”, no âmbito do Direito Público, há de ser compreendido como a chave de ignição da atuação administrativa:

O agente competente para a edição do ato tem sua competência vinculada à lei, ou seja, é o agente a quem a lei outorga poderes para a prática do ato. E, sendo o agente competente, com suas atribuições definidas em lei, é ele quem pode agir, em atendimento ao interesse público.

E esta atuação, decorrente do poder de agir, deve conformação ao princípio da legalidade, e, sendo assim, consubstancia o dever de agir.

O “Poder-Dever de Agir”, portanto, não significa legitimar o agente competente à inércia, a submeter o interesse público à conveniência

ou adequação aos interesses pessoais do agente, mas, sim, capacitá-lo a agir para se atender ao interesse público.

No Direito Administrativo, assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

a responsabilidade geral de agir segundo o comando da lei e do Direito, se acresce a correlata responsabilidade específica de não deixar de agir, existindo, assim, para cada específica manifestação do poder de agir, um correlato dever de agir. Como elegantemente sintetiza Hely Lopes Meirelles, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público, o poder de agir é uma imposição, é um dever para o agente que o detém. É um poder-dever (id. *Ib.*, pag.23).

O exercício do poder vinculado e do poder discricionário e os limites da discricionariedade administrativa, bem como o assim chamado “Poder-Dever de Agir” tem sido um dos mais instigantes temas de estudo do Direito Administrativo a desafiar a doutrina e a jurisprudência.

REFERÊNCIAS

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 89, p. 8-33, jul./ set. 1967.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1-19, abr./ jun. 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, v. 11, n. 45, p. 13-37, jul./ set. 2011.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

FERIADOS NACIONAIS E LOCAIS

Sidnei Beneti
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

FERIADOS NACIONAIS E LOCAIS

Ministro Sidnei Beneti¹

Sumário: 1. Velho problema. 2. Leis esparsas dos feriados nacionais gerais. 3. Feriados da Justiça Federal, Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunais Superiores. 4. Disparidade entre a Justiça Estadual, Federal e Tribunais Superiores. 5. Feriados Estaduais, Municipais e demais dias sem expediente forense. 6. Comprovação documental de feriados locais no ato da interposição de recursos para Tribunais Superiores. 7. Harmonização de feriados na Justiça Estadual, Federal e Tribunais Superiores. 8. Feriados locais e dias de expediente forense prejudicado. 9. Justificativa de alteração legal. 10. Sugestão de alteração do artigo 216 do Código de Processo Civil. 11. Dificuldades da matéria.

1. VELHO PROBLEMA

Lembro-me de frase que ouvi na Faculdade de Direito: “O advogado pode perder causas, mas não perde prazos”! Naqueles tempos

¹ Ministro Aposentado do STJ; Livre-docente de Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP; Professor Emérito de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – SP; Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual; Ex-Presidente e Presidente Honorário da União Internacional de Magistrados i IAJ-UIM (Roma). São Paulo, 9.11.2023.

pré-informáticos, nos escritórios, os prazos eram anotados em agendas, em papeizinhos colocados nos bolsos e nos porta-moedas, nos calendários e listas afixadas nas paredes, por vezes nas mais reservadas. E sempre contados a menor, com uns dias de antecedência.

O controle de prazos, contudo, às vezes encerrava surpresas e ciladas. O atraso da chegada do Diário Oficial impresso aos Escritórios, problema maior nas Comarcas do Interior, e no envio ou recebimento de recortes de intimações constituíam espectro a assombrar dias e noites de advogados e partes.

O problema persiste nos tempos atuais, em que intimações chegam por *E-mails* e por vezes se antecipam por *Whatsapp* – que certamente, não tardará muito, serão obsoletos, e, em imagem de *science fiction*, quiçá substituídos por *Chips* implantados no corpo dos profissionais do direito quando da formatura na Faculdade....

Uma das ciladas atuais mais perversas consiste na ciência de dias *feriados* – termo aqui tomado no sentido *latíssimo*, abrangendo dia em que por qualquer motivo não funcione o fórum ou o tribunal, como os “dias de eleições gerais”, “dia da Justiça”, “dia de Nossa senhora Aparecida”, “feriados religiosos” ou “dias de guarda” – em síntese, “os dias em que não haja expediente forense” (CPC, art. 216), ou seja, os dias “não-úteis”, em que o Fórum não funcione, ou em que o expediente seja suspenso, de modo a não correrem prazos (CPC, art. 219).

O risco de erro quanto a se considerar “dia útil” ou “não-útil” agrava-se diante da regra da contagem do prazo por dias úteis (CPC, art. 219), o que pressupõe saber se, durante o curso do prazo, por vezes longo, realmente todos os dias do transcurso foram realmente úteis ou não-úteis, podendo a consideração errada de um dia como não-útil ser fatal para a tempestividade.

2. LEIS ESPARSAS DOS FERIADOS NACIONAIS GERAIS

Fora do Código de Processo Civil, algumas leis estabelecem os dias de feriados nacionais, portanto sem expediente forense (dias não-úteis):

- 1ª) Lei n. 662, de 6.4.1949: dias 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 2 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro;
- 2ª) Lei n. 1.408, de 9.8.1951: dia 8 de dezembro (“Dia da Justiça”, Dec.-Lei 8.292, de 5.12.1945), “Terça-feira de Carnaval”, ‘Sexta-feira Santa’;
- 3ª) Lei n. 4.737, de 15.8.1965, art. 380: dias de “eleições de data fixada pela Constituição Federal”;
- 4ª) Lei n. 6.802, de 30.6.1980, art. 1º: dia 12 de outubro, Nossa Senhora Aparecida;
- 5ª) Lei n. 9.093, de 12.9.1995, art. 1º: “data magna do Estado fixada em Lei Estadual e “os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal”;
- 6ª) Lei n. 9.093, de 12.9.1995, art. 2º: “São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão”.

Observe-se que, embora não sejam feriados legais, não corre prazo “nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive” (CPC, art. 220).

3. FERIADOS DA JUSTIÇA FEDERAL, JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E TRIBUNAIS SUPERIORES

No âmbito da Justiça Federal, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunais Superiores, reduz-se em alguns dias o risco de erro na contagem em geral dos prazos processuais, ante a expressa disposição legal constante da Lei de Organização da Justiça Federal.

Com efeito, dispõe o art. 62 da Lei n. 5.010, de 30.05.1966 (com a redação da Lei n. 6.741, de 5.12.1979), que: “além dos fixados em lei, serão feriados na Justiça Federal, Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunais Superiores:

- I – os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive;

II – os dias da Semana Santa, compreendidos entre a quarta-feira e o domingo de Páscoa;

III – os dias de segunda e terça-feira de Carnaval;

IV – os dias 11 de agosto, 1^a e 2 de novembro e 8 de dezembro.

4. DISPARIDADE ENTRE A JUSTIÇA ESTADUAL, FEDERAL E TRIBUNAIS SUPERIORES

Considere-se que, na Justiça Estadual, não são dias feriados todos os previstos para o âmbito federal, isto é, “os dias de segunda e terça-feira de Carnaval”, que constam como feriados por força da Lei de Organização da Justiça Federal, mas são dias úteis na Justiça Estadual, o que implica diferença de tratamento, geradora de grande quantidade de equívocos conducentes à intempestividade de recursos nos Tribunais Superiores, como já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Os feriados de segunda e terça-feira de Carnaval, assim previstos nas Leis Federais 5.010/66 e 11.697/2006, aplicam-se, restritivamente, à Justiça Federal e ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDT), respectivamente. É obrigatória a comprovação de feriado local no ato da interposição do recursos, sob pena de não conhecimento por intempestividade. No mesmo sentido: STJ-3^a T, Ag em REsp 1.098.319-AgInt. Min. Moura Ribeiro, j. 12.12.17, DJ 2.2.8.²

Assim, nos órgãos judiciários federais são feriados a segunda e a terça-feira de Carnaval, ao passo que, na Justiça Estadual, são dias-úteis, neles correndo, portanto, prazos, o que muitas vezes surpreendem e tornam intempestivos recursos e manifestações processuais em geral.

5. FERIADOS ESTADUAIS, MUNICIPAIS E DEMAIS DIAS SEM EXPEDIENTE FORENSE

Feriados estaduais e municipais constam das respectivas legislações, as quais, evidentemente, diferem de Estado para Estado e de

² NEGRÃO, Theotônio (org.). **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 972.

Município para Município, perfazendo, todas, relevante somatória de dias sem expediente forense.

Advogados locais, ou seja, militantes em cada uma das unidades federativas, naturalmente conhecem as datas em que não há expediente forense no âmbito da própria atuação profissional. Para advogados de fora, contudo, não se trata de evidência fácil, de modo que podem perder prazos. Ademais, o conhecimento dessas datas não raro é dificultoso para os próprios integrantes de tribunais estaduais, regionais federais e superiores.

Complicado torna-se o conhecimento de dias não-úteis, instituídos por normas estaduais e municipais, por profissionais atuantes no âmbito dos Tribunais Superiores, para os quais confluem petições e recursos de todas as unidades federativas – estaduais ou municipais, tanto da Justiça Estadual quanto Federal.

6. COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DE FERIADOS LOCAIS NO ATO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS PARA TRIBUNAIS SUPERIORES

Formou-se orientação no sentido da exigência de comprovação documental dos dias não-úteis, no ato da interposição de Recurso Especial ou Extraordinário.³ Surgiram, é certo, julgados com orientação discrepante, os quais, contudo, se tornaram superados diante da vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, a orientação estrita revigorou-se ante o disposto no art. 1.003, § 6º, do Código de Processo Civil de 2015, que claramente preceitua: “O recorrente provará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”.

A questão prestou-se a dissensão de relevo no Superior Tribunal de Justiça, mas a orientação que se tornou definitiva, em julgamento

³ “Incumbe ao recorrente, no momento da interposição do recurso, o ônus da apresentação de elementos suficientes, incontestáveis, que demonstrem sua tempestividade, sendo impossível fazê-lo quando os autos já se encontrarem neste tribunal. Precedentes” (STF, RE 536.881, AgRg/MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, jul. 08.10.2008, DJe 12.12.2008)”, cf. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo código de processo civil anotado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1198).

final da Corte Especial, segue estritamente o texto da lei, conforme voto prevaemente proferido pela E. Ministra Nancy Andrichi, no sentido de que o Código de Processo Civil de 2015 regulou expressamente a matéria, tornando-se, portanto, superada orientação anterior, do tempo do Código de Processo Civil de 1973.

Como anotado na obra de Theotônio Negrão e outros:

Para a comprovação de feriado estadual ou municipal, é imprescindível a juntada de uma certidão do cartório local ou documento idôneo afastando não ter havido experiente forense” (STJ-5ª T. AI 505.860-AgRg. Minª. Laurita Vaz, j. 9.9.03, DJU 6.10.03). Em sentido semelhante: STJ 4ª T., Ag 16.485-0-AgRg. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 22.9.92, DJU 26.10.92 (NEGRÃO, Theotônio, et alii, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 52ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 312). “Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/15: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada” (STJ-Corte Especial, Ag em REsp 957.821-AgInt. Min. Nancy Andrichi, j. 20.11.17, maioria, DJ 19.12.17)⁴.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, comentando referido julgado, explicitam o debate e a conclusão havidos no julgamento que consolidou a orientação de aplicação *ipsis litteris* do art. 1003, § 6º, do Código de Processo Civil:

Comprovação de feriado local deve ser feita no ato da interposição do recurso. Regra do CPC 1003, § 6º que suplanta a do CPC 932 parágrafo único. Conforme decidiu a CE, a falta de comprovação de feriado local é insanável e conduz à intempestividade do recurso. Pretendia-se, no caso, decidir qual interpretação deveria ser dada ao CPC

⁴ NEGRÃO, Theotônio (org.). **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 972.

1029 § 3º, nos casos em que a contagem do prazo é afetada pela existência do feriado local. A letra do CPC 1029 § 3º, autoriza o STJ a desconsiderar vício formal de um recurso intempestivo ou determinar sua correção, bastando, para tanto, que não o considere grave. Vencido o Min. Raul Araújo, o relator, que apontava para a possibilidade de corrigir vício dessa ordem, em reverência ao próprio CPC, que privilegia a resolução do mérito, Para Raul Araújo, é necessário oportunizar à parte prazo para correção do vício formal *a posteriori*, em vista da aplicação do próprio CPC 932 parágrafo. único. Segundo entendeu a Min. Nancy Andrichi, o CPC, ao contrário do revogado, exige, expressamente, a comprovação de feriado local no ato da interposição de recurso (CPC 1003, § 6º), de modo que cria uma exceção à regra geral de que os julgadores podem autorizar a correção (d)os vícios que não sejam graves. Por m.v., a tese divergente prevaleceu (STJ, Corte Especial, AREsp 957821, MS, Rel. Min. Raul Araújo, j. 20.11.2017, DJUe 19.12.2001.⁵

Quanto a feriados locais, regidos por normas de cada um dos Estados ou Municípios, essas datas, por mutáveis, podem não ser evidentes para advogados de Estados ou Comarcas diversas e mesmo para julgadores e intervenientes participantes de Tribunais Superiores, de modo que daí decorre a incontornável necessidade de documentação.

Assinale-se que se a comprovação documental fosse admissível quando já ingressado o recurso no Tribunal Superior, estaria aberto ao recorrente astucioso larga via de hibernação maliciosa de motivo de procrastinação, via diligência sujeita a várias espécies de percalços, naturais ou provocados.

Quanto aos feriados da segunda e da terça-feira de Carnaval, todavia, instituídos por lei para a Justiça Federal, Distrito Federal e Territórios e Tribunais Superiores, até que se poderia construir interpretação extensiva

⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo civil comentado**. 20. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 2232-2233.

à Justiça Estadual da legislação específica regente da Justiça Federal – o que tem sido, entretanto, recusado por muito firme interpretação estrita, dada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em suma: tanto feriados locais decretados por Estados e Municípios, quanto a segunda-feira e a terça-feira de Carnaval, como, ainda, dias sem expediente forense local, devido a determinações de não funcionamento ou encerramento prematura dos trabalhos forenses, restam sob a obrigatoriedade de comprovação, no ato da interposição dos recursos para os Tribunais Superiores.

7. HARMONIZAÇÃO DE FERIADOS NA JUSTIÇA ESTADUAL, FEDERAL E TRIBUNAIS SUPERIORES

A harmonização, por lei, do tratamento dos dias feriados pela Justiça Estadual e a Justiça Federal, Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunais Superiores traria por si só congruência ao sistema de prazos processuais.

Não faz sentido o tratamento diverso dos dias de segunda e terça-feira de Carnaval, como dias úteis, portanto, correndo prazos, na Justiça Estadual, e feriados, isto é, não correndo prazos, na Justiça Federal.

Simple texto de lei dispendo pela aplicabilidade à Justiça Estadual do sistema relativo à Justiça Federal, Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunais Superiores, viria a evitar o surgimento de vários equívocos na contagem dos prazos, constatados no dia a dia judiciário.

8. FERIADOS LOCAIS E DIAS DE EXPEDIENTE FORENSE PREJUDICADO

Para dias feriados locais, todavia, impossível a previsão estrita, *numerus clausus*, de datas, em virtude de particulares fatos históricos ou situações determinadoras de feriados em razão de efemérides e dias santificados ou de guarda, fixados em função de eventos históricos de cada Estado ou Município.

Também dias em que, devido a vicissitudes que podem ocorrer no respectivo âmbito local – como inundações, queda de pontes, incêndios, ações delinqüenciais – e tantas outras, haja suspensão total ou parcial do expediente forense.

A solução é desautorizar o conhecimento *ex-officio* da eventual intempestividade e reservá-la à alegação de uma das partes ou intervenientes no processo, pondo-se a matéria sob o contraditório, com a ouvida do autor da peça processual tida por intempestiva e, em seguida, julgando-se alegação de intempestividade.

Dessa maneira os Tribunais não pressuporiam, em nenhum sentido, quanto a existência ou não de expediente forense em alguma data sobre a qual paire a incerteza, e somente decidiriam se a matéria fosse transformada em questão processual, sujeita ao contraditório e à comprovação de alegações pelos interessados.

9. JUSTIFICATIVA DE ALTERAÇÃO LEGAL

Parece recomendável a propositura de um Projeto de Lei de alteração do Código de Processo Civil, para disciplina legal harmônica dos dias feriados, de qualquer natureza, e dias não-úteis, melhor regramento da contagem dos prazos processuais.

A atual necessidade de comprovação, por certidões ou documentos equivalentes, no ato da interposição de um recurso ou de oferecimento de manifestação processual, comprovatórios de feriados ou dias sem expediente forense, no tocante a cada um dos dias do sem expediente forense no decorrer do prazo recursal, constitui fator intranquilizador para o patrocínio advocatício e causa de constrangimento inclusive para julgadores, mormente quando se trate de dias praticamente notórios de não-funcionamento dos serviços forenses, como, em muitos Estados, e Municípios, a quarta-feira de Cinzas, Endoenças e Corpus Christi.

Para os Tribunais, impossível desconsiderar o desgaste na credibilidade relativamente ao litigante prejudicado, quando a omissão de julgamento do mérito ou conhecimento do recurso ocorre devido a questão formal que jamais será compreendida como justa pelo senso comum dos jurisdicionados.

Ousa-se, na oportunidade, expor sugestão legal para os percalços decorrentes da questão, por intermédio da sugestão de alteração do artigo 216 do Código de Processo Civil, como segue.

10. SUGESTÃO DE NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 216 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Sugere-se, para início de debate, a consideração a respeito de possível reforma do art. 216 do Código de Processo Civil a seguinte redação:

“**Art. 216.** Constituem feriados, para efeito forense:

I. Sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense;

II. Dia da Confraternização Universal (1º de janeiro);

III. os dias que vão da Segunda Feira de Carnaval à Quarta Feira de Cinzas e Endoenças, inclusive (datas móveis);

IV. Dias que vão da Quarta à Sexta-feira da Semana Santa, inclusive (datas móveis);

V. Tiradentes (21 de abril);

VI. Dia do Trabalho (1º de maio);

VII. Dia de Corpus Christi (data móvel);

VIII. Independência do Brasil (7 de setembro);

IX. Dia da Justiça (11 de agosto);

X. Dia de Nossa Senhora Aparecida (12 de outubro);

XI. Dia de Finados (2 de novembro);

XII. Proclamação da República (15 de novembro);

XIII. Dia da Justiça (8 de dezembro);

XIV. Dia do Natal (25 de dezembro);

XV. Dias em que não houver expediente forense, devido a disposições legais Estaduais, Municipais ou determinadas pelo respectivo Tribunal ou Juízo.

Parágrafo 1º. No caso do item XV do *caput* do presente artigo, presumem-se verdadeiras as alegações de as datas envolvidas haverem sido feriados estaduais ou municipais ou dias sem expediente forense ou de expediente forense oficialmente reduzido, salvo impugnação pela parte ou interveniente e comprovação em contrário.

Parágrafo 2º. Havendo impugnação à alegação referida no parágrafo anterior, o juízo ou Tribunal, ouvido o impugnado no prazo de 5 (cinco) dias, após consulta sumária ao sítio eletrônico ou informação direta à Presidência do tribunal de origem, decidirá.

Parágrafo 3º. Embora considerados dias úteis, não correm prazos entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro inclusive (art. 220)”.

11. DIFICULDADES DA MATÉRIA

Não se ignora que a questão, embora pareça simples, pode apresentar especiais dificuldades de regramento legal. Admite-se que a redação ora apresentada possa, ela mesma, ser aprimorada. Também se sabe que, mesmo se alterado o dispositivo legal em causa (CPC, art. 216), poderá haver controvérsias, que a criatividade prática venha a construir.

Afinal, vem dos tempos a lição de que *“fatta la legge, trovato l'inganno”*!

Mas já é hora de tentar melhor solução do que a vigente, para a contagem de prazos em dias feriados e de dias forenses não-úteis, de todas as modalidades, para a maior tranquilidade das partes, advogados e julgadores e, finalmente, para a eliminação de um dos desvãos processuais geradores de insegurança jurídica.

O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL
DOS DANOS AMBIENTAIS NA
JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Assusete Magalhães
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS AMBIENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Ministra Assusete Magalhães¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O regime da responsabilização civil por danos ambientais. 3. O caráter multidimensional do dano ao meio ambiente. 4. Funções da responsabilidade civil em matéria ambiental: 4.1 Função reparatória e compensatória; 4.2 Função preventiva; 4.3 Função dissuasória. 5. A reparação *in integrum* como fundamentação para as múltiplas funções da responsabilidade civil. 6. Conclusão. Referências.

RESUMO

Beneficiando-se diretamente da evolução que o estudo da responsabilidade civil teve nos últimos anos, especialmente no que se refere às novas funções que o instituto vem assumindo no campo dos direitos transindividuais, a tutela do meio ambiente fortaleceu-se significativamente no ordenamento jurídico brasileiro, adensada por uma legislação alinhada com o mandamento constitucional de defesa do meio ambiente ecologicamente

¹ Ministra Presidente da Segunda Turma e da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas da Corte, Conselheira do Conselho da Justiça Federal, Vice-Corregedora-Geral da Justiça Federal, Presidente da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais e da Comissão Permanente dos Juizados Especiais Federais.

equilibrado em favor das gerações presentes e futuras, bem como por uma jurisprudência consciente do projeto constitucional. Nesse contexto, o princípio da reparação integral dos danos ao meio ambiente tem servido como fundamento e fator de legitimação para que juízes e tribunais apliquem o instituto da responsabilidade civil em suas múltiplas funções.

Palavras-chave: ambiental; responsabilidade civil; danos ao meio ambiente; princípio da reparação integral; jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Em uma de suas obras clássicas, CLÓVIS BEVILÁQUA anotou que, enquanto o Direito Penal “vê, por trás do crime, o criminoso, e o considera um ente antissocial, que é preciso adaptar às condições da vida coletiva”, o Direito Civil, por seu turno, “vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas, principalmente a vítima, e vem em socorro dela”². Essa característica do Direito Civil também se aplica ao Direito Ambiental, pois o maior objetivo desses dois ramos jurídicos, diferentemente do Direito Penal e do Direito Sancionatório em geral, encontra-se na mesma direção: o princípio da reparação *in integrum*.³

Assim, não é de se estranhar que boa parte dos avanços em matéria ambiental, tanto no direito legislado, como no direito pretoriano, tem direta ligação com trabalho de notáveis civilistas, dedicado a redimensionar as funções usualmente atribuídas ao instituto da responsabilidade civil. A tutela do meio ambiente tem sido inequivocamente beneficiada pela doutrina que vem apontando na responsabilidade civil, além do tradicional

² BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Servanda, 2015. p. 254.

³ O princípio da reparação integral dos danos ao meio ambiente, não obstante todas as particularidades, inspira-se na tradição do Direito Civil brasileiro. Nesse sentido: À luz do princípio *restitutio in integrum*, consagrado no art. 395 do Código Civil/2002, imputa-se ao devedor a responsabilidade por todas as despesas a que ele der causa em razão da sua mora ou inadimplemento (REsp 1.361.699/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe de 21.09.2017).

papel reparatório e compensatório, também a missão de prevenir e dissuadir (ou contraestimular) a degradação ambiental.

É nesse contexto que o princípio da reparação integral dos danos ambientais pode servir como um importante fundamento para que as funções reparadora, compensatória, preventiva e dissuasória tenham aplicação na prática.

2. O REGIME DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS

Em instigante artigo publicado no final dos anos 1990, HERMAN BENJAMIN, antes de se tornar Ministro do STJ, defendeu que o regime de responsabilidade civil pelo dano ao meio ambiente ostenta várias particularidades que lhe conferem caráter especial. Diz o texto:

No terreno operativo da responsabilidade civil propriamente dita, *quatro* ordens de dificuldades precisam ser mencionadas, todas, em certa medida, requisitando a composição de uma disciplina especial para o dano ambiental: a) a difícil identificação dos sujeitos da relação jurídica obrigacional, pois a “dobradinha” autor-vítima quase nunca parece com seus contornos bem definidos (atuação coletiva e vitimização também coletiva, com a conseqüente fragmentação de responsabilidades e de titularidade), na medida em que estamos diante de relações jurídicas poligonais ou multilaterais, próprias da sociedade pós-industrial; b) a exigência de caracterização da culpa do degradador, naqueles sistemas que ainda o exigem (não é o caso brasileiro, após a promulgação da Lei n. 6.938/81 e da Constituição Federal de 1988, abaixo analisadas); c) a complexidade do nexa causal; d) o caráter fluido e esquivo do dano ambiental em si mesmo considerado⁴.

De fato, quando se observam as normas de regência, especialmente da forma como interpretadas pela jurisprudência, nelas se verificam

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998, p. 12.

importantes especificidades⁵, muitas das quais recaem exatamente sobre os pressupostos clássicos da responsabilidade civil: conduta (comissiva ou omissiva), nexa causal e dano.

Em matéria ambiental, a Constituição Federal imputa ao degradador, pessoa natural ou jurídica, independentemente das sanções penais e administrativas cabíveis, a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente⁶. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), por sua vez, estabelece que a atividade poluidora e predatória implica tanto a obrigação de recuperar a área atingida, como a de indenizar os danos produzidos⁷. Isso significa que ao agente podem-se impor tanto obrigações de pagar (indenizar), como de fazer (recuperar ou prevenir). Também podem ser impostas obrigações de não fazer (não continuar o dano ou não o reiterar), inclusive por razões meramente preventivas ou de precaução, o que está implícito nessas normas e explícito na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que determina ao juiz, no processo coletivo, a concessão de tutelas específicas, de fazer, não fazer e pagar⁸. Nesse sentido, o STJ “tem entendimento consolidado segundo o qual é

⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 1-4.

⁶ CF, art. 225, § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁷ Lei 6.938/81, art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...] VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

⁸ Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

possível a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar nos casos de lesão ao meio ambiente”⁹.

Por outro lado, a Lei n. 6.938/81 também estabeleceu a natureza objetiva da responsabilidade por danos ao meio ambiente¹⁰, ou seja, a responsabilização do degradador independe da demonstração de culpa, previsão que também se encontra na Lei da Biossegurança¹¹, na Lei de Resíduos Sólidos¹² e na Constituição Federal, de forma expressa, em relação à responsabilidade civil por danos nucleares¹³. É interessante verificar que, quando a Lei n. 6.938/81 surgiu com essa previsão, o paradigma ainda era o do Código Civil de 1916, que, no seu art. 159, exigia, para fins de responsabilidade civil, com poucas exceções, culpa provada¹⁴. Segundo

⁹ AgInt no REsp 1.766.544/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 09.10.2019.

¹⁰ Lei 6.938/81, art. 14, § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

¹¹ Lei 11.105/2005, art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.

¹² Lei 12.305/2010, art. 51. Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta Lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial às fixadas na Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, e em seu regulamento.

¹³ CF, art. 21, XXIII, *d*: a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

¹⁴ O Código Civil de 1916 admitia, excepcionalmente, a responsabilidade com culpa presumida do patrão em relação ao empregado, dos pais em relação aos filhos, do tutor em relação ao pupilo e do curador em relação ao curatelado (art. 1.521). Previa, também a título de exceção, algumas circunstâncias de responsabilidade objetiva, como, por exemplo, o dano causado por animal (art. 1.527).

SERGIO CAVALIERI, o paradigma subjetivista mudou e “a grande revolução (...) ocorreu com a Constituição de 1988, na medida em que ela estendeu, no seu art. 37, parágrafo 6º, aos prestadores de serviços públicos responsabilidade civil objetiva tal qual a do Estado”¹⁵. Assim, antes do Código Civil de 2002 e da Constituição de 1988, a Lei n. 6.938/81 já estabelecia, de forma ampla e explícita, que a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é objetiva.

À luz dessa sistemática, conclui a doutrina:

Efetivamente, quando o constituinte, no art. 225, § 3.º, da CF, e o legislador infra-constitucional, no art. 4.º, VI e VII, e no art. 14, caput, e § 1.º, da Lei 6.938/ 81, se referem, indiscriminadamente, à reparação, à restauração, à recuperação e à correção de lesões ao meio ambiente, eles o fazem, sem dúvida, com o fim de abranger providências tendentes à reparação de danos em sentido estrito e, também, à eliminação da fonte do dano ambiental, por intermédio de medidas que atuam sobre a atividade causadora da degradação. Tais aspectos ficam ainda mais evidentes pelo exame das normas dos arts. 3.º e 11 da Lei 7.347/85, as quais previram, no âmbito da tutela processual, que a ação civil pública ambiental pode ter por objeto o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer destinadas, diz expressamente a lei, à “cessação da atividade nociva” ao meio ambiente¹⁶.

Como se vê, nesse modelo a responsabilidade civil por danos ambientais, que é objetiva, pode ser deflagrada pelas mais variadas condutas.

Por outro lado, apesar de a “responsabilidade por dano ambiental ser objetiva, deve ser demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta

¹⁵ CAVALIERI FILHO. Sérgio. Responsabilidade civil no novo código civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 30-46, 2003. p. 31.

¹⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 68-82, out./dez. 2003. p. 69.

e o resultado"¹⁷. Nesse sentido, o liame de causalidade entre conduta e dano continua sendo imprescindível, para fins de responsabilização, mas o regime constitucional e legal de tutela do meio ambiente agrega a esse pressuposto particularidades relevantes.

A identificação dos autores do dano e do fenômeno da sua causação, em si, é peculiar, na medida em que “a degradação ambiental usualmente é fruto de comportamentos cumulativos” e “o nexo causal é ainda enfraquecido pela distância entre o fato gerador e a manifestação do dano ambiental”¹⁸, somando-se a isso o fato de que as questões ambientais, por diversas vezes, geram incertezas científicas. Daí as propostas, formuladas por HERMAN BENJAMIN, de superação dessas dificuldades mediante: (i) o reconhecimento das “presunções de causalidade, principalmente levando em conta que, como regra, estamos ‘na presença de uma atividade perigosa’, onde com maior razão, presume-se *iuris tantum* o nexos”; (ii) a “inversão mais ampla do ônus da prova, uma vez verificada a multiplicidade de potenciais fontes degradadoras e a situação de fragilidade das vítimas”; (iii) a previsão de sistemas inovadores de causalidade, como o da responsabilidade civil alternativa, que torna possível responsabilizar o dano para o qual concorreram vários sujeitos, por exemplo, participantes de uma “parcela de mercado” (*Market share liability*), tudo no sentido de “não deixar a vítima e o meio ambiente sem a devida reparação”¹⁹.

¹⁷ AgRg no REsp 1.210.071/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe de 13.05.2015. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.277.638/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 16.05.2013; AgRg no REsp 1.286.142/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 28.02.2013.

¹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998. p. 14.

¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998. p. 46.

Essas ideias, também sustentadas por outros autores, impactaram a jurisprudência, servindo como exemplo disso o entendimento adotado pelo STJ no Tema repetitivo 707:

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar²⁰.

Comentando a orientação adotada nesse recurso repetitivo e a ela dando uma importante contribuição, ÁLVARO MIRRA apresenta um problema relevante, qual seja, o de saber se o caso fortuito ou a força maior afastam, ou não, a responsabilidade civil por dano ambiental. A relevância do problema decorre de que, não obstante a orientação adotada pelo STJ no referido Tema repetitivo 707, o caso fortuito e a força maior são circunstâncias capazes de romper o nexo de causalidade. Sendo assim, em uma primeira solução, poder-se-ia concluir que não há que se falar em responsabilidade, nesse caso.

Contudo, o autor rejeita essa tese, sob a seguinte argumentação:

Nessa matéria, a principal questão, em verdade, é saber de que nexo causal se está tratando, como condição da responsabilidade civil ambiental. Sob a ótica do direito ambiental, é preciso distinguir i) o nexo causal entre a conduta (comissiva ou omissiva) do agente e o dano ambiental e ii) o nexo causal entre o fato da atividade, ou seja, a simples presença ou existência da atividade e o dano ambiental.

Em tal ordem de ideias, no âmbito da responsabilidade objetiva fundada no risco integral, o que se exige é tão só o nexo de causalidade entre a existência ou a presença da atividade e o dano ambiental, independentemente de

²⁰ REsp 1.374.284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe de 05.09.2014.

qualquer ação ou omissão específica do degradador, ainda que o fator desencadeante da produção do dano ambiental seja um elemento externo à atividade ou um fato da natureza. Idêntico raciocínio vale, também, para o fato de terceiro, que tampouco exclui a responsabilidade civil do degradador²¹.

Assim, condutas, comissivas e omissivas, que para o dano concorram, direta ou indiretamente, podem ensejar a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, sendo o nexos causal, pressuposto da responsabilização, aferido mediante um juízo realístico, que leva em conta as singularidades ínsitas à atividade degradadora.

Por fim, o dano – também pressuposto da responsabilidade civil – ostenta, em matéria ambiental, características muito próprias. A lesão ao meio ambiente muitas vezes prolonga-se no tempo e assume grande extensão, atingindo a saúde das pessoas, a biota, as paisagens cênicas, entre outros bens tutelados pelo Direito. De outro lado, a Constituição Federal de 1988 concebe o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito das presentes e futuras gerações²².

Conclui-se, assim, que a pretensão de reparação civil do dano ambiental – que é imprescritível (Tema 999/STF) – deve contemplar, por suas características multifacetadas, lesões presentes, intermediárias e futuras, de natureza patrimonial e extrapatrimonial.

3. O CARÁTER MULTIDIMENSIONAL DO DANO AO MEIO AMBIENTE

A transversalidade do dano ao meio ambiente é defendida pela doutrina especializada, que, sobre o tema, tem reiterado que devem ser considerados

²¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 48, p. 47-71, mar./abr. 2019. p. 53.

²² CF, art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

os aspectos materiais da degradação e os danos extrapatrimoniais associados, tais como a perda imposta à qualidade de vida, a privação temporária de fruição do bem, o valor de existência dos bens ambientais degradados²³.

Nesse sentido, é comum entre os autores fazer distinção entre: (i) **dano ecológico puro**, isto é, aquele “relacionado com a lesão ambiental dos componentes naturais do ecossistema, não do patrimônio cultural ou artificial, como, por exemplo, a extinção de uma espécie animal ou vegetal”²⁴; (ii) **dano ambiental amplo**, assim considerado, em sentido lato, a abranger, mediante uma concepção unitária, “todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural”²⁵; (iii) **dano ambiental individual (ou reflexo)**, sendo aquele sofrido pelo indivíduo, em seus interesses, mas “conectado ao meio ambiente”²⁶; (iv) **dano ambiental coletivo**, aquele que atinge “uma pluralidade difusa de bens”²⁷; (v) **dano ambiental patrimonial**, que se relaciona “mais diretamente com a restauração, a recuperação ou a restituição do *status quo ante* das áreas ou com a indenização das perdas sofridas”²⁸; (vi) **dano ambiental extrapatrimonial ou moral**, configurado pela “privação sentida pela coletividade no que diz respeito à diminuição da qualidade de vida”²⁹.

²³ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 236.

²⁴ SCHONARDIE, Elenise Felzke. **Dano Ambiental**: a omissão dos agentes públicos. 2. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2005. p. 34.

²⁵ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94.

²⁶ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94.

²⁷ FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 53

²⁸ SILVA, Danny Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 120.

²⁹ FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.54.

Essa catalogação coincide, na essência, com o que se contém na Diretiva n. 2004/35, de 21 de abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que, em seu Anexo II, apresenta as seguintes noções:

1. Reparação de danos causados à água, às espécies e habitats naturais protegidos

A reparação de danos ambientais causados à água, às espécies e habitats naturais protegidos é alcançada através da restituição do ambiente ao seu estado inicial por via de reparação primária, complementar e compensatória, sendo:

a) Reparação «primária», qualquer medida de reparação que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado;

b) Reparação «complementar», qualquer medida de reparação tomada em relação aos recursos naturais e/ou serviços para compensar pelo facto de a reparação primária não resultar no pleno restabelecimento dos recursos naturais e/ou serviços danificados;

c) Reparação «compensatória», qualquer acção destinada a compensar perdas transitórias de recursos naturais e/ou de serviços verificadas a partir da data de ocorrência dos danos até a reparação primária ter atingido plenamente os seus efeitos;

d) «Perdas transitórias»: perdas resultantes do facto de os recursos naturais e/ou serviços danificados não poderem realizar as suas funções ecológicas ou prestar serviços a outros recursos naturais ou ao público enquanto as medidas primárias ou complementares não tiverem produzido efeitos. Não consiste numa compensação financeira para os membros do público.

Proceder-se-á à reparação complementar, sempre que a reparação primária não resulte na restituição do ambiente ao seu estado inicial. Além disso, a reparação compensatória será utilizada para compensar as perdas transitórias.

A legislação brasileira, por sua vez, viabiliza a tutela judicial desse amplo espectro de direitos (ou de formas de vulneração de direitos) sugerido pela doutrina, na medida em que impõe, em virtude de lesão ao meio ambiente, obrigações de restaurar, recuperar, prevenir, compensar e pagar.

Nesse sentido, restauração e recuperação são conceitos definidos pela Lei n. 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, §1º, I, II, III e VII, da Constituição Federal e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Segundo a aludida Lei, recuperação é a “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original” (art. 2º, XIII), e restauração é a “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original” (art. 2º, XIV). Tem-se entendido, com fundamento no art. 2º, VIII, da Lei n. 6.938/81 – que consagra, como princípio, a “recuperação de áreas degradadas” –, que a recomposição natural da área tem prioridade sobre outras formas de reparação do dano ambiental.

Quanto às obrigações de fazer e não fazer, sua imposição não se limita à determinação de que o poluidor-pagador promova a recomposição da área ou deixe de reiterar a conduta lesiva. Essas obrigações, com fundamento no princípio da prevenção, podem consistir não apenas na reparação de danos já ocorridos ou de cessação de danos em curso, mas na prevenção de danos futuros. Nessa direção, há doutrina defendendo a existência de danos ambientais futuros, em que:

(...) a constatação de alta probabilidade ou probabilidade determinante de comprometimento futuro da função ecológica ou da capacidade de uso humano dos bens ecológicos, ensejaria a condenação do agente às medidas preventivas necessárias (obrigações de fazer ou não fazer) a fim de evitar danos ou minimizar as consequências futuras daqueles já concretizados.³⁰

Também encontra previsão na legislação a chamada compensação ecológica. Esse é um mecanismo que se destina a compensar impactos irreversíveis, mediante ações em uma área distinta da degradada³¹.

³⁰ CARVALHO, Délton Winter de. A teoria do dano ambiental futuro: a responsabilização civil por riscos ambientais. **Revista do ILDA**: Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, Lisboa, ano 1, n. 1, p. 71-105, out./dez. 2008. p. 87.

³¹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 249.

Pela compensação ecológica almeja-se “provocar um efeito ecológico equivalente ao que produziram os restantes irreparáveis, no momento da lesão”³². Tais obrigações podem ser impostas por decisão judicial ou por termo de ajustamento de conduta, que, segundo o art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, tem força de título executivo extrajudicial. A compensação também pode ser diretamente imposta pelo legislador, do que é exemplo o art. 36 da citada Lei n. 9.985/2000, segundo o qual, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto, “o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral”.

Por fim, o ordenamento jurídico brasileiro ainda contempla a imposição de obrigações pecuniárias, sendo o numerário, nesse caso, conforme o art. 13 da Lei n. 7.347/85, revertido para um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

4. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA AMBIENTAL

O Direito Ambiental – como é possível antever pelas normas acima enumeradas – está entre os ramos jurídicos que foram fortemente impactados pela significativa evolução que o instituto da responsabilidade civil vivenciou nos últimos anos, especialmente no que diz com a sua função. É perceptível o quanto a efetividade da tutela do meio ambiente se beneficiou, diretamente, das construções doutrinárias que vêm apontando novas finalidades ou funções para a responsabilidade civil.

Tradicionalmente, atribui-se à responsabilidade civil função reparatória, isto é, de atribuir à vítima o direito de ser ressarcida pelos

³² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 206.

danos causados a seu patrimônio³³. Nesse sentido, a responsabilidade civil, para o lesado, funciona como a garantia de que o prejuízo econômico por ele sofrido será integralmente reparado³⁴. Mas a mesma responsabilidade também atua como uma garantia em favor do agente, no sentido de que o lesado não se enriquecerá às suas custas, pois, na forma do art. 944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Por outro lado, quanto aos danos extrapatrimoniais, a impossibilidade de sua avaliação econômica levou a doutrina civilista a discutir, por muito tempo, se haveria espaço para se cogitar de ressarcimento nesse campo³⁵. A questão hoje, como se sabe, está superada pelo entendimento de que a indenização por dano extrapatrimonial não tem função reparatória, mas compensatória, ou seja, a sua finalidade é dar à vítima uma compensação pelo dano sofrido³⁶.

Em tempos mais recentes, a doutrina tem identificado na responsabilidade civil uma função preventiva, que não se contenta com a reparação, buscando, antes disso, evitar o prejuízo³⁷. Nesse sentido, pode-se extrair da legislação um autêntico princípio da prevenção, como se percebe

³³ Art. 927 do Código Civil brasileiro: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo; Art. 562 do Código Civil português: Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação [...]; Art. 1.382 do Código Civil francês: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*; Art. 2.043 do Código Civil italiano: *Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*.

³⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 460.

³⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1, p. 298.

³⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.7, p. 13.

³⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. **Responsabilidad por daños: actualización doctrinaria y jurisprudencial de los tomos I a X**. t. 11. Santa Fe: Runbinzal-Culzoni, 2009. p. 21.

– para dar um exemplo geral –, no art. 12 do Código Civil, segundo o qual “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Por fim, ainda se alude, entre os estudiosos, a uma função dissuasória, na qual a responsabilidade civil “possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas”³⁸.

O esforço dos civilistas em torno dessa abordagem funcional da responsabilidade civil tem gerado frutos importantes. Isso porque, por meio dessa abordagem finalística dos institutos jurídicos, busca-se conceituá-los conforme o fim para o qual foram destinados, o que tem a vantagem de vinculá-los aos princípios que lhes são subjacentes. Segundo LARENZ, “o conceito determinado pela função remete de novo para o princípio”³⁹. O autor cita como exemplo dessa ideia a figura jurídica da pessoa, que pode ser conceituada como sujeito de direitos ou, em um sentido funcional, como a esfera juridicamente protegida de todos os elementos que constituem o indivíduo, a fim de preservar os valores humanos⁴⁰. Daí a importância de explicitar, nem que seja para fins de complementação conceitual, a função que cada instituto é chamado a exercer no sistema.

Assim, o Direito Ambiental tem evoluído juntamente com os estudos acerca das funções da responsabilidade civil, sobretudo sob a forma do princípio do poluidor-pagador, “seja na sua pretensão reparadora, seja na sua missão incitadora (=preventiva), estimulando os agentes econômicos a buscarem formas menos perigosas para o exercício de sua atividade”⁴¹.

³⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2014. p. 77.

³⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 692.

⁴⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 687.

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

4.1 Função reparatória e compensatória

No STJ é pacífico o entendimento de que, “quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar” (Súmula n. 629). Em termos práticos, essa compreensão tem embasado decisões nas quais se assenta que, reconhecido o nexos causal entre a conduta e o resultado, cabe a reparação “dos danos ambientais relacionados à demolição de toda edificação em APP; à indenização pelos danos ambientais irreparáveis; e, à realização do abandono da APP do entorno do reservatório mantido pelo acórdão recorrido, efetuando-se o licenciamento com projeto de recuperação da área degradada”⁴².

Ainda quanto ao dever de reparação de danos ambientais, a omissão é outra figura que tem sido objeto de decisões relevantes no STJ, consoante se observa no julgamento do Tema 1204/STJ, no qual se fixou a seguinte tese:

As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo possível exigi-las, à escolha do credor, do proprietário ou possuidor atual, de qualquer dos anteriores, ou de ambos, ficando isento de responsabilidade o alienante cujo direito real tenha cessado antes da causação do dano, desde que para ele não tenha concorrido, direta ou indiretamente⁴³.

Esse precedente reiterou o conteúdo da Súmula n. 623/STJ⁴⁴, mas explicitou, com fundamento em toda a construção jurisprudencial a ela subjacente, que o anterior proprietário ou possuidor pode responder pela degradação ambiental, não apenas quando tiver causado o dano, mas

⁴² AREsp 1.093.640/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 21.05.2018.

⁴³ REsp repetitivos 1.953.359/SP e 1.962.089/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Primeira Seção, DJe de 26.09.2023.

⁴⁴ As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

também quando, a despeito de não o ter causado, com ele conviveu, dele eventualmente se beneficiou e, mesmo assim, omitiu-se quanto ao seu dever de reparação.

Em relação aos danos extrapatrimoniais (ou morais) coletivos resultantes de degradação ambiental, tem-se entendido no STJ que geram dever de indenizar, sem que isso configure *bis in idem* quanto a outras obrigações. Além disso, a posição do STJ explicitamente diverge do entendimento, às vezes abraçado pela doutrina, de que dano moral é “a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem”⁴⁵ ou de que os danos morais “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”⁴⁶. De fato, o que se tem reiterado, na Corte da Cidadania, é que “o dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado”⁴⁷.

Não obstante respeitáveis opiniões em contrário, parece que a concepção mais restrita, que correlaciona o dano moral a sentimentos ou estados anímicos em geral, desconsidera o amplo espectro dos direitos extrapatrimoniais – que se ligam, por exemplo, aos direitos de personalidade em toda a sua extensão (nome, imagem, honra, dignidade, vida, integridade física e psíquica, etc.) –, bem como os bens imateriais da sociedade. Nesse sentido, talvez o fato de no Brasil, inclusive no Código Civil e na Constituição Federal, usar-se a expressão “dano moral” – também utilizada na França (*dommage moral ou préjudice moral*), na Espanha (*daño moral*) e na Itália (*danno morale*) –, tenha gerado essa redução de significado, que confunde esse tipo de lesão com o resultado que ele, eventualmente, mas nem sempre, produz, como dor, angústia, etc. Maior vantagem talvez

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4, p. 206.

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 31.

⁴⁷ REsp 1.269.494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 01.10.2013.

haja na expressão usada por exemplo, em Portugal e na Alemanha – “dano extrapatrimonial” –, porquanto indica qualquer ato ilícito que lesione bens insuscetíveis de apreciação econômica, como, em relação ao indivíduo, os direitos de personalidade e, em relação à coletividade, bens como a história, a cultura, a paisagem cênica, a biodiversidade genética e outros.

Há também quem defenda, ainda em uma posição mais restrita, que a configuração do dano moral exigiria que a lesão, pelo menos, de alguma forma impactasse a saúde, a tranquilidade e a qualidade de vida das pessoas. Todavia, o STJ tem precedente em que afirma que a finalidade do instituto é tutelar “direitos insuscetíveis de apreciação econômica, cuja violação não se pode deixar sem resposta do Judiciário, ainda quando não produzam desdobramentos de ordem material”⁴⁸. Nesse sentido, há julgados afirmando que “o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado”⁴⁹ e, ainda, que “confirma-se a existência do 'dano moral coletivo' em razão de ofensa a direitos coletivos ou difusos de caráter extrapatrimonial – consumidor, ambiental, ordem urbanística, entre outros –, podendo-se afirmar que o caso em comento é de dano moral *in re ipsa*”⁵⁰. Essa orientação filia-se ao entendimento, já adotado pela Corte Especial do STJ, no sentido de que o dano moral coletivo, em geral, é presumido e “passível de avaliação objetiva quanto a ter ou não aptidão para caracterizar o prejuízo moral coletivo, este sim nitidamente subjetivo e insindicável”⁵¹.

⁴⁸ REsp 1.989.778/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 22.09.2023.

⁴⁹ REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 30.06.2015.

⁵⁰ AgInt no REsp 1.701.573/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 02.09.2019. Na mesma direção: REsp 1.642.723/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 25.05.2020; REsp 1.745.033/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 17.12.2021.

⁵¹ EREsp 1.342.846/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe de 03.08.2021.

4.2 Função preventiva

É bastante comum que os danos ambientais tornem-se irreparáveis ou de difícil reparação, sendo exatamente essa característica que tem levado o legislador a se concentrar, cada vez mais, em sua prevenção. Daí a doutrina extrair, do sistema jurídico, o “chamado princípio do poluidor-pagador, que impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição”⁵².

Exemplo disso é a exigência constitucional de prévio estudo de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), assim como da respectiva licença ambiental, que, muito mais do que simplesmente verificar a presença ou a falta de requisitos para o ato administrativo, resulta em uma série de obrigações destinadas a minorar o risco que envolve a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Ao lado do princípio da prevenção, encontra amparo, na lei e na jurisprudência, o princípio da precaução. Como esclarece a doutrina especializada, o primeiro é aplicado quando há um risco conhecido, concreto e real, ao passo que “o princípio da precaução deve ser aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos, e que possam levar aos chamados danos graves e irreversíveis. É o ‘risco do risco’”⁵³.

Reflexo direto desse princípio, na jurisprudência do STJ, está na ideia de que,

em homenagem ao princípio da precaução, impõe-se a inversão do ônus da prova nas ações civis ambientais, de modo a atribuir ao empreendedor a prova de que o meio ambiente permanece hígido, mesmo com o desenvolvimento de sua atividade⁵⁴.

⁵² LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 103.

⁵³ ANCONA LOPEZ, Teresa. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010. p. 1223-1226.

⁵⁴ AgInt no REsp 2.052.112/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 14.09.2023.

4.3 Função dissuasória

Diversos autores defendem que a

reparação integral também pressupõe observar com atenção a função punitiva e inibitória da responsabilidade civil, de modo a afastar perigosa impressão, real ou imaginária, de que a degradação ambiental compensa, social e financeiramente⁵⁵.

O desafio que essa posição traz consiste em encontrar fundamento, no ordenamento jurídico brasileiro, para sua implementação.

Nesse sentido, alguns doutrinadores defendem que a responsabilidade civil teria uma função punitiva, em moldes inspirados pela doutrina dos *punitive damages*, construção jurisprudencial do *common law* que visualiza, na indenização judicial, uma função de pena privada. Segundo essa orientação, o juiz poderia quantificar a indenização com valor que compreenda a reparação do dano e, ainda, uma sanção pecuniária ao agente⁵⁶.

Contudo, há muitas críticas à transposição dessa teoria do direito anglo-saxônico para ordenamento com tradição jurídica como a brasileira, que correlaciona a responsabilidade civil – e funciona nesse sentido como um limite – à reparação do dano (CC, art. 927). Ademais, importantes civilistas de sistemas de direito escrito, sem necessidade de recorrer à doutrina dos *punitive damages*, também sustentam que “não lhe é estranha [à responsabilidade civil] a ideia de reprová-lo ou castigá-lo, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente”⁵⁷. Na mesma direção, CARLOS ROBERTO GONÇALVES afirma que “o caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do

⁵⁵ REsp 1.661.859/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 31.08.2020.

⁵⁶ BUSNELLI, Francesco; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Torino: Giappichelli, 2013. v. 1, p. 99.

⁵⁷ VARELA, João Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1, p. 578.

dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva”⁵⁸. Sobre o tema, há precedentes do STJ afirmando que “a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestime o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido”⁵⁹.

Debatendo-se ideia semelhante – esta formulada com o intento de evitar que, mesmo após ser responsabilizado, o agente termine em uma posição melhor do que a por ele ocupada antes de causar o dano –, tem-se atualmente discutido a propósito dos lucros obtidos à custa de outrem ou mediante ofensa a direitos coletivos. Há um intenso debate sobre a possibilidade de a responsabilidade civil ser usada para privar o agente do lucro por ele injustamente obtido.

Essa questão foi discutida na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em 26 e 27 de abril de 2018, e resultou na publicação do Enunciado 620:

A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa.

Segundo alguns estudiosos do tema, essa orientação doutrinária inspira-se em precedentes dos tribunais norte-americanos, que, em casos envolvendo fraudes realizadas no mercado de valores mobiliários, aplicam o chamado *disgorgement*, instituto pelo qual se privam os fraudadores dos lucros obtidos com a infração, como ocorreu no caso *Warren v. Century Bankcorporation*, em que a Suprema Corte de *Oklahoma* afirmou que o *disgorgement*, “em vez de compensar a vítima”, destina-se a “privar o

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p. 342.

⁵⁹ AgRg no Ag 1.410.038/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe de 23.08.2011. No mesmo sentido: Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima (REsp 839.923/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, DJe de 21.05.2012).

transgressor de todos os ganhos decorrentes do seu erro”⁶⁰. A aplicação dessa ideia no Brasil, segundo sustentam alguns doutrinadores, encontraria amparo no instituto do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002), uma vez que, assim como essa figura do ordenamento jurídico brasileiro, também “o *disgorgement* é um remédio restitutivo, cujo propósito é remover do patrimônio do enriquecido a porção de riqueza conquistada à custa do empobrecimento (ou da lesão) do empobrecido”⁶¹.

5. A REPARAÇÃO *IN INTEGRUM* COMO FUNDAMENTAÇÃO PARA AS MÚLTIPLAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na forma como vem sendo densificado pela jurisprudência, o princípio da reparação integral tem servido como importante fundamento para que a responsabilidade civil exerça, no sistema jurídico brasileiro, funções de reparação, compensação, prevenção, precaução e dissuasão.

Na caracterização desse princípio fundamental do Direito Ambiental, a doutrina aponta um aspecto negativo, consistente na vedação de quaisquer formas, inclusive legais, de exclusão ou limitação da reparação ambiental⁶². Por outro ângulo, essa especial modalidade de reparação “abrange não apenas o dano causado ao bem ou recurso ambiental imediatamente atingido, como também toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso à qualidade ambiental”⁶³.

⁶⁰ *Warren v. Century Bankcorporation, Inc.*, 741 P.2d 846, 852 (Okla. 1987). Confira-se o seguinte trecho do precedente: *The remedy in restitution rests on the ancient principles of disgorgement. Beneath the cloak of restitution lies the dagger that compels the conscious wrongdoer to ‘disgorge’ his gains. Disgorgement is designed to deprive the wrongdoer of all gains flowing from the wrong rather than to compensate the victim of the fraud.*

⁶¹ CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. **Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia**. Brasília, v. 10, n. 3, p. 117-132, out. 2018. p. 118.

⁶² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998. p. 19.

⁶³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 48, p. 47-71, mar./abr. 2019. p. 60.

É com base nesse posicionamento que o princípio da reparação *in integrum* fundamenta o reconhecimento da obrigação do poluidor-pagador de pagar indenização “pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração)”⁶⁴.

É também nesse princípio que se alicerça a jurisprudência do STJ acerca da possibilidade de a degradação ambiental gerar dano moral, tipo de ofensa que, segundo já se decidiu, “em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível”⁶⁵, daí a conclusão de que, em matéria ambiental, deve-se admitir “a cumulação das obrigações de fazer, não fazer e de indenizar, inclusive quanto aos danos morais coletivos”⁶⁶.

De igual forma, a jurisprudência da Corte da Cidadania, reconhecendo a necessidade de reparar o dano em toda a sua extensão, acolhe a doutrina dos chamados danos ambientais interinos, que se caracterizam como “as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado”⁶⁷. De acordo com julgados do STJ, é o princípio da reparação integral que conduz à conclusão de que o longo período entre o dano e sua recomposição tem decisiva influência na quantificação total da indenização, de maneira

⁶⁴ REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 28.02.2012.

⁶⁵ REsp. 1.635.451/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 28.08.2020.

⁶⁶ EREsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, DJe de 03.12.2018.

⁶⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ambiental**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 314.

a compensar o fato de a sociedade ter sido privada da fruição dos bens ambientais (“lucros ambientais cessantes”)⁶⁸.

Quanto à função preventiva da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que o licenciamento ambiental é “um dos instrumentos medulares do sistema de prevenção de riscos e danos ao patrimônio natural e cultural”⁶⁹. Outra posição da jurisprudência da Corte que se relaciona ao tema encontra-se na Súmula n. 652/STJ, que estabelece:

A responsabilidade civil da Administração Pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária.

Em relação ao aludido enunciado sumular, afirma a jurisprudência que a responsabilidade estatal, nesse caso, funda-se na sua contribuição, ainda que indireta, “para o estabelecimento do dano ambiental e sua perpetuação, diante da omissão no dever de fiscalizar, coibir e restaurar o meio ambiente”⁷⁰. Ao responsabilizar o Poder Público por omissão no seu dever de fiscalizar, a Súmula n. 652/STJ está, a rigor, responsabilizando o Poder Público por omissão no seu dever de prevenir, como já decidiu o Tribunal da Cidadania: “Em caso de omissão na atividade de fiscalização e prevenção de danos ambientais, é solidária e de execução subsidiária a responsabilidade do Estado”⁷¹.

⁶⁸ REsp 2.083.016/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 21.08.2023. No mesmo sentido: REsp 1.845.200/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 06.09.2022; AgInt no REsp 1.548.960/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 12.03.2018; REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 28.02.2012.

⁶⁹ AgInt na SLS 2.940/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Corte Especial, DJe de 20.09.2023.

⁷⁰ Trecho extraído do voto condutor do acórdão proferido no REsp 1.326.903/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 30.04.2018.

⁷¹ AgInt no REsp 2.026.125/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 13.09.2023.

Por fim, existem julgados do STJ que, também acolhendo, entre outros fundamentos, a reparação *in integrum*, adotam a responsabilidade civil com finalidade inibitória. Nesse sentido, em caso no qual a União propôs ação civil pública objetivando a condenação de réus que causaram danos ao meio ambiente em virtude da extração ilegal de areia e argila, o STJ, reconhecendo ofensa ao art. 884 do Código Civil, decidiu que a indenização respectiva deveria “abranger a totalidade dos danos causados ao ente federal, sob pena de frustrar o caráter pedagógico-punitivo da sanção e incentivar a impunidade de empresa infratora”. Ao final, o Tribunal fixou a indenização “como sendo 100% (cem por cento) do faturamento da empresa proveniente da respectiva extração irregular dos minérios ou do valor de mercado, aplicando-se o maior”⁷². Essa orientação, fundamentada na necessidade de reparação integral dos danos, baseia-se na ideia de que o lucro, nesse caso, configura uma espécie de usurpação de bens naturais e suas utilidades, de modo que o ressarcimento deveria abrangê-los.

6. CONCLUSÃO

A ideia que se buscou defender neste artigo é a de que o princípio da reparação integral, além de todos os méritos reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, também tem servido para fundamentar, no plano do Direito Ambiental, o uso da responsabilidade civil em suas múltiplas funções. É com base nesse princípio que a jurisprudência do STJ sobre a matéria, ainda que muitas vezes não expressamente, deixa-se permear pelos relevantes estudos que os civilistas têm empreendido sobre o tema.

Ademais, o Brasil conta hoje com uma legislação comprometida com a tutela do meio ambiente, que é sensível ao fato de que a degradação ambiental enseja variadas dificuldades para fins de responsabilização. O sistema jurídico, assim estruturado, permite alcançar e reprimir um maior número de condutas ilícitas, assim como superar o caráter muitas vezes indeterminado e continuado da causalidade que antecede a degradação ambiental.

⁷² REsp 1.923.855/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 28.04.2022. No mesmo sentido: REsp 1.860.239/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 19.08.2022.

No que se refere à caracterização do dano, houve também uma notável evolução e, nesse ponto, a jurisprudência teve papel decisivo, ao dar ao princípio da reparação *in integrum* – que provém dos domínios do Direito Civil – uma dimensão adequada à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para isso, foi necessário consolidar o entendimento de que a degradação pode atingir tanto bens naturais como culturais, ensejando perdas imediatas, transitórias e futuras, refletindo, inclusive, sobre a esfera jurídica de terceiros e assumindo caráter patrimonial e extrapatrimonial.

REFERÊNCIAS

ANCONA LOPEZ, Teresa. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Servanda, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BUSNELLI, Francesco; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Torino: Giappichelli, 2013. v. 1.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 31 jul. 2024.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 31 jul. 2024.

BRASIL. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 31 jul. 2024.

BRASIL. **Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 31 jul. 2024.

BRASIL. **Lei 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm. Acesso em: 31 jul. 2024.

CARVALHO, Déltion Winter de. A teoria do dano ambiental futuro: a responsabilização civil por riscos ambientais. **Revista do ILDA: Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente**, Lisboa, ano 1, n. 1, p. 71-105, out./dez. 2008

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo código civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 30-46, 2003.

CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. **Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia**. Brasília, v. 10, n. 3, p. 117-132, out. 2018.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. **Responsabilidad por daños: actualización doctrinaria y jurisprudencial de los tomos I a X.** t. 11. Santa Fe: Runbinzal-Culzoni, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações.** 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 48, p. 47-71, mar./abr. 2019.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 68-82, out./dez. 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4. p. 206.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.** São Paulo: Atlas, 2014.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. **Dano ambiental**: a omissão dos agentes públicos. 2. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2005.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.361.699/ MG, Rel. Ministro RICARDO VILLÁS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe de 21.09.2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.766.544/ SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 09.10.2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.210.071/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe de 13.05.2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.277.638/ SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 16.05.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.286.142/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 28.02.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.374.284/ MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe de 05.09.2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.093.640/ SP, Rel. Ministro FRANCISCO FÁLCÃO, Segunda Turma, DJe de 21.05.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.953.359/ SP e 1.962.089/ MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Primeira Seção, DJe de 26.09.2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.269.494/ MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 01.10.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.989.778/ MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 22.09.2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.410.698/ MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 30.06.2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.701.573/ PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 02.09.2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.642.723/ RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 25.02.2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.745.033/ RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 17.12.2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.342.846/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe de 03.08.2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Recurso Especial nº 2.052.112/ MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 14.09.2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.661.859/ RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 31.08.2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AG 1.410.038/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe de 23.08.2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 839.923/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, DJe de 21.05.2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.180.078/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 28.02.2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.635.451/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 28.08.2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.410.698/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, DJe de 03.12.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 2.083.016/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 21.08.2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.845.200/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 06.09.2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no REsp 1.548.960/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 12.03.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt na SLS 2.940/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Corte Especial, DJe de 20.09.2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.326.903/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 30.04.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no REsp 2.026.125/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 13.09.2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.923.855/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 28.04.2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.860.239/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 19.08.2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 623: As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor. Primeira Seção, DJe de 17.12.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 629: Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar. Primeira Seção, DJe de 17.12.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 652: A responsabilidade civil da Administração Pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária. Primeira Seção. DJe de 07.12.2021.

VARELA, João Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1.

Ministros de Hoje

DESCONTOS E BONIFICAÇÕES CONCEDIDOS
POR FORNECEDORES A VAREJISTAS E
FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA
CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E DA
COFINS

Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

DESCONTOS E BONIFICAÇÕES CONCEDIDOS POR FORNECEDORES A VAREJISTAS E FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E DA COFINS

*Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto*¹

Recebi do Ministro Raul Araújo, Diretor da Revista do Superior Tribunal de Justiça, o honroso convite para traçar breves linhas, materializadas neste artigo, a serem estampadas na edição comemorativa alusiva aos 35 anos desta Corte.

O presente artigo pretende analisar a possibilidade ou impossibilidade de inclusão dos valores referentes aos descontos e às bonificações previstos em acordos empresariais firmados entre fornecedores e varejistas na base de cálculo da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

No primeiro tópico, serão realizadas considerações iniciais e apresentados os conceitos essenciais à compreensão do assunto. No segundo tópico, serão descritos, respectivamente, os argumentos contrários e favoráveis à incidência dos tributos em questão, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Por fim, no último tópico, será realizado, por meio do método dialético, o cotejo dos argumentos de ambas posições, apontando-se a que melhor se coaduna ao ordenamento jurídico.

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça desde 30 de junho de 1999.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O PIS e o PASEP foram instituídos, respectivamente, pela Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970, e pela Lei Complementar n. 8, de 3 de dezembro de 1970, e, por força do art. 239 da Constituição, as contribuições destinadas a manter os referidos programas passaram a financiar o seguro-desemprego, o abono previsto no § 3º do dispositivo e outras ações da previdência social. As contribuições foram unificadas e passaram a ser disciplinadas pela Lei n. 9.715, de 25 de novembro de 1998.

Com fulcro no art. 195, I, da Constituição, a Cofins foi instituída pela Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991, substituindo a contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial), prevista no Decreto-Lei n. 1.940, de 25 de maio de 1982², de modo a destinar recursos para despesas com as atividades fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Impende assinalar que, a partir de 2027, a contribuição para o PIS/PASEP e a Cofins serão extintas, caso seja instituída a contribuição social sobre bens e serviços por meio de lei complementar, conforme o inciso II do art. 126 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2023, que alterou o Sistema Tributário Nacional.

De qualquer forma, a contribuição ao PIS/PASEP e a Cofins estão submetidas, atualmente, a dois regimes em relação à cadeia produtiva. Há o regime cumulativo, disciplinado pela Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998, e o regime não cumulativo, previsto na Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e na Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

Nos termos do *caput* dos arts. 2º e 3º da Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998, a base de cálculo dos aludidos tributos será definida, no regime cumulativo, a partir do faturamento, correspondente à receita bruta, composta (1) pelo produto da venda de bens nas operações

² Nesse sentido, dispõe o art. 13 da Lei Complementar n. 70, de 1991, que seus efeitos ocorrerão após o período de noventa dias após a publicação da lei, nos termos do art. 150, III, “c”, combinado com o art. 195, § 6º, ambos da Constituição, mantendo, até essa data, os efeitos do Decreto-Lei n. 1.940, de 25 de maio de 1982.

de conta própria; (2) pelo preço da prestação de serviços em geral; (3) pelo resultado auferido nas operações de conta alheia; e (4) pelas demais receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, nos termos do art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Daí o entendimento no sentido de que o faturamento e a receita bruta são sinônimos e correspondem à totalidade das receitas auferidas³.

Por outro lado, tendo em vista os efeitos negativos na economia, em virtude do efeito cascata, instituiu-se o regime não-cumulativo da contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins, permanecendo o regime cumulativo apenas para as pessoas jurídicas elencadas no art. 8º da Lei n. 10.637, de 2002, e no art. 10 da Lei n. 10.833, de 2003. Posteriormente, foi incluído o § 12 no art. 195 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003, firmando o regime não-cumulativo, nos termos do art. 22, I, da Emenda Constitucional n. 132, de 2003.

Dito isso, o *caput* do art. 1º da Lei n. 10.637, de 2002, e o *caput* do art. 1º da Lei n. 10.833, de 2003, posteriores à inclusão da alínea *b* no inciso I do art. 195 da Constituição, prescrevem a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins não cumulativas sobre o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, englobando a receita bruta nos termos do art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, dentre elas, as receitas financeiras.

Para o que interessa no presente artigo, calha ressaltar que, independentemente da aplicação do regime cumulativo ou não-cumulativo, o legislador excluiu, no inciso I do § 2º do art. 3º da Lei n. 9.718, de 1998,

³ Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. PIS e COFINS. Base de cálculo. Empresas prestadoras de serviços terceirizados. Receita bruta e faturamento. Sinônimos. Precedentes. 1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a receita bruta e o faturamento, para fins de definição da base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. 2. Agravo regimental não provido. (AI 817257 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04-12-2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 18-12-2012 PUBLIC 19-12-2012)

na alínea *a* do inciso V do § 3º do art. 1º da Lei n. 10.637, de 2002, e da Lei n. 10.833, de 2003, os descontos incondicionais na definição da base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

Os descontos incondicionais, assim, são considerados parcelas redutoras do preço de vendas, desde que (1) presentes na nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e (2) sejam concedidos independentemente de evento posterior à emissão desses documentos. Em suma, os descontos incondicionais referem-se aos elementos de composição do preço de um bem ou serviço que não se sujeitam a qualquer evento superveniente e, por tal motivo, o destaque nas notas fiscais não se revela como uma mera formalidade, mas sim como uma condição necessária à sua configuração⁴.

⁴ TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. BASE DE CÁLCULO DA COFINS. DESCONTOS INCONDICIONAIS. AUSÊNCIA DE DESTAQUE NAS NOTAS FISCAIS. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que os descontos incondicionais não devem compor a base de cálculo do tributo (IPI, ICMS, PIS E COFINS), exigindo-se, no entanto, que tais descontos sejam destacados nas notas fiscais.

Precedentes: AgRg no REsp 1.092.686/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21/2/2011; REsp 1.366.622/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/5/2013.

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.711.603/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/8/2018, DJe de 30/8/2018.) (Grifos ausentes no original.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. IPI. BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. INCLUSÃO. ILEGALIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA DE VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. COMPROVAÇÃO DO INDÉBITO NA VIA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA JULGADA EM RECURSO REPETITIVO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

(...)

II - Esta Corte firmou posicionamento segundo o qual os descontos incondicionais não

Por conseguinte, nas operações envolvendo fornecedores e varejistas, sob a perspectiva do vendedor (quem deve receber o dinheiro), os descontos incondicionais devem ser necessariamente excluídos da base de cálculo do PIS e da Cofins. Sob a perspectiva do comprador (quem deve dar o dinheiro), os descontos incondicionais não passariam de uma redução do custo de aquisição de mercadorias para revenda ou de uma redução do custo de produção de bens ou serviços, nos termos do art. 13 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977.

Os descontos condicionais, por outro lado, são as parcelas redutoras do preço de vendas decorrentes da manifestação de vontade das partes em razão de circunstâncias supervenientes específicas. Dessa forma, sob a perspectiva do vendedor, os descontos condicionais consistem em despesa, ao passo que, para o comprador, os descontos condicionais consistem em receita, a ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Feitas as considerações iniciais, passa-se a descrever os argumentos utilizados pela posição contrária à incidência do PIS e da Cofins sobre os descontos e bonificações concedidos a varejistas por fornecedores, em especial nas hipóteses em que a Fiscalização Tributária constata que as operações envolvem descontos condicionais.

2. POSIÇÕES QUANTO À INCIDÊNCIA OU NÃO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E DA COFINS SOBRE OS DESCONTOS E BONIFICAÇÕES CONCEDIDOS A VAREJISTAS

A posição contrária à incidência dos tributos em questão parte da compreensão de que a receita consiste no ingresso de recursos financeiros que se incorporam definitivamente, na forma de elemento novo e positivo,

devem compor a base de cálculo do IPI, exigindo-se, no entanto, que tais descontos sejam destacados nas notas fiscais.

(...)

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.688.431/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 27/8/2020.) (Grifos ausentes no original.)

ao patrimônio da entidade, com o objetivo de remunerá-la pela realização de uma atividade⁵.

Para essa corrente, os descontos consistem em abatimentos no preço final das mercadorias adquiridas. Sendo uma aquisição, sob a ótica do varejista, não se poderia afirmar em receita propriamente dita, mas em redução dos custos de aquisição. Conseqüentemente, as bonificações não possuiriam a natureza jurídica de receita para fins de tributação do PIS e da Cofins, na medida em que o ingresso de recursos financeiros somente tornar-se-ia perfeito a partir da venda das mercadorias concedidas pelos fornecedores.

Nesse sentido, calha transcrever os comentários de Bruno Guimarães e Cláudio Tessari⁶:

Não há receita no momento da aquisição de mercadorias bonificadas, pois ainda não há atividade inerente à sua obtenção, tampouco ingresso financeiro; pelo contrário, no recebimento de mercadorias é pertinente a aferição de conteúdo de outra realidade: a mensuração dos custos dos bens adquiridos, levando em consideração os desembolsos já efetuados e outros líquidos e certos já compromissados.

O reconhecimento da receita em relação à mercadoria recebida em bonificação dar-se-á quando do exercício da atividade empresarial que implemente sua alienação, em posterior operação de venda e compra, oportunidade em que serão efetuados os registros pertinentes em função dos objetivos de apuração das diferentes realidades: com obediência aos preceitos da ciência contábil indicativa do regime de competência para apuração do

⁵ ALLEMAND, Luiz Cláudio; BAGNO, Juliana Ceotto Mathias. **Incidência de PIS e Cofins sobre bonificações e descontos incondicionais**. In: Temas de Direito Tributário nos Tribunais Superiores e Administrativos – STJ e STF: Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2023, p. 225-226.

⁶ GUIMARÃES, Bruno A. François; e TESSARI, Cláudio. **Da impossibilidade contábil e jurídica dos valores decorrentes dos descontos e bonificações comerciais compõem a base de cálculo do PIS e da Cofins**. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 129, Jul-Ago 2016, DTR\2016\22245, p. 97-120.

resultado da entidade que, como já vimos, interessa para dimensionamento da base de cálculo de outros tributos (IRPJ e CSLL), não das contribuições incidentes sobre a receita (COFINS e PIS), para as quais só tem relevância o efetivo ingresso proveniente da comercialização das mercadorias bonificadas.

Em arremate, mercadorias recebidas em bonificação e descontos obtidos são eventos relacionados à aquisição de bens e direitos, e não à atividade-fim que visa colocá-los no mercado, portanto não se prestam para compor a base de cálculo das contribuições da COFINS e do PIS, por não se qualificarem como receita (...)

(...)

Ora, bonificações e descontos comerciais são reduções de custo e não receita, pois não implicam no ingresso de valores em contraprestação pela venda de mercadorias, prestação de serviços ou o que quer que seja. Trata-se de mero ajuste de preço diante de certas condições, *não se tratando de um ingresso novo de valores naquele que os obtém*, sendo inclusive de se questionar a peculiaridade de uma receita ser gerada por uma aquisição, ou seja, por um desembolso de valores.

Da mesma forma, bonificações e descontos comerciais não são receita bruta dos contribuintes. Com base na jurisprudência do STF, pode-se afirmar que receita bruta (ou faturamento) é uma grandeza menor que a receita, compreendendo, em linhas gerais, o resultado das operações de compra e venda, de prestação de serviços e de demais atividades que sejam objeto social da empresa que se lhe incorporem ao patrimônio.

Assim, claro está que bonificações e descontos comerciais não são receita ou receita bruta dos contribuintes, mas sim redutores de custo, não podendo ser qualificados como receita financeira dos mesmos, tal e qual pretendido pela Receita Federal do Brasil.

Dessa forma, as bonificações e os descontos não seriam ingresso novo e positivo de recursos financeiros nem remunerariam o varejista pela prestação de serviços ao fornecedor, constituindo um desconto incondicional, nos termos do inciso I do § 2º do art. 3º, § 2º, I, da Lei n. 9.718, de 1998, e do art. 1º, § 3º, V, *a*, da Lei n. 10.637, de 2002, e da Lei

n. 10.833, de 2003, independentemente de registro nas notas fiscais das mercadorias adquiridas.

Ao analisar o tema, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça seguiu o mesmo entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. ARTS. 1º, CAPUT, § 3º, V, A, DAS LEIS NS. 10.637/2002 E 10.883/2003. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS. INGRESSO PATRIMONIAL NOVO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS POR VAREJISTA COM DESCONTO CONCEDIDO POR FORNECEDORES. PARCELA REDUTORA DO CUSTO QUE NÃO CARACTERIZA RECEITA DO COMPRADOR. CONTRAPARTIDA DO ADQUIRENTE PARA OBTENÇÃO DO ABATIMENTO NÃO CONSTITUI PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Não existência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - Consoante previsto nos arts. 1º, § 3º, V, a, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.883/2003, a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, no regime não cumulativo, consiste no total de receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, razão pela qual o conceito jurídico de receita não se vincula àquele veiculado pela ciência das finanças. Precedente do STF.

IV - Nas relações comerciais entre agentes econômicos, o adquirente de mercadorias para revenda despende valores

com a compra de produtos para desempenho de sua atividade empresarial, sendo desinfluyente a natureza jurídica dos descontos obtidos do fornecedor para a incidência das contribuições em exame quanto ao varejista, porquanto rubrica modificadora da receita de quem vende e redutora dos custos do comprador.

V - A pactuação de contrapartida a cargo do revendedor para a redução da quantia paga ao fornecedor constitui forma de composição do preço acordado na transação mercantil, motivo pelo qual não pode ser dissociada desse contexto para figurar, autonomamente, como a contraprestação por um serviço.

VI - Os descontos concedidos pelo fornecedor ao varejista, mesmo quando condicionados a contraprestações vinculadas à operação de compra e venda, não constituem parcelas aptas a possibilitar a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS a cargo do adquirente.

VII - Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp n. 1.836.082/SE, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 12/5/2023.)

Ao revés, para a posição favorável à incidência, os descontos e as bonificações – embora possam repercutir no preço ao consumidor – podem configurar retribuições devidas pelos fornecedores. Esse posicionamento decorre de observação cuidadosa acerca da dinâmica das atividades exploradas pelas empresas varejistas, as quais incluem a imposição, em acordos empresariais, da concessão de “descontos” e bonificações como contrapartidas pela utilização de centro de distribuição, para a concessão de prêmios de fidelidades e objetivos de crescimento, entre outros.

Dessa forma, para a corrente favorável à incidência tributária, os descontos e as bonificações devem ser incluídos na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, porquanto representam a remuneração pela fruição da estrutura disponibilizada pelos varejistas, compondo a sua receita, na forma do inciso IV do art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, em decorrência dos potenciais benefícios para o escoamento dos bens e a construção da marca dos fornecedores.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça também teve a oportunidade de enfrentar o tema, adotando posicionamento diametralmente oposto ao da Primeira Turma, ao concluir pela incidência do PIS e da Cofins:

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. RENDA BRUTA. DESCONTOS E BONIFICAÇÕES DEVIDOS PELO FORNECEDOR AO VAREJISTA. DESCONTO INCONDICIONAL. RECEITA FINANCEIRA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

I - A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins, no regime não cumulativo, corresponde ao total das receitas, compreendidas a receita bruta decorrente do produto da venda dos bens nos termos do art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, nos termos dos arts. 1º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei n. 10.637, de 2002, e da Lei n. 10.833, de 2003.

II - O legislador excluiu, na alínea a do inciso V do § 3º do art. 1º da Lei n. 10.637, de 2002, e da Lei n. 10.833, de 2003, os descontos incondicionais na definição da base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

III - Os descontos incondicionais são considerados parcelas redutoras do preço de vendas, desde que presentes na nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e independentes de evento posterior à emissão desses documentos. Os descontos condicionais, a seu tempo, são as parcelas decorrentes da manifestação de vontade das partes não constantes da nota fiscal de venda das mercadorias.

IV - O destaque dos descontos incondicionais na nota fiscal não constitui mero formalismo, cuidando-se de exigência do art. 12, § 1º, II, do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, na redação conferida pela Lei n. 12.973, de 2014. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.711.603/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/8/2018, DJe de 30/8/2018; e AgInt no REsp n. 1.688.431/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 27/8/2020.

V - Na hipótese, os “descontos” e as bonificações, embora possam repercutir no preço ao consumidor, são as retribuições devidas aos varejistas pelos fornecedores, em virtude das medidas destinadas à ampliação de vendas dos seus produtos (propaganda e promoções, por exemplo) e do posicionamento e tratamento privilegiado nas gôndolas e nos estabelecimentos (aluguel de espaço e verbas para promotores de vendas, por exemplo).

VI - Os descontos e as bonificações representam a remuneração pela fruição da estrutura disponibilizada pelos varejistas; e, portanto, devem ser incluídos na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, por constituírem receita bruta, na forma do inciso IV do art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977. Não por outro motivo tais valores deixaram de ser destacados nas notas fiscais das mercadorias.

VII - Os valores eram “descontados” diretamente no pagamento devido ao fornecedor pela varejista, em razão da aplicação do instituto da compensação, nos termos do art. 369 do Código Civil, ou as obrigações eram adimplidas mediante dação em pagamento em mercadorias pelos fornecedores, nos termos dos arts. 356 e 357 do Código Civil.

VIII - Não há razão para distinguir os descontos e as bonificações compensadas contabilmente e os descontos e as bonificações concedidos em mercadorias para fins de incidência da contribuição para o PIS e da Cofins, porquanto ambos constituem formas de adimplemento por parte do fornecedor.

IX - Os valores correspondentes às obrigações extintas por formas de adimplemento diversas do pagamento, a exemplo da compensação e da dação em pagamento, compõem a receita da pessoa jurídica por integrarem a sua atividade principal.

X - As receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas correspondem às receitas decorrentes de juros, correção monetária, descontos, prêmios de resgate de títulos, entre outros valores obtidos a partir de aplicações em ativos financeiros. A utilização do vocábulo “desconto” em instrumentos contratuais torna evidente a compensação (forma de adimplemento), não sendo equivalente às receitas

financeiras mencionadas no art. 17 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977.

XI - O entendimento em sentido contrário, além de olvidar as formas de obtenção de receitas através de atividades relacionadas ao objeto social da sociedade empresária, submete a relação jurídico-tributária ao talante das convenções particulares, em contrariedade à inteligência do art. 123 do Código Tributário Nacional.

XII - Recurso especial da contribuinte conhecido parcialmente e, nesse ponto, improvido. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. (REsp n. 2.090.134/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 18/12/2023.)

Recentemente, a Receita Federal do Brasil (RFB), na Solução de Consulta n. 313 – Cosit, de 15 de dezembro de 2023, posicionou-se no sentido de que as bonificações concedidas em mercadorias configuram descontos incondicionais, desde que (1) sejam destacadas na própria nota fiscal de venda dos bens e (2) não dependam de evento posterior à emissão desse documento. Nesse caso, entretanto, a venda das mercadorias recebidas a título de bonificação não permite a concessão de créditos no caso do PIS e da Cofins não-cumulativos, nos termos do inciso II do § 2º do art. 3º da Lei n. 10.637, de 2002, e da Lei n. 10.833, de 2003.

Porém, as bonificações em mercadorias podem ser concedidas gratuitamente, sem vinculação à operação de venda, sendo registradas em nota fiscal distinta das mercadorias adquiridas pelo varejista. Nessa hipótese, os valores são considerados receitas de doação para a donatária (varejista), incidindo o PIS e a Cofins. Questionada sobre a natureza jurídica das receitas de doação, a RFB respondeu que elas podem ser financeiras ou comerciais conforme as cláusulas contratuais dos acordos firmados entre os fornecedores e os varejistas, destacando as razões apresentadas na Solução de Consulta n. 531, de 18 de dezembro de 2017.

Nesse sentido, cabe transcrever a Solução de Consulta n. 313, de 15 de dezembro de 2023:

17. No segundo questionamento, a consultante perquire se o tratamento a ser dado às mercadorias recebidas em bonificação registradas em nota fiscal distinta das

mercadorias que foram adquiridas é o de desconto condicional, eis que representam aumento do ativo do adquirente e receita.

17.1 Indaga, ainda, se: i) esta bonificação eventualmente tratada como desconto condicional é receita financeira, sujeita, pois, às alíquotas de 0,65% para PIS/Pasep e 4% para Cofins; ii) se ela gera crédito da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins quando da entrada das respectivas mercadorias; iii) se o crédito eventualmente gerado está sujeito às alíquotas de 0,65% para a Contribuição para o PIS/Pasep e 4% para Cofins, nos termos do Decreto nº 8.426, de 2015, ou às alíquotas de 1,65% para a Contribuição para o PIS/Pasep e 7,6% para Cofins, nos termos das Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, e; iv) se quando da venda das referidas “mercadorias bonificadas”, a respectiva venda é tributada nos termos das Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003.

(...)

19. A despeito da natureza das receitas oriundas do recebimento de mercadorias em doação indagada pela consulente (se corresponde à receita financeira), na mesma linha de entendimento da Solução de Consulta Cosit nº 291, de 2017, foi publicada a Solução de Consulta Cosit nº 531, de 18 de dezembro de 2017, e cujo entendimento, por força dos artigos 31 e 33 da Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021, possui efeito vinculante no âmbito desta RFB.

20. Não obstante essa Solução de Consulta trate de descontos condicionais na aquisição de produtos de tributação concentrada, apresenta, inicialmente, uma abordagem genérica acerca da tributação incidente e trata, ainda, da natureza desses descontos (se comerciais ou financeiros), conforme se verifica na reprodução parcial a seguir:

(...)

20. Verificou-se que as receitas decorrentes dos descontos condicionais obtidos pela interessada configuram receita sujeita à incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no âmbito do regime não cumulativo (uma vez que a consulente se encontra submetida a esse regime) e que as referidas receitas não estão sujeitas à

alíquota zero de que trata o art. 2º da Lei nº 10.147, de 2000.

21. Cumpre analisar, a seguir, a aplicabilidade do Decreto nº 8.426, de 2015, que restabeleceu as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa das referidas contribuições.

(...)

25. Com efeito, embora as receitas decorrentes da venda de produtos farmacêuticos se encontrem submetidas à alíquota zero (tributação concentrada), as receitas financeiras auferidas pela consulente (submetida à apuração não cumulativa das contribuições) encontram-se sujeitas às alíquotas previstas no Decreto nº 8.426, de 2015.

26. Não significa dizer que os descontos condicionais obtidos pela empresa possam configurar, em qualquer caso, receitas financeiras.

27. Tratando-se de desconto condicional obtido, **a determinação da natureza da receita auferida depende da caracterização do negócio jurídico firmado entre a consulente e seus fornecedores, nos termos das condições contratuais pactuadas**, já que os descontos obtidos podem decorrer de acordo comercial que pretenda compensar o adimplemento antecipado do valor por ela devido ou oferecer compensação por metas alcançadas, reembolso de despesas com propagandas e promoções ou bonificações para custeio, dentre outros.

(...)

21. Da transcrição acima, destaca-se:

21.1 as mercadorias adquiridas de forma bonificada não constantes de nota fiscal de venda, configuram descontos condicionais, representam receitas para a adquirente, na medida em que representam ingresso de benefício econômico decorrente da redução do montante devido a fornecedores (redução de passivo);

21.2 **a natureza das receitas auferidas na forma de bonificações em mercadorias, se financeiras ou**

comerciais, determinará as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a respectiva aquisição; ou seja, as alíquotas previstas no Decreto nº 8.426, de 2015, se financeiras, ou as alíquotas aplicáveis no âmbito do regime não cumulativo, se comerciais.
(Grifos ausentes no original.)

Vê-se, portanto, que, a RFB corrobora o entendimento favorável à incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da Cofins, pois compreende como imprescindível a respectiva identificação nas notas fiscais das mercadorias adquiridas e a não sujeição a evento posterior para a caracterização dos descontos e das bonificações como “descontos incondicionais”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto alhures, os descontos incondicionais compõem o preço de um bem, não se sujeitando a qualquer evento superveniente, de tal sorte que o destaque nas notas fiscais das mercadorias adquiridas pelos varejistas se revela como uma condição necessária à sua configuração. Os descontos e as bonificações concedidas pelos fornecedores, destarte, devem cumprir dois requisitos, quais sejam, a incondicionalidade e a identificação em nota fiscal, com vistas à redução da base de cálculo do PIS e da Cofins, não bastando o mero uso do vocábulo “desconto” em instrumentos contratuais.

Não por outro motivo o STJ, ao decidir o Tema Repetitivo n. 144, entendeu ser a bonificação “uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda”, de modo a reduzir o preço médio dos produtos sem implicar a redução do preço total do negócio jurídico. Tratando-se de desconto incondicional, a bonificação não deve integrar a base de cálculo do ICMS. Contudo, “[a] bonificação, enquanto modalidade de desconto, só estaria inserida na base de cálculo do ICMS se estivesse submetida a uma condição” (REsp n. 1.111.156/SP, relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14/10/2009, DJe de 22/10/2009).

Porém, nem todos os descontos e todas as bonificações concedidas aos varejistas podem ser considerados descontos incondicionais. Assim, a análise dos casos demanda certa cautela, pois alguns contratos empresariais podem dificultar a identificação da natureza jurídica dos valores exigidos a título de desconto e bonificação, podendo escamotear a concessão de doações ou a remuneração pela prestação de serviços, conforme a hipótese.

Aliás, em certos casos, os descontos podem ser realizados diretamente no pagamento devido ao fornecedor pela varejista ou as bonificações podem configurar uma dação em pagamento. Sendo ambas formas de adimplemento das obrigações, não há razão em distinguir, para fins de incidência do PIS/Cofins e de caracterização dos valores como receita, os descontos realizados em compensação de créditos e débitos mútuos e as bonificações concedidas em mercadorias.

Inclusive, a Receita Federal do Brasil, na Solução de Consulta n. 57, de 15 de dezembro de 2022, manifestou o entendimento de que os valores correspondentes às obrigações extintas através da dação em pagamento em bens que integram o objeto principal das atividades da pessoa jurídica compõem a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

Ademais, tendo em vista que a tributação deve não só prevenir a criação de distorções no mercado, mas também combater os desequilíbrios estruturais que prejudicam a livre concorrência, especialmente em mercados formados por oligopsônios, deve-se destacar os riscos de dependência econômica dos fornecedores em relação às grandes redes de varejistas.

Em certos casos, pode-se verificar o estrangulamento e abuso de fornecedores, por meio da exigência de concessões de descontos ou a imposição de entregas de produtos a título gratuito.

A professora Paula Forgioni⁷ abordou o tema da seguinte maneira:

Os grandes supermercados, possuindo abertos os canais necessários ao escoamento dos produtos, lançam-se no mercado das coisas que comercializam. Aproveitando-se

⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 10ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 341-343.

das vantagens dessa integração vertical, podem oferecer bens com marca própria mais acessíveis, que concorrem diretamente com os fabricados por terceiros, forçando a redução de preços. As “guerras de preços” também são entendidas como benéficas e pró-concorrenciais, porque não seriam praticadas em intensidade apta a comprometer a sobrevivência dos players desse mercado.

(...)

No entanto, a questão não pode ser colocada de forma tão simples, muito menos no Brasil. A opção por fomentar grandes conglomerados gera o chamado *buyer's power*, ou seja, o poder econômico dos grandes varejistas sobre seus fornecedores, que, por sua vez, acabam em situação de dependência econômica. Consequentemente, ao contrário do que se pensava, efeitos anticoncorrenciais podem ser produzidos. Por exemplo, o desenvolvimento de marcas próprias pode dificultar o surgimento de novas marcas e de inovações tecnológicas, porque dificulta cada vez mais o acesso dos concorrentes aos canais de distribuição.

Em relação a esse tema, os seguintes fatores causam especial preocupação competitiva:

(a) estrangulamento e abuso dos fornecedores: a situação de dependência econômica dos fornecedores, da qual, muitas vezes, os varejistas se prevalecem, estrangula a margem de lucro dos primeiros. (...). No contexto francês, Sylvie Lebreton anota que, após a compra, pela Cora, da *Société Européenne des Supermarchés*, a *Société Grands Magasins B* (GMB), encarregada da distribuição, impôs aos fornecedores a renegociação das condições de compra, dentro da ideia de *participation à la corbeille de la mariée*. (...). Outras condutas bastante comuns são a exigência de vantagens como descontos financeiros, verbas de fidelidade, taxas de parcerias comerciais, colaboração em reformas e construções de novos pontos de venda, contribuição com promoções, garantia de margem de preço, obrigação de alocar funcionários próprios para trabalhar nas lojas. É frequente, também, a obrigação de entrega de “enxoval” (produtos fornecidos gratuitamente ou no início do relacionamento comercial, ou quando de promoções e inaugurações) e de efetuar a troca da mercadoria caso haja o vencimento do prazo de validade. Se, por um lado,

essas práticas poderiam diminuir o preço de venda para o consumidor; por outro, muitas vezes implicam abuso da situação de dependência econômica do fornecedor;

(b) **alta margem de lucro dos grandes varejistas**: entre as listas das maiores fortunas, há sempre nomes ligados ao grande varejo. Para muitos, isso significa que a margem de lucro dessas empresas é excessivamente elevada, e que eventuais ganhos obtidos em virtude do grande poder de barganha não são repassados aos consumidores, ao menos na medida em que seria de se esperar em mercado que se diz presidido por ferrenha competição;

(c) **aniquilamento de sistemas de distribuição tradicionais, integrados por empresas de pequeno e médio porte**: a invasão das áreas urbanas pelas grandes e “eficientes” redes varejistas pode significar o fim do comércio tradicional de menor porte. Ou seja, menor número de empresas, diminuição de pontos de venda à disposição dos consumidores e de opções de escoamento da produção para os fornecedores, especialmente os de menor porte. Algumas cidades preocupam-se com esse fato e, de uma forma ou de outra, impedem o estabelecimento de grandes varejistas nos chamados “centros urbanos”.

Dessa forma, a controvérsia quanto à inclusão ou não dos descontos e das bonificações concedidos por fornecedores na base de cálculo do PIS e da Cofins demanda a análise dos acordos empresariais firmados e as notas fiscais das mercadorias adquiridas, a fim de confirmar a natureza jurídica dos valores como “descontos incondicionais”.

Com a devida vênia aos bons argumentos da posição contrária à incidência, a dispensa do destaque dos valores nas notas fiscais das mercadorias adquiridas e a delimitação ao uso de expressões em cláusulas contratuais sem o exame de seu conteúdo possibilita que as formas de obtenção de receitas sejam dissimuladas, em contrariedade ao disposto no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, bem como podem submeter a relação jurídico-tributária e a definição do aspecto quantitativo dos tributos ao talante das convenções particulares, em contrariedade à inteligência do art. 123 do Código Tributário Nacional.

TUTELA PROVISÓRIA, TÉCNICAS COERCITIVAS
E EXECUÇÃO IMEDIATA DA MULTA
PERIÓDICA: reflexões sobre o julgamento do
EAREsp 1.883.876/RS pela Corte Especial do
Superior Tribunal de Justiça

Nancy Andrichi
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

**TUTELA PROVISÓRIA, TÉCNICAS COERCITIVAS E
EXECUÇÃO IMEDIATA DA MULTA PERIÓDICA: reflexões
sobre o julgamento do EAREsp 1.883.876/RS pela Corte
Especial do Superior Tribunal de Justiça**

Ministra Nancy Andrighi¹

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, registre-se a grande honra por participar desta edição da revista comemorativa dos 35 anos do Superior Tribunal de Justiça, agradecendo, desde logo e penhoradamente, ao eminente Ministro Raul Araújo, Diretor da Revista do STJ, pelo gentil convite.

O propósito deste ensaio é bastante objetivo. Por meio da revisitação de temas e institutos estruturais do direito processual civil, que permeiam o nosso cotidiano com extrema naturalidade, pretende-

¹ Ministra do Superior Tribunal de Justiça (1999). Doutoranda em Direito Transnacional pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Mestre em Mediação (Master Latinoamericano Europeo em Mediación) pelo Instituto Universitaire Kurt Bosch (Suíça - 2008), com tese defendida. Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Católica do Distrito Federal (1999). Pós-graduada pela Universidade de Ensino Unificado de Brasília (1996). Pós-graduada pela Universidade Vale dos Sinos – Unisinos (1976). E-mail: gab.nancy.andrighi@stj.jus.br.

se provocar algumas reflexões a respeito da função que a multa periódica possui no sistema de cumprimento das tutelas provisórias e se esse papel continuará a ser desempenhado, em sua plenitude, após o julgamento do EAREsp n. 1.883.876/RS pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

2. O REGIME JURÍDICO DIFERENCIADO PARA AS TUTELAS PROVISÓRIAS

O modelo de processo e, conseqüentemente, de tutela dos direitos que regerá a sociedade é, antes de tudo, uma escolha ideológica e política. O legislador, em determinados momentos históricos, elege determinados valores que reputa relevantes – variáveis a depender de inúmeros fatores sociais, econômicos, jurídicos, culturais, etc. – para balizar um sistema que orientará o modo pelo qual serão examinados os conflitos de interesses submetidos pelos jurisdicionados.

Em um passado não tão distante, o elemento segurança foi um dos vetores preponderantes desse sistema. No âmbito da tutela dos direitos por meio do processo, esse vetor se materializou, por exemplo, nas ideias de certeza, de cognição exauriente, de maturidade e de definitividade. O espaço para uma tutela sumária que não se amoldasse a esses ideais, conquanto existente, era bastante reduzido, como, por exemplo, ocorria nas hipóteses de concessão das ações cautelares².

Destacava-se que os jurisdicionados tinham direito a uma espécie de tutela-padrão estatal, assim compreendida como aquela que seria prestada em estrita observância ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, no qual os jurisdicionados teriam

em igualdade de condições, a oportunidade de formular suas razões de ataque e de defesa em face do litigante adversário, produzir provas, interpor recursos, enfim,

² Sobre o tema, confira-se por exemplo: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. As ações cautelares e o novo processo civil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 13/34.

utilizar amplamente os meios apropriados a fazer com que o prato da balança penda em seu favor³.

Esse modo de pensar o sistema de tutela de direitos, todavia, foi sendo paulatinamente modificado com o passar dos tempos. O valor segurança teve que ceder, e muito, em prol de outros valores reputados como igualmente relevantes pelo legislador. A inafastabilidade da jurisdição em sua perspectiva mais ampla e a efetividade do processo, por exemplo, ganharam um peso significativo e passaram a ser consideradas como vetores de grande importância.

Essa guinada política e ideológica tem, ao menos, dois grandes marcos: a constitucionalização do processo e a primazia da tutela específica são, indiscutivelmente, elementos transformados do direito processual e do sistema de tutela de direitos.

Muito sinteticamente, por constitucionalização do processo deve se compreender o modo de estudo dessa disciplina que tem como ponto de partida e de chegada a Constituição Federal, em especial os seus princípios e garantias processuais⁴. Esse modo de pensar, que hoje parece tão simplista e óbvio, foi profundamente transformador, uma vez que impôs a necessidade de compatibilização de distintos, e por vezes contrapostos, valores em situação de constante conflito e, de igual modo, impôs a releitura de uma série de institutos de modo a conformá-los com o texto constitucional.

A partir dessa necessidade de conformação entre valores distintos e contrapostos, mas tendo como premissa fundamental de que o processo é instrumento de realização do direito material, que, por vezes, em nome da segurança, não era adequadamente tutelado, diversas foram as modificações estruturais no âmbito do direito processual civil, em especial para viabilizar, mais amplamente, a cognição sumária e a concessão de tutelas provisórias.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 18/19.

⁴ LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3ª edição. São Paulo: RT, 2007. p. 19.

O diferimento do contraditório, antes excepcional, passou ser mais comum. O devido processo legal não poderia mais impedir a fruição mais rápida do bem da vida por aquele que aparente ter o direito, porque esse princípio também contempla a razoável duração do processo. A lesão ao direito aparente, compreendida na inafastabilidade da jurisdição, não poderia mais ser frustrada apenas em nome da ampla defesa⁵.

Em suma, o Estado, ao proibir a autotutela como regra, assumiu o monopólio da jurisdição e, com isso, igualmente se comprometeu a prestar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, condizente com o direito material e suas especificidades e que se desenvolve, dentre outros modos, com a arquitetura de procedimentos e técnicas diferenciadas de tutela dos direitos, inclusive e especialmente, a tutela provisória⁶.

Por outro lado, as ideias de que a liberdade era plena e intangível e de que a vontade humana era incoercível foram predominantes no sistema jurídico por muito tempo⁷. Esse modo de pensar, evidentemente, influenciou a forma de se estabelecer e interpretar o direito material e, conseqüentemente, o processo, de modo que, por décadas, compreendeu-se que a obrigação inadimplida por uma das partes deveria ser necessariamente convertida em perdas e danos⁸, o que se traduzia na “compra” do direito de descumprir uma obrigação anteriormente assumida⁹.

⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: RT, 2015. p. 61/62.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 25/66.

⁷ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil *in* Revista de Processo – RePro, ano 20, Vol. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, Outubro-Dezembro de 1995. p. 106.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer *in* Reforma do Código de Processo Civil. Coord: Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 253.

⁹ DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. 1ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2009. p. 416.

Mais adiante, contudo, percebeu-se que, para certos direitos, a tutela ressarcitória ou sancionatória era ineficiente, pois não tinha a aptidão de reparar adequadamente o dano causado pela lesão já consumada. Nesse sentido, é precisa a lição de José Carlos Barbosa Moreira, para quem nem mesmo aqueles direitos em que se admitiria, em tese, a reintegração plena, são real e plenamente reparáveis:

Será difícil de atingir a perfeita coincidência entre a realidade e a norma, quando menos pela razão óbvia de que a atividade processual, por mais bem ordenada que seja, nos textos e na prática, sempre consome algum tempo, durante o qual fica o titular privado da utilidade a que fazia jus segundo o direito material. O proprietário pode recuperar a coisa de que outrem se apoderara, o credor pode receber a importância que lhe era devida, mas nem sequer nessas hipóteses será lícito dizer que o processo lhes assegurou, efetivamente, vantagem igual à que gozariam se não ocorresse a lesão¹⁰.

Ainda na década de 70, a doutrina italiana¹¹⁻¹² identificou que os direitos de natureza não patrimonial estavam sujeitos a uma tutela jurisdicional diferenciada porque insuscetíveis de reintegração ou de restauração pelo seu equivalente monetário, como, por exemplo, os direitos da personalidade, os direitos possessórios e os direitos de propriedade industrial. No Brasil, o tema não escapou do crivo de José Carlos Barbosa Moreira:

A gravidade do problema sobe de ponto quando se pensa nas relações jurídicas de conteúdo não patrimonial, nas situações em que o ordenamento substantivo reconhece ou atribui à pessoa uma vantagem insuscetível de

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva in *Temas de direito processual*, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 22.

¹¹ FRIGNANI, Aldo. *Azione in cessazione* in *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. I. Turim: UTET, 1979. p. 11/22.

¹² RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 109/110.

traduzir-se com propriedade em termos pecuniários, ou exclusivamente tais. Basta pensar em certas categorias, longamente negligenciadas em contexto sócio-cultural desfavorável, típico – se quisermos fazer eco à denúncia do filósofo – de uma civilização mais voltada para o ter que para o ser, mas que nos últimos tempos vêm atraindo, com intensidade crescentes, a atenção de juristas inconformados com as lacunas de uma visão puramente economicística do intercâmbio humano¹³.

Como anteriormente mencionado, apenas havia no Brasil, nesse momento, a possibilidade de concessão de tutela provisória nas ações cautelares, cujo propósito era somente assegurar a utilidade de um processo ou sentença futura (embora as cautelares tenham sido desviadas de seu leito originário, por uma contingência do sistema, para permitir a fruição do próprio bem da vida pela parte, dando origem às chamadas cautelares inominadas satisfativas que, por muito tempo, serviram à tutela do próprio direito material¹⁴), bem como em determinadas ações de procedimento especial reguladas pelo CPC/73, como, por exemplo, nas ações possessórias.

Uma tutela provisória semelhante a existente atualmente, de caráter amplo e aplicável indistintamente a quaisquer espécies de procedimento, somente passou a existir com a reforma do CPC/1973 ocorrida no ano de 1994, com a inserção do art. 273 (tutela antecipatória) e art. 461 (tutela específica das obrigações de fazer e não fazer).

A generalização da tutela jurisdicional fundada em cognição sumária se tornou ainda mais relevante nas últimas décadas porque direitos fundamentais existentes foram potencializados (vida, intimidade, personalidade, saúde, dos consumidores, das crianças e adolescentes, etc.) e também porque novos direitos – ou novas feições de direitos existentes – de extrema importância à sociedade foram criados ou revelados (proteção de dados, novos arranjos familiares, relações diversas por meio de plataformas e redes, etc.).

¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva *in* Temas de direito processual, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 24.

¹⁴ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, Tomo I. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 200/251.

Desse modo, é correto afirmar que a tutela provisória é uma realidade absolutamente inafastável no atual sistema de tutela de direitos e do direito processual contemporâneo. São raríssimas as ações que não possuam um pedido de natureza liminar e, de fato, são muitas as situações de urgência em que se faz necessária a concessão de alguma medida que antecipe o próprio bem da vida ou que assegure a utilidade de processo ou da decisão futura.

Essa realidade, contudo, trouxe um interessante, mas nocivo efeito colateral. Historicamente, a sociedade compreendia que somente as decisões judiciais de mérito precisariam ser cumpridas e, ainda assim, apenas após a sua confirmação pelos Tribunais de 2º grau de jurisdição.

Significa dizer que apenas a sentença confirmada em grau de apelação possuía um grau de coercibilidade natural, inerente e independentemente de qualquer medida adicional. As decisões proferidas em 1º grau de jurisdição foram, por décadas, mero rito de passagem para atingir as decisões que efetivamente possuíam importância, isto é, aquelas que julgavam o recurso.

A modificação do sistema de tutela de direitos, a partir da qual se observa uma substancial valorização das decisões proferidas em 1º grau de jurisdição, sobretudo aquelas que concedem tutelas provisórias, aparentemente ainda não foi compreendida por uma parcela significativa da sociedade. Há quem continue a esperar a sua eventual confirmação pelo Tribunal de 2º grau e, enquanto isso, opte, conscientemente, pelo descumprimento de uma decisão judicial que produz efeitos de imediato, como se a decisão de 1º grau que concede a tutela provisória fosse uma simples recomendação judicial de cumprimento facultativo e desprovida de qualquer coercibilidade inerente.

Isso explica, evidentemente, porque a toda decisão concessiva de uma tutela provisória deve corresponder, automaticamente, a concessão de uma medida adicional, destinada especificamente a forçar o cumprimento pelo destinatário da ordem, usualmente de natureza coercitiva. Na maior parte das situações, a medida de apoio requerida pela parte e deferida pelos juízes é a chamada multa periódica (*astreinte*).

3. A MULTA PERIÓDICA E COERCITIVA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO VALOR DEVIDO PELO DESCUMPRIMENTO

A multa periódica pode ser conceituada da seguinte forma, como bem leciona **Araken de Assis**:

A multa pecuniária ou *astreinte* consiste na imposição ao obrigado ao pagamento de uma quantia, de regra por cada dia de atraso, mas que pode ser por outro interregno (semana, quinzena ou mês), como se infere do uso da palavra periodicidade no art. 537, §1º, e da expressão “por período de atraso” no art. 814, *caput*, no cumprimento da obrigação, livremente fixada pelo juiz e sem relação objetiva alguma com a importância econômica da obrigação ou da ordem judicial¹⁵.

A *astreinte* tem a sua origem no princípio do século XIX na França, instituída por construção pretoriana para efetivar as decisões judiciais¹⁶. Essa técnica apenas ganhou visibilidade, contudo, com a aceitação dessa possibilidade pela doutrina majoritária e com a decisão proferida em 1959 pela *Première Chambre Civile de la Cour de Cassation*, que determinou “que as astreintes, cujo único objetivo é vencer a resistência do obrigado, constituem medida inteiramente distinta das perdas e danos, não tendo por objeto compensar os prejuízos sofridos pelo autor em decorrência do atraso no descumprimento de determinada condenação pelo réu”¹⁷ e, finalmente, com a adoção expressa desse mecanismo pela legislação francesa de 1972.

A finalidade das técnicas de coerção e, em especial, da *astreinte*, não é a recomposição do prejuízo porventura experimentado pela pessoa

¹⁵ ASSIS, Araken de. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 797 a 823. v. 8 [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016.

¹⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33.

¹⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

que se beneficia da ordem judicial, mas, ao revés, é um instrumento voltado à defesa da autoridade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário¹⁸. A eventual criação de crédito pecuniário em favor do beneficiário da tutela provisória é uma simples consequência do descumprimento da ordem judicial pela parte adversária, eis que o objetivo da multa periódica é servir de apoio à tutela jurisdicional especificamente concedida pelo juiz¹⁹.

Por uma opção do legislador brasileiro (art. 537, § 2º, CPC), a multa periódica devida na hipótese de descumprimento é revertida ao beneficiário da ordem judicial, diferentemente do que ocorre em outros países, como, por exemplo, na Alemanha, em que a multa pelo descumprimento é revertida ao Estado²⁰. A reversibilidade ao Estado chegou a ser sustentada, na vigência do CPC/73 que não possuía uma regra explícita, por Sérgio Cruz Arenhart²¹.

Na vigência da legislação revogada, logo, sob um outro panorama jurídico, político, social e ideológico plasmado, sobretudo, no vetor da segurança, firmou-se o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que a multa diária,

devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 7. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2021.

¹⁹ ASSIS, Araken. Manual da Execução. 5. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2020.

²⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado *in* Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil – Estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis, coord: José Maria Rosa Tesheiner et. al. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 146.

²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas *in* Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Coord: José Miguel Garcia Medina et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 535.

sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo (tema 745/STJ).

A tese estava assentada, substancialmente, em duas razões: **(i)** risco de irreversibilidade da medida se porventura a parte beneficiária da tutela provisória levantasse os valores executados; **(ii)** disposição legal no sentido de que somente com a sentença, e não com decisões interlocutórias, haveria a possibilidade de execução.

Examinando-se a questão à luz do CPC/15, produzido em um outro panorama jurídico, político, social e ideológico, em que a efetividade se tornou um vetor da mais alta importância, percebe-se nitidamente que o legislador tratou de cuidar, proposital e especificamente, das duas questões apontadas no tema 745/STJ como óbices à execução provisória da *astreinte*²².

Com efeito, o art. 537, § 3º, CPC, foi o responsável por encontrar o ponto de equilíbrio entre a segurança e a efetividade e por resolver expressamente o problema da irreversibilidade dos efeitos da execução provisória da *astreinte* fixada em tutela provisória ao prever que é admissível o cumprimento provisório, mas limitado ao depósito judicial, condicionando-se o levantamento ao trânsito em julgado de sentença favorável à parte beneficiária da tutela provisória.

De outro lado, se no CPC/73 apenas as sentenças poderiam ser suscetíveis de execução, o art. 515, I, do CPC/15 tratou de alargar, propositalmente, esse conceito para também abranger às decisões *lato*

²² Afirma-se que essa foi uma opção consciente do legislador porque há menção expressa quanto à questão na Exposição de Motivos do CPC/15, *verbis*:

Como regra, o depósito da quantia relativa às multas, cuja função processual seja levar ao cumprimento da obrigação in natura, ou da ordem judicial, deve ser feito logo que estas incidem.

Não podem, todavia, ser levantadas, a não ser quando haja trânsito em julgado ou quando esteja pendente agravo de decisão denegatória de seguimento a recurso especial ou extraordinário.

Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material.

sensu que reconheçam a exigibilidade de obrigações em geral, tais como as decisões parciais de mérito e as decisões interlocutórias concessivas de tutelas provisórias.

Esse novo panorama normativo foi bastante festejado por parte muito significativa da doutrina brasileira²³. Isso porque a inovação foi a oportunidade de, a um só tempo, aumentar a coercibilidade das decisões proferidas em cognição sumária, de conferir efetividade à tutela dos direitos, de valorizar a atividade jurisdicional desenvolvida em 1º grau de jurisdição, de implementar concretamente o princípio da primazia da tutela específica e, finalmente, de reafirmar a autoridade e o respeito natural e inerente às decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: volume único. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1200; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2021; AMARAL, Guilherme Rizzo In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2022; FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2022; CRUZ E TUCCI, José Rogério In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 485 ao 538 [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Processo Civil. v. 3. [livro eletrônico]. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023; MEDINA, José Miguel García Medina. Código de Processo Civil Comentado. 5. ed. ver. atual. e ampl. [livro eletrônico] São Paulo: RT, 2021; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; JÚDICE, Mônica. Os contornos conferidos pelo CPC/2015 para a multa periódica nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa. Revista de Processo, vol. 273, p. 171 – 188, nov./2017; ROMANO, Giliani Costa. O instituto da multa coercitiva (astreintes) no novo Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais, vol. 967, p. 305-315, maio./2016; DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 710; BUENO, Cassio Scarpinella In GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. (Coords.). Comentários ao Código de Processo Civil: da liquidação e do cumprimento de sentença [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2018; PEREIRA, Rafael Caselli. A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 224.

4. ALGUMAS REFLEXÕES ESPECÍFICAS SOBRE O JULGAMENTO DO EARESP 1.883.876/RS PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do cenário introduzido pelo CPC/15, a 3ª Turma do STJ, por unanimidade, fixou o entendimento de que não se aplica a tese firmada no tema 745/STJ na vigência da nova legislação processual, essencialmente pelos mesmos fundamentos anteriormente expostos²⁴. Esse entendimento foi posteriormente ratificado pela 2ª Turma da Corte, também à unanimidade²⁵.

A despeito disso, a 4ª Turma do STJ manteve-se fiel ao entendimento fixado no tema 745/STJ mesmo às hipóteses regidas pela nova legislação processual²⁶, de modo que era possível prever que a questão, invariavelmente, chegaria à Corte Especial.

Em julgamento iniciado na sessão de 02/08/2023 e concluído na sessão de 23/11/2023, a Corte Especial do STJ, por 6 votos a 4, negou provimento a embargos de divergência em agravo em recurso especial opostos contra acórdão proferido pela 4ª Turma do STJ, mantendo-se o entendimento de que o tema 745/STJ ainda seria aplicável mesmo após a entrada em vigor do CPC/15²⁷.

Embora o acórdão ainda não tenha sido publicado ao tempo da confecção deste artigo, é importante que se façam alguns registros a respeito do julgamento.

Em primeiro lugar, chama a atenção que o quórum da Corte Especial neste julgamento não estava completo (em razão de ausências

²⁴ REsp 1.958.679/GO, 3ª Turma, DJe 25/11/2021, rel. Ministra Nancy Andrighi.

²⁵ AREsp 2.079.649/MA, 2ª Turma, DJe 10/03/2023, rel. Ministro Francisco Falcão.

²⁶ AgInt no AREsp 1.883.876/RS, 4ª Turma, DJe 20/10/2022, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti; AgInt no REsp 1.851.904/SP, 4ª Turma, DJe 17/05/2023, rel. Ministro João Otávio de Noronha e AgInt nos EDcl no REsp 2.048.631/PR, 4ª Turma, DJe 05/10/2023, rel. Ministro Marco Buzzi.

²⁷ EAREsp 1.883.876/RS, Corte Especial, j. 23/11/2023, rel. Ministro Luís Felipe Salomão.

justificadas, aposentadorias e impedimentos, somente dez Ministros proferiram voto), não tendo sido atingida sequer a maioria simples no julgamento.

Em segundo lugar, é interessante observar que um dos eminentes Ministros que compôs a maioria havia votado em sentido oposto na 2ª Turma e, no julgamento da Corte Especial, fez menção ao fato de que o recurso em julgamento possuía determinada particularidade – a ausência de referência à multa periódica na sentença – que lhe indicava ser prudente manter o entendimento anteriormente firmado, mas que seria importante que a questão viesse a ser reexaminada com o específico enfoque de superação do tema 745/STJ e em um processo que não possuísse nenhuma singularidade, ocasião em que se poderia adotar uma outra posição a respeito do tema.

Esses dois elementos levam à conclusão, respeitosamente, de que o recente julgamento do EAREsp n. 1.883.876/RS pela Corte Especial do STJ não se tratou, em verdade, de um julgamento capaz de formar um precedente vinculante nos moldes do art. 927, V, CPC, mas, ao revés, tratou-se de um julgamento limitado especificamente à hipótese em julgamento. Com a máxima *venia*, a questão está absolutamente em aberto e deverá ser objeto de novo enfrentamento no futuro, em composição mais próxima da plena, em recurso que não possua qualquer particularidade ou, até mesmo, sob o específico mecanismo de superação do tema 745/STJ em virtude da nova realidade normativa.

Para além disso, dos debates orais ocorridos na sessão de julgamento da Corte Especial do STJ e que muito possivelmente serão refletidos nos votos que comporão o acórdão do EAREsp n. 1.883.876/RS, saltam aos olhos dois fundamentos para a manutenção do tema 745/STJ após a entrada em vigor do CPC/15.

O primeiro fundamento é de que, segundo o art. 537, § 3º, CPC, a execução da multa continuaria condicionada à confirmação superveniente de acerto da decisão que a fixou por sentença favorável à parte que dela se beneficiou.

Contudo, esse entendimento desconsidera, com todo o respeito, que a regra delineada pela nova legislação processual inaugura uma espécie

de execução bifásica da multa periódica, em que se admite o início da execução provisoriamente baseada na decisão concessiva da tutela provisória até determinada fase (apenas com o depósito em juízo do valor devido pelo descumprimento), mas se condiciona o prosseguimento e ultimateção dos atos executivos (inclusive e especialmente o levantamento) ao julgamento de mérito favorável à parte beneficiária da tutela provisória.

A adoção dessa estrutura nos convida a retornar ao preâmbulo deste ensaio e a refletir, novamente, sobre as mudanças políticas e ideológicas experimentadas pelo sistema de tutela de direitos nas últimas décadas, que migrou de uma configuração normativa em que apenas o vetor segurança possuía extrema relevância para um outro modelo em que a efetividade passa a ser de igual importância, buscando-se atingir um ponto de equilíbrio que permita a adequada tutela do direito material.

Desse modo, para que se possa interpretar corretamente um novo dispositivo legal, não pode o intérprete deixar de considerar o atual contexto político, social, ideológico e jurídico em que a regra foi concebida. Dito de outro modo, não se pode pretender que uma regra do CPC/15 continue trazendo consigo valores que foram consagrados pela legislação revogada, cuja criação remonta há mais de 40 anos.

O segundo fundamento é de que a execução provisória da multa periódica permitiria ou incentivaria a prática de abusos processuais, em especial aquele em que a parte, abdicando da obrigação principal ou da tutela específica inicialmente pretendida e obtida, passaria a perseguir ou se interessar mais especificamente pelo valor originado do descumprimento da ordem judicial.

A respeito desse fundamento, é evidente que a conduta da parte que renuncia à tutela provisória em seu favor deferida para buscar o valor da multa periódica originado do descumprimento da ordem judicial provoca o enriquecimento sem causa, é censurável e não pode receber a chancela do Poder Judiciário.

Ocorre que não há respaldo em um estudo sério e suficientemente abrangente a respeito da quantidade de abusos nesse sentido que pudesse, ao menos em tese, sustentar a possibilidade de afastamento de uma regra expressa. Não se questiona que abusos existem, mas, repise-se, não

é possível, com base nos elementos que possuímos à nossa disposição, concluir que existiriam mais abusos de beneficiários da tutela provisória do que abusos porventura praticados por pessoas contra quem a tutela provisória foi deferida.

Diante desse cenário, afastar uma regra que é fruto de uma evolução histórica, construída a partir de bases muito sólidas e que possui finalidades extremamente nobres e importantes ao sistema de tutela de direitos com base, ao que nos consta, em situações pontuais de abusos por seus beneficiários, equivale a afastar uma regra com base em situações excepcionais – e isso, com o devido respeito, não é salutar a nenhum ordenamento jurídico.

Finalmente, os abusos e os excessos decorrentes do mau uso da regra que permite a execução provisória e parcial da multa periódica possuem modos de controle e de coibição no próprio ordenamento jurídico, porque essas práticas são contrárias à boa-fé. A solução foi preconizada pela doutrina há mais de 13 anos:

Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito. Trata-se, pois, de mais um ilícito processual caducificante.²⁸

E, não custa lembrar, o Superior Tribunal de Justiça está sempre atento à coibição dos abusos e excessos praticados pelos beneficiários de tutelas provisórias, decotando, quando cabível, dos valores devidos a título de multa periódica àqueles decorrentes da inércia e da omissão de seus beneficiários²⁹.

²⁸ DIDIER JR., Fredie. *In* ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 583.

²⁹ REsp 1.840.280/BA, 3ª Turma, DJe 09/09/2021, rel. Ministra Nancy Andrighi.

5. CONCLUSÕES

Em arremate, razão nenhuma há para que se descarte por completo a alvissareira novidade contida no art. 537, § 3º, CPC, que equilibra os vetores de segurança e efetividade processual, viabiliza instrumentos de técnica adequada de tutela dos direitos e representa uma escolha política e ideológica do legislador perfeitamente alinhada com a sociedade em que vivemos atualmente.

Sem nenhuma tentativa de utilização de argumentos *ad terrorem*, é perfeitamente possível visualizar que essa primeira tentativa de revisitação do tema pela Corte Especial do STJ poderá implicar em uma crise de autoridade das decisões judiciais proferidas em 1º grau de jurisdição, especialmente aquelas concessivas de tutelas provisórias, com potencial nocivo à tutela de direitos fundamentais muito caros à sociedade.

Com efeito, o enfraquecimento da coercibilidade das decisões judiciais coloca em evidência um outro elemento, que se quis sepultar, que é o sopesamento econômico do cumprimento ou não da ordem judicial. Esse elemento pode ser reduzido em uma pergunta que, em verdade, jamais deveria ser feita: é mais vantajoso cumprir a decisão judicial, porque a multa é executável parcialmente desde logo, ou é mais vantajoso descumprir a decisão judicial, porque o benefício econômico auferido compensa eventual perda futura que somente será experimentada após a sentença?

Por fim, é preciso destacar uma profunda disfunção que a completa retirada de eficácia do art. 537, § 3º, CPC poderá trazer ao sistema processual e a potencialidade nociva que esse entendimento poderá trazer à coesão e coerência do ordenamento.

É que, como se sabe, a multa periódica (*astreinte*) é uma das técnicas de coerção (a mais famosa e utilizada), mas não é a única técnica de coerção disponível no sistema. Na forma do art. 297, *caput* e parágrafo único, CPC, faculta-se ao juiz adotar medidas adequadas para efetivação da tutela provisória, que serão cumpridas pelo regime do cumprimento provisório de sentença. Trata-se de uma cláusula geral de coercibilidade, de amplo espectro e que pode ser utilizada com bastante criatividade.

Significa dizer que o juiz, diante da ineficiência da multa periódica depois do julgamento do EAREsp n. 1.883.876/RS pela Corte Especial do STJ (e após sua eventual confirmação em julgamento com quórum qualificado e amplo debate), poderá adotar uma outra medida de apoio, até mesmo mais drástica do que o simples depósito do valor da multa vencida, e essa outra medida, ainda mais severa, poderia ser imediatamente executada.

Essa disfunção que retira a coerência do ordenamento jurídico fica ainda mais evidente se examinarmos a situação da prisão civil do devedor de alimentos, que é uma medida coercitiva que tem por finalidade dobrar sua renitência. Não há dúvida – art. 528, § 8º, CPC – de que, inadimplida a dívida alimentar fixada em tutela provisória, haverá a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor, ou seja, de implementação integral e irreversível de uma técnica coercitiva fundada em cognição sumária.

E estamos cá a dizer que não seria possível compelir o descumpridor de uma ordem judicial a depositar, apenas depositar, em juízo o valor da multa devida em função do desrespeito à ordem judicial. É preciso refletir urgente e profundamente sobre o que esperamos e pretendemos em termos de efetividade dos direitos pelo processo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil *in* Revista de Processo – RePro, ano 20, Vol. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, Outubro-Dezembro de 1995.

AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMARAL, Guilherme Rizzo *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas *in* Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Coord: José Miguel Garcia Medina et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ASSIS, Araken de. *In* ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 797 a 823. v. 8* [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016.

ASSIS, Araken. *Manual da Execução. 5. ed.* [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2020.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *As ações cautelares e o novo processo civil. 2ª edição.* Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela sancionatória e tutela preventiva in Temas de direito processual, 2ª série.* São Paulo: Saraiva, 1980.

BUENO, Cassio Scarpinella. *In* GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: da liquidação e do cumprimento de sentença* [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério *In* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 485 ao 538* [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. 1ª ed.* Bahia: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *In* ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva.* São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. ver. atual. e ampl.* São Paulo: Atlas, 2017.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; JÚDICE, Mônica. *Os contornos conferidos pelo CPC/2015 para a multa periódica nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa.* *Revista de Processo*, vol. 273, nov./2017.

FRIGNANI, Aldo. *Azione in cessazione in Novissimo Digesto Italiano. Vol. I.* Turim: UTET, 1979.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer *in* Reforma do Código de Processo Civil. Coord: Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, Tomo I. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3ª edição. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 7. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. Código de Processo Civil Comentado. 5. ed. ver. atual. e ampl. [livro eletrônico] São Paulo: RT, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: volume único. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEREIRA, Rafael Caselli. A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

RAPISARDA, Cristina. Profili della tutela civile inibitoria. Padova: Cedam, 1987.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado *in* Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil – Estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: RT, 2015.

ROMANO, Giliani Costa. O instituto da multa coercitiva (astreintes) no novo Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais, vol. 967, maio./2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Processo Civil. v. 3. [livro eletrônico]. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

A BOA-FÉ NO DIREITO CONTRATUAL
BRASILEIRO E AS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

João Otávio de Noronha
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A BOA-FÉ NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO E AS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

Ministro João Otávio de Noronha

“A boa-fé objetiva, que se situa no terreno das relações obrigacionais e do negócio jurídico em geral, se caracteriza como regra de reta conduta do homem de bem no entendimento de uma sociedade em certo momento histórico.”¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução da boa-fé no direito brasileiro. 3. A boa-fé objetiva. 4. O dever de respeitar as expectativas legítimas na boa-fé objetiva. 5. A expectativa legítima nos tribunais. 6. Expectativas não legítimas. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A boa-fé é um princípio que tem sido cada vez mais considerado fundamental no direito contratual brasileiro, tal como uma norma de ordem pública a orientar as relações jurídicas obrigacionais.

¹ ALVES, 1999, p. 193.

Presente desde o Código Civil de 1916 até a legislação atual, a boa-fé objetiva também é reconhecida como uma regra de conduta essencial para garantir a confiança e a segurança nas relações entre as partes contratantes.

Já o princípio da confiança tem por função a tutela das expectativas legítimas e está intimamente associado ao princípio da boa-fé, porquanto por expectativas legítimas considera-se o que se espera do comportamento alheio.

É crescente o uso da noção de expectativa legítima no âmbito da aplicação do princípio da boa-fé. Isso tem sido observado em um número recorrente de julgados, bem como em trabalhos doutrinários, passando para as relações privadas.

O presente trabalho é de cunho mais prático que doutrinário, por isso tratará rapidamente de aspectos históricos e não adentrará a abordagem sobre a boa-fé subjetiva. A proposta é desenvolver um raciocínio mais livre que acompanhe a evolução da matéria, principalmente no que diz respeito ao dever anexo de informação e às expectativas legítimas geradas nas relações obrigacionais.

2 A EVOLUÇÃO DA BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução da abordagem da boa-fé nos diversos marcos legislativos do direito brasileiro reflete a forma como foi ganhando importância no contexto das relações contratuais e obrigacionais.

2.1 Código Comercial

Segundo informa Moreira Alves², já no Código Comercial de 1850, a boa-fé objetiva aparece – art. 131, § 1º – como regra de conduta no tocante à interpretação dos contratos. O dispositivo tinha a seguinte redação: “A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-

² ALVES, *op. cit.*, p. 194.

fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.”

Moreira Alves comenta que esse dispositivo, que se apresentava com natureza de cláusula geral, era, à época, tido como “simplex princípio de hermenêutica que se baseia na boa-fé subjetiva”.

2.2 Código Civil de 1916

Considerando-se o atual Código Civil, no de 1916, a boa-fé tinha um papel menos proeminente. Estava presente em algumas disposições, por exemplo, nos arts. 159 e 422, e era associada à ideia de honestidade e lealdade nas relações jurídicas, mas sua aplicação não abrangia todas as fases do contrato, diferentemente de como hoje é pensada.

Conforme a Ministra Nancy Andriighi, ao relatar o Recurso Especial n. 803.481/GO,

a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal³.

Nesse código, a boa-fé estava adstrita a determinadas hipóteses do direito das coisas, notadamente da posse, assim classificada em posse de boa-fé e de má-fé. Mas a boa-fé objetiva praticamente foi omitida, salvo em hipóteses específicas como a do art. 1.443, para o contrato de seguro.

2.3 Código Civil de 2002

Com o decorrer dos anos, a boa-fé objetiva foi ganhando espaço e, com o advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, passou a ter papel central no ordenamento jurídico brasileiro.

³ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>.

O art. 422 do Código Civil estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Contudo, o verdadeiro ingresso no ordenamento jurídico deu-se com o Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990, que incorporou a boa-fé como um dos princípios norteadores das relações de consumo. Ela tinha um caráter pró-consumidor, estabelecendo a proteção do consumidor como prioridade e impondo aos fornecedores o dever de agir com transparência, honestidade e lealdade.

Também da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o Recurso Especial n. 595.631/SC, assim ementado:

Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato.

- O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio.

- O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual.

- A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa.

- A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o *quantum* determinado revela-se irrisório ou exagerado.

Recursos não providos.⁴

2.4 Princípios do UNIDROIT

Não se pode desenvolver um histórico adequado sobre a boa-fé, mesmo que suscinto, sem fazer referência aos princípios do UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado). Tais

⁴ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>.

princípios orientam diversos aspectos das relações contratuais e têm na boa-fé seu fundamento norteador básico.

Confira-se o art. 1.7, que trata da boa-fé e da lealdade negocial⁵:

(1) As partes devem proceder em conformidade com as exigências da boa-fé no comércio internacional.

(2) As partes não podem excluir nem limitar o alcance desta obrigação.

2.5 Abordagens nos diferentes códigos

Essa pequena abordagem mostra como a boa-fé nos diversos normativos reflete um reconhecimento crescente da importância desse princípio no direito brasileiro. Enquanto o Código Civil de 1916 tratava a boa-fé de forma mais restrita, o Código Civil de 2002 e o projeto do novo código deram ao instituto papel de base, reconhecendo-o como princípio basilar orientador das relações obrigacionais.

Isso se verifica inclusive na forma como esse princípio foi tratado no Código de Defesa do Consumidor, como regra de sustentação da proteção dos direitos dos consumidores.

Moreira Alves, valendo-se de Antunes Varela, afirma que o princípio da boa-fé, em matéria de obrigações, não se encontrava explicitamente formulado no Código Civil Brasileiro (1916), o que não era a realidade do código francês (art. 1.134), do código alemão (§ 242), do código italiano (art. 1.366) e do código português de 1966, que continham dispositivos estabelecendo sua aplicação no cumprimento das obrigações. Observe-se:

Pode-se, todavia, sustentar que a regra da boa-fé constitui um dos princípios gerais de direito abrangidos na remissão genérica do artigo 4º da Lei de Introdução, em face das suas aflorações especiais noutras zonas do Direito vigente. Cfr., a propósito, o disposto nos artigos 14, 16 e 17 do Código de Processo Civil (sobre a boa-fé no domínio da atividade

⁵ UNIDROIT, 2020.

processual). Nos artigos 482 e 483 da CLT (acerca do comportamento exigido das partes, no âmbito da relação laboral) e nos artigos 1.443 e seguintes do Código Civil (no tocante aos deveres dos contraentes, na celebração do contrato de seguro).⁶

3 A BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé nada mais é do que uma norma de conduta, pois impõe parâmetros de conduta aos sujeitos das relações sociais, criando direitos e obrigações anexas àquelas existentes nos contratos, no intuito de alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes.

Para Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva aponta, concomitantemente, para um instituto ou modelo jurídico; para um *standard* ou modelo comportamental a ser adotado pelos partícipes das relações obrigacionais; e para um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta um estado ideal das coisas)⁷.

Pelo princípio da boa-fé objetiva, espera-se lealdade no cumprimento do contrato, considerando todas as suas fases, transparência na redação do ajuste, cuidado e esclarecimentos necessários, além de um justo equilíbrio entre as partes contratantes.

Exige comportamentos que não causem surpresa ou firam as expectativas dos contratantes, nascidas de seus respectivos comportamentos. Impõe deveres de colaboração e cooperação, bem como de proteção e cuidado com a pessoa e seu patrimônio.

Pacheco, ao se referir à relação jurídica obrigacional como uma totalidade, ou seja, como um processo, esclarece que o princípio da boa-fé objetiva traduz uma ordem de cooperação:

Em qualquer uma de suas funcionalidades, o que é marcadamente comum é a regra de conduta que a boa-fé objetiva cria e que pode ser resumida como o dever de

⁶ ALVES, *op. cit.*, p. 195.

⁷ MARTINS-COSTA, 2018, p. 282.

respeito às expectativas legitimamente criadas na outra parte.⁸

Essa conduta leal exigida dos contratantes gera deveres anexos ou laterais de conduta também com o fim de manter as expectativas legítimas dos contratantes, sem desconsiderar a manutenção da confiança recíproca. Tais deveres anexos de conduta variam a depender do contexto jurídico e das circunstâncias específicas de uma situação.

No entanto, há alguns deveres que são comuns e frequentemente associados à boa-fé objetiva. São eles:

1. **Dever de informação:** traduz-se como o dever de compartilhar informações relevantes para o ajuste durante a negociação e execução de um contrato. Isso significa divulgar informações que possam afetar a decisão da outra parte de firmar o contrato ou que sejam importantes para a execução adequada do contrato.

2. **Dever de cooperação:** por cooperação, entende-se que as partes devem colaborar durante a execução do contrato. Cooperar é agir com lealdade e não obstruir ou impedir⁹. Isso inclui tomar medidas razoáveis para resolver questões que surjam durante a execução do contrato e trabalhar numa solução mutuamente satisfatória.

3. **Dever de lealdade e confiança:** as partes devem abster-se de medidas que violem a confiança depositada nelas pela outra parte. Isso inclui agir no melhor interesse do contrato. O ordenamento jurídico repele a prática de condutas contraditórias, impregnadas ou não de malícia ou torpeza, que importem em quebra da confiança legitimamente depositada na outra parte da relação contratual¹⁰.

4. **Dever de respeitar as expectativas legítimas:** uma parte tem o dever de respeitar as expectativas legítimas da outra parte em relação ao

⁸ PACHECO, 2023, p. 65-66.

⁹ EROLES, 2018, p. 97.

¹⁰ Recurso Especial n. 1.944.616/MT. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar>.

contrato. Isso significa não tomar medidas que violem o que razoavelmente uma delas espera da outra com base nas circunstâncias do contrato.

Esse dever, foco do presente trabalho, é resultado da observância dos princípios da equidade e confiança nas transações negociais, no reconhecimento de que as partes, muitas vezes, baseiam suas decisões nas expectativas que criam em relação ao contrato. É certo que aqui se trata de expectativas razoáveis, de forma que estão fora desse contexto aquelas que ultrapassam o bom senso. É nesse limite entre um e outro (o razoável e o que transcende o bom senso) que residem as divergências cuja resolução é deixada ao arbítrio do Judiciário.

4 O DEVER DE RESPEITAR AS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS NA BOA-FÉ OBJETIVA

Dentro do contexto da boa-fé objetiva, um dos deveres anexos de conduta é o de respeitar as expectativas legítimas das partes envolvidas em uma relação jurídica contratual. Tem sido bastante recorrente seu estudo no direito brasileiro, inclusive há diversas decisões judiciais alicerçadas no respeito a esse conceito.

A questão está no subjetivismo, no uso retórico e vago da expressão, o que pode levar à banalização do instituto, sendo certa a necessidade de maior desenvolvimento dogmático, o que, na verdade, é papel doutrinário¹¹.

4.1 O significado de expectativa legítima

Uma expectativa legítima pode ser entendida como uma crença razoável que uma parte tem em relação às ações, comportamentos ou resultados esperados em determinada situação contratual ou jurídica. Essas expectativas são formadas com base em uma variedade de fatores, incluindo as disposições expressas do contrato, práticas comerciais comuns, comunicações entre as partes, mas principalmente o comportamento passado das partes.

¹¹ PETERSEN, 2020, p. 120.

Marília Siqueira da Costa¹² afirma que a relevância do tratamento do comportamento que leva à conclusão de um contrato decorre de ele carregar em si uma declaração de vontade, seja tácita ou expressa, e que constitui elemento cerne de existência do negócio jurídico, de forma que, ao se falar em comportamento concludente, quer-se tratar de conduta da qual é possível inferir uma declaração tácita, devendo ser seu conteúdo determinado por meio de interpretação, da mesma forma como ocorre com a declaração expressa. Esclarece:

A determinação da concludência do comportamento não deve ser feita pela análise dos elementos subjetivos do sujeito; a verificação há de ser objetiva, voltada para a conduta. O nexo de concludência deve ser caracterizado a partir de padrões práticos, ou seja, de acordo o “metro do homem médio” ou a “vida dos negócios”. Assim, reforçando o que se afirmou anteriormente, Paulo da Mota Pinto explica que não há maiores especificidades na interpretação da declaração tácita, devendo-se aplicar a ela os mesmos critérios gerais de interpretação da declaração expressa.

Tendo em vista o sentido comportamental, são três os institutos afins, porquanto a boa-fé, com a imposição de uma conduta leal, abraça em si a proteção da confiança, das quais exsurge a expectativa legítima.

Não há formas definidas para a hipótese de expectativa legítima, que pode ser esperada sob circunstâncias absolutamente distintas, nem por isso menos legítimas. Deve-se observar sempre que as circunstâncias sejam objetivas e razoáveis, nas quais uma parte possa esperar que a outra respeite e honre o ajustado.

São vários os exemplos encontrados. Seguem alguns, de situações hipotéticas em áreas variadas do direito:

a) O locatário de um imóvel residencial que decide por determinado imóvel com base na promessa do locador de que certas melhorias serão feitas antes da mudança. O locatário que espera por tais melhorias tem uma expectativa razoável de que elas sejam concluídas conforme acordado.

¹² COSTA, 2018, p. 87-89.

Ainda assim, tal situação pode variar de acordo com a proposta do locador, que vai desde o compromisso de efetivar tais reformas até a possibilidade de apenas fazer insinuações a respeito, deixando o interessado a um passo anterior da expectativa.

b) Se dois empresários têm um histórico de transações comerciais, de anos consecutivos, com base num padrão de comportamento linear, é legítimo que cada um espere que o outro continue agindo da mesma forma, enquanto ausente algum fato que possa levar à rescisão contratual.

c) No contrato de seguro de vida cujo prêmio foi pago conforme ajustado, os beneficiários indicados pelo segurador têm expectativa de receber a indenização na hipótese do evento “morte natural”, tratando-se de expectativa legítima.

Portanto, o conceito de expectativa legítima garante às partes que confiem umas nas outras e ajam de acordo com as expectativas razoáveis que foram criadas ao longo do relacionamento contratual ou jurídico.

Em contrapartida, a ausência de razoabilidade não valida expectativas infundadas. Então, utilizando os exemplos acima, no caso do inquilino, seria irracional esperar que promessas de melhorias no imóvel se traduzam em uma reforma completa com itens de luxo que não condizem com o padrão da propriedade. Da mesma forma, se um dos empresários comprometer o contrato por meio de ações imprudentes, não deve presumir que a outra parte vá manter suas obrigações como se nada tivesse acontecido. Igualmente, foge ao bom senso que o beneficiário de seguro deseje receber a indenização antes da ocorrência do sinistro, apenas porque o segurador se encontra em estado grave em uma UTI.

Tais expectativas carecem de legitimidade, pois se desviam do princípio de bom senso exigido quando a questão se refere a expectativas legítimas.

5 A EXPECTATIVA LEGÍTIMA NOS TRIBUNAIS

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o direito à expectativa legítima em direito administrativo, entendendo que o cidadão deve ser protegido contra alterações repentinas ou retroativas nas políticas públicas que possam afetar situações consolidadas sob a vigência de determinada norma.

Pode-se citar o caso julgado no Recurso Especial n. 1.501.077¹³, que trata da anistia política, inicialmente concedida e anulada posteriormente. A ação foi julgada procedente em primeiro e segundo graus, de forma que aqueles que receberam benefícios, conforme a portaria original, poderiam ter desenvolvido uma expectativa de que esses benefícios continuariam, especialmente se não houvesse evidências claras de que a concessão fora feita com base em critérios não exclusivamente políticos. Na hipótese, o autor havia sido anistiado, de acordo com a Portaria n. 244, de 10 de agosto de 2003, mas, em 2012, com a publicação da Portaria n. 3.025, o ato concessivo da anistia foi anulado.

Assim, é impróprio impor ao autor da ação a devolução dos valores recebidos, pois era legítima a expectativa de que os atos administrativos que concederam o benefício eram válidos; portanto, ele teria agido de boa-fé ao aceitá-los.

Isso está alinhado com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima dos cidadãos nas ações do Estado.

Como exemplificado no item anterior, os contratos de locação são um exemplo comum de transações jurídicas que envolvem expectativas legítimas das partes envolvidas. Quando um locatário e um locador celebram um contrato de locação, baseiam suas decisões e ações nas expectativas razoáveis que têm em relação ao contrato e à conduta um do outro. Um exemplo comum é a expectativa de que o locador mantenha o imóvel em boas condições de habitabilidade.

Se consideradas as práticas de comportamento, é razoável que o locador espere que o locatário que sempre pagou o aluguel pontualmente continue a cumprir essa obrigação contratual até a finalização do contrato.

O STJ julgou interessante caso em que não reconheceu que havia expectativa legítima: o locatário esperou do locador que deixasse de reajustar o valor dos aluguéis, uma vez que não o fizera nos últimos cinco anos. Trata-se do Recurso Especial n. 1.803.278/PR¹⁴, o qual trouxe a

¹³ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON>.

¹⁴ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON>.

figura da *supressio*, para cuja configuração exigem-se: a) a inércia do titular do direito subjetivo; b) o decurso de tempo capaz de gerar a expectativa de que esse direito não será mais exercido; e c) a deslealdade em decorrência de seu exercício posterior, com reflexos no equilíbrio da relação contratual.

O STJ entendeu que a atitude do locador não era configurativa da expectativa do locatário de que jamais teria seu aluguel reajustado, porquanto isso destoaria da realidade, pois a atualização do valor do aluguel é uma prática de mercado, e a boa-fé objetiva no caso socorria o locador. Confira-se a ementa do precedente:

RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO COMERCIAL. ALUGUÉIS. REAJUSTE. CLÁUSULA CONTRATUAL. PREVISÃO. CINCO ANOS. COBRANÇA. INEXISTÊNCIA. VALORES RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ OBJETIVA. *SUPRESSIO*.

1. Recursos especiais interpostos 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, não tendo exercido o direito de reajustar os aluguéis durante o período de 5 (cinco) anos, com base em cláusula contratual expressa, pode o locador exigir o pagamento de tais valores, inclusive de retroativos, após realizada a notificação do locatário.
3. A *supressio* decorre do não exercício de determinado direito, por seu titular, no curso da relação contratual, gerando para a outra parte, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a legítima expectativa de que não mais se mostrava sujeito ao cumprimento da obrigação.
4. Hipótese em que o acórdão recorrido concluiu que o locador não gerou a expectativa no locatário de que não mais haveria a atualização do valor do aluguel durante todo o período contratual (vinte anos), mas que apenas não seria exigida eventual diferença no valor já pago nos 5 (cinco) anos anteriores à notificação extrajudicial.
5. Destoa da realidade fática supor que, no caso, o locatário tivesse criado a expectativa de que o locador não fosse mais reclamar o aumento dos aluguéis e, por esse motivo, o decurso do tempo não foi capaz de gerar

a confiança de que o direito não seria mais exercitado em momento algum do contrato de locação.

6. Viola a boa-fé objetiva impedir que o locador reajuste os aluguéis por todo o período da relação contratual.

7. No caso, a solução que mais se coaduna com a boa-fé objetiva é permitir a atualização do valor do aluguel a partir da notificação extrajudicial encaminhada ao locatário e afastar a cobrança de valores pretéritos.

8. Recursos especiais não providos.

O STJ também apreciou um caso de relações comerciais em que se postulava indenização de danos materiais com base no descumprimento do dever de informação na fase pré-contratual. A decisão amparou-se na aplicação da boa-fé objetiva, destacando a proteção das expectativas legítimas das partes. Observe-se:

CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. FRANQUIA. BOA-FÉ OBJETIVA. ART. 422 DO CC/02. DEVERES ANEXOS. LEALDADE. INFORMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. EXPECTATIVA LEGÍTIMA. PROTEÇÃO. PADRÕES DE COMPORTAMENTO (*STANDARDS*). DEVER DE DILIGÊNCIA (*DUE DILIGENCE*). HARMONIA. INADIMPLEMENTO. CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO.

1. Cuida-se de ação de resolução de contrato de franquia cumulada com indenização de danos materiais, na qual se alega que houve descumprimento do dever de informação na fase pré-contratual, com a omissão das circunstâncias que permitiriam ao franqueado a tomada de decisão na assinatura do contrato, como o fracasso de franqueado anterior na mesma macrorregião.

2. Recurso especial interposto em: 23/10/2019; conclusos ao gabinete em: 29/10/2020; aplicação do CPC/15.

3. O propósito recursal consiste em definir se a conduta da franqueadora na fase pré-contratual, deixando de prestar informações que auxiliariam na tomada de decisão pela franqueada, pode ensejar a resolução do contrato de franquia por inadimplemento

4. Segundo a boa-fé objetiva, prevista de forma expressa no art. 422 do CC/02, as partes devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade, de modo a permitir a concretização das legítimas expectativas que justificaram a celebração do pacto.

5. Os deveres anexos, decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva, resguardam as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade, que se manifesta especificamente, entre outros, no dever de informação, que impõe que o contratante seja alertado sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente.

9. O princípio da boa-fé objetiva já incide desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes. Precedentes.

10. Ainda que caiba aos contratantes verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico (*due diligence*), notadamente nos contratos empresariais, esse exame é pautado pelas informações prestadas pela contraparte contratual, que devem ser oferecidas com a lisura esperada pelos padrões (standards) da boa-fé objetiva, em atitude cooperativa.

11. O incumprimento do contrato distingue-se da anulabilidade do vício do consentimento em virtude de ter por pressuposto a formação válida da vontade, de forma que a irregularidade de comportamento somente é revelada de forma superveniente; enquanto na anulação a irregularidade é congênita à formação do contrato.

12. Na resolução do contrato por inadimplemento, em decorrência da inobservância do dever anexo de informação, não se trata de anular o negócio jurídico, mas sim de assegurar a vigência da boa-fé objetiva e da comutatividade (equivalência) e sinalagmaticidade (correspondência) próprias da função social do contrato entabulado entre as partes.

12. Na hipótese dos autos, a moldura fática delimitada pelo acórdão recorrido consignou que: a) ainda na fase pré-contratual, a franqueadora criou na franqueada a expectativa

de que o retorno da capital investido se daria em torno de 36 meses; b) apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos; e c) a probabilidade de que a franqueada recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível.

11. Recurso especial provido.¹⁵

Nesse julgado, o STJ ressaltou a importância da valorização da expectativa legítima das partes envolvidas no contrato, construindo um conceito centralizado no âmbito da boa-fé objetiva.

No caso, a franqueadora criou na franqueada a expectativa de que o retorno do capital investido ocorreria em aproximadamente 36 meses. No entanto, as informações fornecidas não foram suficientes para embasar uma decisão adequada por parte do franqueado, resultando em expectativas irreais e, posteriormente, em prejuízos financeiros.

A conduta da franqueadora, ao não proporcionar informações claras e abrangentes, comprometeu a decisão da franqueada quanto à realização do negócio, ao esperar razoável retorno sobre seu investimento. Portanto, a decisão do STJ assegurou a proteção e o respeito às expectativas legítimas da franqueada, equilibrando a relação contratual.

Os tribunais, ao interpretarem cláusulas contratuais para proteger as expectativas legítimas das partes, aplicando o princípio da boa-fé objetiva para garantir que elas ajam de maneira justa e razoável, explicitam em que consiste o instituto ora analisado¹⁶.

- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Decorre da boa-fé objetiva a proteção à legítima expectativa gerada pelo comportamento da parte ao longo da relação jurídica. Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro incerto (artigo

¹⁵ Recurso Especial n. 1.862.508/SP. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON>.

¹⁶ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=leg%C3%ADti+ma+expectativa&cp=3>.

121 do código civil). Na hipótese dos autos, a cláusula contratual relativa ao pagamento da última parcela do preço configura efetivo termo, por conta de subordiná-lo a evento futuro contratualmente certo. Outrossim, viola a legítima expectativa da autora o não recebimento do preço após o cumprimento de todas suas obrigações contratuais [...]. (AC n. 70080309503.)

- Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

O princípio da boa-fé objetiva, visando resguardar a legítima expectativa das partes, obriga que os contratantes observem, no curso da relação obrigacional, os deveres anexos dela decorrentes, com destaque para lealdade, confiança e informação. A quebra da legítima expectativa, gerada em virtude da deficiência informacional, configura ilícito contratual passível de gerar dever indenizatório, nos moldes dos artigos 186, 187 e 927 do código civil. (AC n. 10000220419329001.)

- Tribunal de Justiça da Bahia:

Conforme estabelece a Lei n. 8.078/98, os serviços devem ser prestados de forma a satisfazer a legítima expectativa do consumidor com presteza, qualidade, confiança e a assunção de responsabilidade no caso de danos [...]. Descumpridos estes deveres é quebrada a relação de confiança entre as partes. (Recurso Inominado n. 1296733320208050001.)

Falando sobre o princípio da boa-fé, Eduardo Tomasevicius citou inúmeros casos julgados em tribunais brasileiros e em cortes estrangeiras, analisando-os à luz de tal princípio. Entre eles, o autor recuperou um precedente do Superior Tribunal de Justiça acerca de uma montadora de veículos que fez anúncio para a prospecção de interessados em se tornar concessionários da marca. Certo interessado, pretendendo montar uma concessionária em Manaus, enviou material para análise, que foi aprovado em menos de dois meses. Assim, em janeiro de 1998, o interessado foi convidado para participar, em São Paulo, de reunião geral de revendedores. Porém, em março de 1998, foi comunicado sobre a mudança dos planos da empresa. Decorridos alguns meses, recebeu um pedido de desculpas do novo presidente pelos transtornos. Nada obstante, não lhe foi devolvida a taxa para análise de viabilidade da candidatura.

O STJ reconheceu a proteção da boa-fé subjetiva quanto à aparência – o caso envolveu exercício de excesso de poder pelo administrador da sociedade –, bem como a ilicitude não apenas por terem sido rompidas as tratativas, mas também por terem sido criadas expectativas legítimas, que não se concretizaram, gerando prejuízos materiais¹⁷.

É isso o que se deduz das decisões indicadas e de tantas outras, ou seja, a expectativa legítima discutida pelos tribunais reflete os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva. Os casos citados exemplificam que, na base dessas decisões, há premissas maiores que visam à estabilidade das relações jurídicas e, em um nível mais elevado, à ética nessas relações jurídicas.

6 EXPECTATIVAS NÃO LEGÍTIMAS

Um dos exemplos indicados no item anterior refere-se à hipótese em que, embora tenha sido gerada uma expectativa, à luz das normas jurídicas, tal expectativa não se pode considerar legítima para o fim de receber a proteção jurídica.

Em primeiro lugar, a legitimidade de uma expectativa só pode ser inferida se estiver fundamentada na lei, no costume ou em procedimentos estabelecidos e seguidos regularmente. Assim, condutas fraudulentas, violações claras de deveres contratuais ou declarações unilaterais que não estejam em conformidade com a verdade fática não são passíveis de proteção.

Nas demais hipóteses, deve-se considerar que a expectativa, por si só, não equivale a um direito no sentido tradicional. Para ser reconhecida, não basta a vontade ou necessidade do cidadão em relação à outra parte com quem mantém relações jurídicas, pois ela não se afasta de outros princípios, como o da confiança depositada pelas partes na relação contratual, fundamentada nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

¹⁷ TOMASEVICIUS FILHO, 2020.

Também existem situações em que as expectativas fogem ao bom senso e à razoabilidade e não são protegidas juridicamente. Situações em que uma das partes possui expectativas claramente exageradas ou irreais que contradigam os termos e condições contratuais estabelecidos, não podendo ser amparadas pelo ordenamento jurídico.

Além disso, interpretação subjetiva das expectativas das partes pode levar a conclusões que fogem ao razoável. Esse subjetivismo decorre muitas vezes da falta de critérios claros para determinar a legitimidade das expectativas, o que pode resultar em injustiças e desequilíbrios nas relações contratuais.

A formação de expectativas legítimas deve estar em consonância com os preceitos legais e a boa-fé objetiva, não podendo derivar de condutas que contrariem a ordem jurídica. Tais expectativas devem ser razoáveis, fundadas em informações verídicas que respeitem os direitos e deveres das partes envolvidas.

Eduardo Tomasevicius¹⁸ trouxe a questão emblemática em relação ao dever de informação do fabricante de cigarros.

Nesse caso, apesar de toda a questão envolvendo a publicidade, que, até o advento da Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, não sofria nenhuma restrição e trazia imagens que associavam o ato de fumar à inserção num contexto social de sucesso, fama e riqueza, ainda assim, não se pode sustentar que expectativas em torno de tais situações pudessem ser legitimadas.

O autor esclarece que, desde o século XXI, discutiu-se o dever do fabricante de cigarros de informar sobre os males que o produto causa à saúde em razão de inúmeras ações judiciais propostas por fumantes ou associações.

Os fabricantes de cigarros defendiam-se alegando que o fumante assumira os riscos decorrentes do tabagismo, caracterizando a culpa exclusiva da vítima, ou que não havia nexo causal entre o ato de fumar e o evento “morte”.

¹⁸ TOMASEVICIUS FILHO, 2020.

Destaca que, ao longo de vinte anos de discussão nos tribunais brasileiros, prevaleceu a tese de que não cabe indenização por esse fato. Alguns julgados reconheceram a prescrição da pretensão à reparação por responsabilidade civil. Em outros, como no Recurso Especial n. 1.113.804/RS¹⁹, julgou-se que não era cabível tal responsabilidade, porque não há comprovação do nexo causal entre tabagismo e câncer, tendo em vista as diversas concausas que levam a pessoa a óbito.

Todavia, a discussão essencial no caso foi a que envolveu a questão do livre-arbítrio e da boa-fé no caso concreto. Afirmou o Ministro Luis Felipe Salomão:

Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta ‘contaminação propagandista’ arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do *marketing*. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre.

7. A boa-fé não possui um conteúdo *per se*, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito, em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos, para se chegar à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento.

No caso em questão, é certo que o *marketing* era sedutor, pois tocava num ponto bastante fascinador, a saber, na aceitação social. Contudo, não chega a criar expectativas legítimas nos fumantes: primeiro, porque o prejuízo de inspirar fumaça é intuitivo; segundo, porque, conforme consta

¹⁹ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>.

do voto citado, não chega a eliminar o livre-arbítrio de um indivíduo, nem mesmo considerando o contexto social vigente em determinada época; terceiro, porque a atividade sempre foi lícita e o é até hoje, mesmo que agora haja o dever legal de informação sobre os possíveis males causados.

Contudo, citou-se o autor em questão, tendo em vista sua conclusão de que o problema relativo ao cigarro reside no fato de ser um produto que vicia:

Por mais que se informe sobre seus males, o viciado não consegue deixar de usá-lo. [...] A causa do problema não estava no dever de informação, mas sim, no fato de que se estimulava o vício para que se obtivesse aceitação no meio social.

Portanto, a questão não poderia ser vista sob o ponto da expectativa legítima, já que se tratava mais de uma ilusão criada ou de uma “estimulação”, induzindo dolosamente as pessoas a acreditar que fumar traria felicidade, sucesso, fama e riqueza. Tanto assim é que, atualmente, as indústrias de cigarro sobrevivem mesmo sem tal *marketing*.

7 CONCLUSÃO

A análise da boa-fé no direito contratual brasileiro e das expectativas legítimas, como decorrência dos deveres anexos, revela a constante busca pela justiça e equidade nas relações jurídicas.

Observa-se que, ao longo do tempo, há uma evolução dos conceitos jurídicos, refletindo as mudanças sociais e as demandas da sociedade, como reconheceu o Superior Tribunal de Justiça ao decidir sobre o dever de informação das indústrias de cigarro.

Por outro lado, a boa-fé objetiva, entendida como o dever de agir com lealdade, honestidade e consideração mútua, exige o respeito às expectativas legítimas das partes envolvidas nos contratos. Porém, é essencial reconhecer que nem todas as expectativas podem ser consideradas legítimas, sendo necessário um cuidado na sua aplicação pelos tribunais. Casos em que não se aplica o princípio da expectativa legítima destacam a necessidade de ponderação e análise criteriosa de cada situação.

É importante ressaltar que a expectativa legítima, assim como qualquer instituto do direito, deve ser interpretada com equilíbrio e bom senso. O direito não é estático, mas sim um sistema em constante evolução, adaptando-se às necessidades e valores da sociedade. Portanto, a aplicação da expectativa legítima deve ser guiada pelo princípio da justiça, buscando sempre o equilíbrio entre os interesses das partes envolvidas e os valores fundamentais do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. *Roma e America: diritto romano comune Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi Editore, 1999.

BRASIL. *Lei n. 556, de 25 de junho de 1850*. Código Comercial. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002*. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *REsp n. 595.631/SC*, da Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 8/2/2004. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *REsp n. 803.481/GO*, da Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 1º/8/2007. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *REsp n. 1.113.804/RS*, da Quarta Turma, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 24/6/2010. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *REsp n. 1.501.077/PE*, da Segunda Turma, relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe de 28/10/2020. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *REsp n. 1.803.278/PR*, da Terceira Turma, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 22/10/2019. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *REsp n. 1.862.508/SP*, da Terceira Turma, relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrichi, DJ de 18/12/2020. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. *REsp n. 1.944.616/MT*, da Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 11/3/2022. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 maio 2024.

COSTA, Marília Siqueira. Da negociação preliminar à não contratação: a necessidade de proteção de legítimas expectativas. *Revista de Direito Privado*, ano 19, vol. 96, São Paulo, dez. 2018.

EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

JUSBRAZIL. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=leg%C3%ADtima+expectativa&p=3>. Acesso em: 13 maio 2024.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PACHECO, Danilo Sanchez. O adimplemento visto sob a perspectiva da obrigação como processo. *Revista dos Tribunais*, ano 112, vol. 1.047, São Paulo, jan. 2023.

PETERSEN, Luiza. Expectativas legítimas tuteladas pela boa-fé: critérios para qualificação. *Revista do Direito Privado*, ano 21, vol. 105, São Paulo, jul./set. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil* (Coleção Teses). Almedina Brasil. Edição do Kindle, posição 11130, 2020.

UNIDROIT. Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado. *Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais. Roma, 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>*. Acesso em: 13 maio 2024.

O CANCELAMENTO DE VOO À LUZ DO
DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO
DO CONSUMIDOR

Humberto Martins
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O CANCELAMENTO DE VOO À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Ministro Humberto Martins¹

Súmario: 1. Introdução. 2. A essencialidade do transporte aéreo. 3. O cancelamento de voo 3.1 Consequências jurídicas do cancelamento injustificado de voo. 4. Estudo de caso. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Além do reduzido número de companhias aéreas que operam no País, o consumidor brasileiro conhece muito pouco esse segmento. Em geral, sabe-se que os preços praticados são dinâmicos; que o fato de se ter um bilhete aéreo em mãos não garante que o voo decolará no horário ou mesmo na data; e que a remarcação de voo é um procedimento complexo e cada vez mais impessoal. Outros meandros do setor aéreo ainda permanecem incógnitos para quem dele depende.

Tais percalços enfrentados pelo consumidor do serviço de transporte aéreo soam frequentes, rotineiros, porém, quando se cuida de cancelamento injustificado de voo, essas distorções implicam violação da legislação administrativa e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Há, em suma, descumprimento tanto do contrato de concessão celebrado entre as companhias aéreas e o Poder Público quanto da oferta, do direito à informação do consumidor e do dever de informar cabível ao fornecedor.

Delineado esse cenário, este texto pretende abordar os principais vieses do cancelamento injustificado de voos e suas consequências jurídicas, sobretudo no que toca às esferas administrativa e consumerista.

2. A ESSENCIALIDADE DO TRANSPORTE AÉREO

No Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), a Constituição de 1988 estabelece que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” (§1º do art. 9º).

Na sequência, a Lei n. 7.783/1989 veio a dispor sobre o exercício do direito de greve, além de definir as atividades essenciais e regular o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e outras providências. Em seu art. 10, inciso X,² essa lei traz que, entre os serviços ou atividades consideradas essenciais, estão o controle de tráfego aéreo e a navegação aérea.

Também, ao tratar da responsabilidade por vício do produto e do serviço, a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), no art. 22, *caput* e parágrafo único, dispõe que:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. **Nos casos de descumprimento**, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, **serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados**, na forma prevista neste código. (grifou-se)

² Redação para o inciso dada pela Lei n. 13.903/2019.

O transporte aéreo é, portanto, um serviço essencial, de modo que a concessionária não somente deverá prestá-lo com adequação, eficiência e segurança como também fazê-lo com continuidade, sem suspensões nem interrupções (a menos que previstas em lei, ato normativo ou autorizadas pela agência reguladora do setor).

Em determinados casos, o serviço de transporte aéreo será tão essencial que poderá ser caracterizado como “essencialíssimo”, como é a hipótese das áreas territoriais de difícil acesso rodoviário ou hidroviário (perene ou sazonalmente).

É o caráter essencial (ou, porventura, essencialíssimo) que determina que o cancelamento de voo precisa estar jungido a motivos técnicos ou de segurança, isto é, as companhias aéreas não poderão cancelar voos sem justificativa, seja por força da Constituição da República e da legislação e atos normativos de regência, seja por força do específico contrato de concessão celebrado com o Poder Público.

Outrossim, não se pode olvidar que o consumidor adquiriu o bilhete aéreo posto à venda pela companhia aérea, instalando-se uma relação de consumo entre ambos, protegida pelo microsistema do direito do consumidor.

3. O CANCELAMENTO DE VOO

Por meio de contrato administrativo de concessão, o Poder Público brasileiro autoriza aeroportos a funcionarem, a fim de atrair investimentos relacionados à ampliação, ao aperfeiçoamento da infraestrutura aeroportuária e, logo, à promoção de melhorias no atendimento aos usuários do transporte aéreo brasileiro. Todo esse procedimento ocorre com base em padrões internacionais de definição da qualidade de serviço, cuja gestão e fiscalização compete ao Poder Executivo, sob regulação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

Igualmente, a malha aérea também é uma concessão do Poder Executivo às companhias aéreas que se habilitem e preencham os requisitos para explorar essa prestação de serviço público, passando a atuar como concessionárias.

Como o transporte aéreo é serviço essencial (e, em certas situações, essencialíssimo), as pessoas jurídicas de direito privado que se dispõem a operá-lo deverão observar tanto os critérios gerais de adequação, eficiência e segurança quanto o critério específico de continuidade, previstos em lei.

Por conseguinte, o transporte aéreo é um serviço público que não comporta suspensões nem interrupções sem justo motivo previsto em lei, atos normativos ou determinação da agência reguladora.

Ao prestá-lo, a companhia aérea age **em nome e com autorização** do Poder Público, uma vez que passa a realizar e a explorar um serviço que, a princípio, deveria ser prestado por esse último.

A despeito da tutela constitucional e infraconstitucional e do dever de informar, a prática injustificada de cancelamento de voos pelas companhias aéreas é frequente, o que se agrava pela escassa ou nenhuma informação ao consumidor.

3.1 Consequências jurídicas do cancelamento injustificado de voo

Segundo o art. 3º do CDC, as concessionárias estão enquadradas no conceito de fornecedor:

Art. 3º. **Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.** (grifou-se)

As concessionárias estão, assim, operacional e legalmente, jungidas à adequada manutenção do serviço público concedido, à observância das cláusulas estabelecidas quando celebrou o contrato de concessão e ao cumprimento da obrigação contratual que assumiu com os consumidores (no caso das companhias aéreas, em razão da venda do bilhete aéreo, assento, entre outros).

A teor do *caput* do art. 14 do CDC, tem-se que a responsabilidade do fornecedor de serviços (no caso, da companhia aérea) é objetiva:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]

De mais a mais, o Código de Defesa do Consumidor traz um rol meramente exemplificativo de práticas abusivas que podem vir a ser praticadas pelo fornecedor de produtos ou serviços (art. 39 do CDC), de modo a admitir interpretação flexível, inclusive para abranger as hipóteses de cancelamento injustificado de voo.

Uma vez que o cancelamento de voo se vincula a justificativas técnicas ou de segurança, seu emprego fora dessas estritas condições também configura prática abusiva no fornecimento do serviço, seja por violar direito básico do consumidor (art. 6º, inc. IV, do CDC),³ seja por ofender as regras de mercado atinentes à boa conduta diante do consumidor e afetar o bem-estar desse.

De acordo com a doutrina de Antonio Herman V. Benjamin, as práticas abusivas,

[m]uitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.⁴

³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (...).

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. **Manual de direito do consumidor**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 296.

Do mesmo modo, a falta de informação ao consumidor sobre o cancelamento de voos configura prática abusiva, visto que, na relação com esses hipossuficientes, as companhias aéreas lidam com a **oferta** de serviços aéreos dentro da malha concedida pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), malha essa com a qual a concessionária consentiu no ato de celebração do contrato administrativo com o Poder Público, além de comercializar suas passagens aéreas diretamente com o consumidor.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor é bastante minucioso ao dispor sobre a oferta de produtos e serviços nos arts. 30 e 31:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (grifou-se)

Acrescente-se que, de acordo com o Código Consumerista, a oferta pode ser interpretada como a fase prévia ou inicial do contrato que, irrevogavelmente, vincula o fornecedor à transparência, ao dever de informar e ao cumprimento das condições que propôs para atrair o consumidor.

À vista disso, a oferta vincula o fornecedor (companhia aérea) a cumprir o serviço, a conduzir-se de modo transparente e a informar os consumidores, por escrito e justificadamente, sobre a razão do cancelamento do voo — haja vista que essa medida não pode ocorrer, por exemplo, apenas em função da baixa demanda ou outro motivo não amparado pelo arcabouço normativo.

Se descumprir a oferta da malha aérea ou de um simples voo, a concessionária viola tanto o direito do consumidor que adquiriu o bilhete aéreo referente ao voo cancelado sem justificativa quanto ofende o direito da coletividade de confiar na continuidade do serviço, surgindo

a possibilidade de reparação dos danos materiais e morais, na forma individual e/ou coletiva.⁵

4. ESTUDO DE CASO

No julgamento do Recurso Especial n. 1.469.087/AC, a Segunda Turma do Superior analisou caso concreto no qual ocorreu cancelamento de vários voos por conhecida companhia aérea, mesmo não havendo razões de ordem técnica ou de segurança para tanto.

No primeiro grau de jurisdição, o Ministério Público do Estado do Acre propôs na Justiça estadual ação civil pública contra companhia aérea para que esta se abstinhasse de cancelar voos para a cidade de Cruzeiro do Sul/AC, a menos que estivesse amparada em justificativa intransponível.

A sentença julgou procedente o pedido, determinando obrigação de não fazer para que a companhia aérea ré se abstinhasse de cancelar outros voos para a localidade, ressalvadas causas técnicas relevantes e intransponíveis que motivassem a medida.

Contra essa decisão de primeiro grau, a companhia aérea apresentou apelação, a qual não foi provida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre, ficando mantida, por isso, a sentença.

Irresignada com a condenação, a companhia aérea interpôs recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, sustentando, preliminarmente, incompetência absoluta da Justiça estadual para julgar o feito, visto que a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), agência federal, também deveria integrar o polo passivo, o que atrairia a competência da Justiça

⁵ Nesse sentido: FILOMENO, José Geraldo Brito. Ações coletivas consumeristas: questões polêmicas quanto à sua contemporaneidade com ações individuais, litispendência, custeio dos honorários periciais e sua execução. **Jurisdição e direito privado**: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrichi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 313-348; e DANTAS BISNETO, Cícero. Dano moral presumido (*in re ipsa*) no âmbito do contrato de transporte aéreo: uma análise das inovações trazidas pela Lei 14.034/2020. **Revista de direito do consumidor**, v. 30, n. 137, p. 217-242, set./out. 2021.

Federal e a nulidade dos atos praticados pelo Juízo estadual. Requereu, ainda, o afastamento da obrigação de não fazer.

Referendando voto do qual fui relator, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial da companhia aérea, como se observa do acórdão assim ementado:

CONSUMIDOR. CONCESSÃO DE SERVIÇOS AÉREOS. RELAÇÃO HAVIDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E CONSUMIDORES. APLICAÇÃO DO CDC. ILEGITIMIDADE DA ANAC. TRANSPORTE AÉREO. SERVIÇO ESSENCIAL. EXIGÊNCIA DE CONTINUIDADE. CANCELAMENTO DE VOOS PELA CONCESSIONÁRIA SEM RAZÕES TÉCNICAS OU DE SEGURANÇA. PRÁTICA ABUSIVA. DESCUMPRIMENTO DA OFERTA.

1. A controvérsia diz respeito à prática, no mercado de consumo, de cancelamento de voos por concessionária sem comprovação pela empresa de razões técnicas ou de segurança.
2. Nas ações coletivas ou individuais, a agência reguladora não integra o feito em litisconsórcio passivo quando se discute a relação de consumo entre concessionária e consumidores, e não a regulamentação emanada do ente regulador.
3. O transporte aéreo é serviço essencial e, como tal, pressupõe continuidade. Difícil imaginar, atualmente, serviço mais “essencial” do que o transporte aéreo, sobretudo em regiões remotas do Brasil.
4. Consoante o art. 22, *caput* e parágrafo único, do CDC, a prestação de serviços públicos, ainda que por pessoa jurídica de direito privado, envolve dever de fornecimento de serviços com adequação, eficiência, segurança e, se essenciais, continuidade, sob pena de ser o prestador compelido a bem cumpri-lo e a reparar os danos advindos do descumprimento total ou parcial.
5. A partir da interpretação do art. 39 do CDC, considera-se prática abusiva tanto o cancelamento de voos sem razões técnicas ou de segurança inequívocas como o

descumprimento do dever de informar o consumidor, por escrito e justificadamente, quando tais cancelamentos vierem a ocorrer.

6. A malha aérea concedida pela ANAC é oferta que vincula a concessionária a prestar o serviço nos termos dos arts. 30 e 31 do CDC. Independentemente da maior ou menor demanda, a oferta obriga o fornecedor a cumprir o que ofereceu, a agir com transparência e a informar adequadamente o consumidor. Descumprida a oferta, a concessionária viola os direitos não apenas dos consumidores concretamente lesados, mas de toda a coletividade a quem se ofertou o serviço, dando ensejo à reparação de danos materiais e morais (inclusive, coletivos).

7. Compete ao Poder Judiciário fiscalizar e determinar o cumprimento do contrato de concessão celebrado entre poder concedente e concessionária, bem como dos contratos firmados entre concessionária e consumidores (individuais e plurais), aos quais é assegurada proteção contra a prática abusiva em caso de cancelamento ou interrupção dos voos. Recurso especial da GOL parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.⁶

Observe-se que o voto-condutor do acórdão rejeitou a preliminar da companhia aérea de que a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) seria parte legítima para figurar no polo passivo, o que, em tese, deslocaria a competência para a Justiça Federal, com a nulidade dos atos processuais já praticados pela Justiça estadual. A rejeição dessa preliminar deve-se ao fato de que, no caso concreto, não se discutiu o descumprimento do contrato de concessão, pois o Ministério Público estadual, autor da ação civil pública na origem, se insurgiu apenas contra a falta de regularidade dos voos oferecidos pela companhia aérea para o Município de Cruzeiro do Sul/AC, ou seja, o *Parquet* buscou sanar uma questão diretamente lesiva ao consumidor, a qual não implica responsabilidade da agência reguladora

⁶ REsp n. 1.469.087/AC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/8/2016, DJe de 17/11/2016.

do setor. Portanto, compete à Justiça comum estadual processar e julgar esse tipo de demanda quando a relação seja eminentemente de consumo e não diga respeito ao contrato administrativo.

No mérito, o conjunto fático-probatório formado na origem apurou que a companhia aérea estava cancelando, com frequência e consecutivamente, vários voos de chegada e partida naquela localidade, o que fez sem laudo emitido pela agência reguladora nem justificativa técnica ou de segurança e sem prestar informações adequadas aos consumidores.

Nesse ponto, registrou o precedente da Segunda Turma:

Difícil imaginar, atualmente, serviço mais “essencial” do que o transporte aéreo, sobretudo em regiões remotas do Brasil. O descumprimento do art. 22, caput, comporta, nos termos de seu parágrafo único, até mesmo a tutela jurisdicional de prevenção e reparação por meio de danos patrimoniais e morais (inclusive, coletivos), a teor do art. 6, incs. VI e VII, do CDC. [...]

As concessionárias de serviço público de transporte aéreo são fornecedoras no mercado de consumo, sendo responsáveis, operacional e legalmente, pela adequada manutenção do serviço público que lhe foi concedido, não devendo se furtar à obrigação contratual que assumiu quando celebrou o contrato de concessão com o Poder Público nem à obrigação contratual que assume rotineiramente com os consumidores, individuais e/ou plurais. [...]

O cancelamento e a interrupção de voos por concessionária, sem razões de ordem técnica e de segurança intransponíveis, é prática abusiva contra o consumidor e, portanto, deve ser prevenida e punida. Também é prática abusiva não informar o consumidor, por escrito e justificadamente, quando tais cancelamentos vierem a ocorrer. [...]

A malha aérea concedida pela ANAC é uma oferta que vincula a concessionária a prestar o serviço concedido nos termos do art. 30 e 31 do CDC. Independentemente da maior ou da menor demanda, a oferta obriga o fornecedor a cumprir o que ofereceu, a agir com transparência e a informar o consumidor, inclusive por escrito e justificadamente.

Descumprida a oferta, a concessionária frustra os interesses e os direitos não apenas dos consumidores concretamente

lesados, mas de toda uma coletividade, dando ensejo à reparação de danos materiais e morais (individuais e coletivos). [...].

Sobreleve-se que o itinerário em questão se situa em área geográfica remota, na qual, vezes várias, a depender das circunstâncias sazonais e climáticas, a via aérea poderá configurar o único transporte para se ter acesso à região (“serviço essencialíssimo” para a população local), fato esse já conhecido pela companhia aérea quando celebrou o contrato de concessão com o Poder Público e ofereceu o serviço aos consumidores.

Diante desse contexto, o precedente da Segunda Turma esclareceu:

Tais cancelamentos não foram previamente comunicados aos consumidores que adquiriram seus bilhetes aéreos, os quais tiveram suas viagens subitamente frustradas, mormente por residirem em área geográfica de difícil acesso terrestre e fluvial.

Acresça-se que é de todos conhecida a peleja que o consumidor enfrenta para remarcar a data de um bilhete aéreo ou reaver o valor pago, muitas vezes tendo de enfrentar filas em balcões de aeroportos e pagar taxas de remarcação.

Ainda, o referido precedente consignou que a intervenção do Poder Judiciário é plenamente legítima no caso concreto, em nada representando usurpação da esfera de competência do Poder Executivo:

A condenação também não invade a esfera de competência da ANAC, à qual compete regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, respeitadas as orientações, políticas e diretrizes do Governo federal. Entre os objetivos dessa agência reguladora criada pela Lei 11.182/2005, está o equilíbrio com o Código de Defesa do Consumidor manifesto, por exemplo, na disciplina de condições gerais de transporte que tutelam os consumidores em inúmeros casos, tais como: nos atrasos e cancelamentos de voos e hipóteses de preterição de passageiros; na estipulação de percentuais de atrasos e cancelamentos de voos e sua respectiva divulgação aos passageiros; e, sobretudo, na transparência.

Contemporaneamente, aliás, podem ser vistas novas formas de abuso do consumidor pelas companhias aéreas, entre outras empresas correlatas, tais como a discriminação algorítmica, a geodiscriminação (*geo-blocking*) e a discriminação de preços (*geo-pricing*),⁷ estratégicas mercadológicas pelas quais algumas fornecedoras estabelecem diferenciação entre consumidores, em condições que, uma vez analisados outros vetores jurídicos, poderão caracterizar violação do direito fundamental da igualdade nas relações de consumo.

5. CONCLUSÃO

Por determinação constitucional (art. 9º, § 1º), a Lei n. 7.783/1989 (art. 10, inciso X) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 22) definem o transporte aéreo como um dos serviços essenciais, o que implica que ele deverá ser prestado com adequação, eficiência e segurança, mas também com continuidade. Além de essencial, o serviço de transporte aéreo poderá ser considerado “essencialíssimo” quando operar em localidade de difícil acesso por outros meios de transporte.

Constata-se, logo, que o transporte aéreo e os consumidores que o utilizam (ou, mesmo que não o estejam utilizando no presente,

⁷ Entende-se por discriminação de preços a conduta de cobrar valores distintos de diferentes consumidores, pelo mesmo produto ou serviço, quando essas diferenças não refletem mudanças de custos. Os *cookies* fornecem dados que facilitam a realização dessa atividade, como ao prover informações acerca da quantidade de vezes que alguém visitou determinado site de companhia e procurou certo trecho de passagem, eles podem indicar a intenção da faixa de preço que o consumidor aceitaria pagar na viagem e, assim, fornecem parâmetros para que a empresa delimite o valor do serviço prestado. No âmbito da geolocalização – com auxílio de *big data* e *smart algorithms* – despontam práticas cuja legitimidade jurídica é bastante discutida: *geo-pricing* e *geo-blocking*. Ambos os casos representam situações de geodiscriminação, baseada em nacionalidade e/ou posição geográfica do consumidor. No *geo-pricing* ocorre uma diferenciação dos preços com fundamento no posicionamento global do consumidor, enquanto no *geo-blocking* há um impedimento que certos usuários percebam e/ou contratem uma oferta.” (VITA, Jonathan Barros; COSTA, Thiago Maciel de Paiva. Discriminação de preços: os limites jurídicos da oferta e precificação. **Revista de direito civil contemporâneo**, v. 10, n. 36, p. 99-120, jul./set. 2023, p. 102.

mas poderão ser potenciais consumidores futuros) não podem ficar na dependência da vontade unilateral das companhias aéreas, sob pena de se configurarem o descumprimento do contrato de concessão e a prática abusiva contra o consumidor, com condenação da concessionária a cumprir sua obrigação de bem fornecer o serviço e a reparar os danos ocasionados pelo descumprimento total ou parcial de seus deveres.

O Poder Judiciário pode determinar o cumprimento:

(i) do contrato de concessão celebrado entre o poder concedente e a concessionária (companhia aérea); e

(ii) dos contratos de consumo celebrados entre a companhia aérea e os consumidores individuais ou plurais, especialmente nos casos que configurem prática abusiva, a exemplo do cancelamento ou interrupção dos serviços aéreos sem razões técnicas ou de segurança.

Tanto a informação quanto o cumprimento da oferta são necessidades sociais e condutas pelas quais os fornecedores de produtos e serviços cooperam com o mercado de consumo, tornando-se imprescindíveis, inclusive, na prestação de serviço público de transporte aéreo, vedadas quaisquer formas de prática abusiva e de discriminação entre consumidores.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. **Manual de direito do consumidor**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil**: funções punitiva e preventiva. Indaiatuba: Foco, 2020.

DANTAS BISNETO, Cícero. Dano moral presumido (*in re ipsa*) no âmbito do contrato de transporte aéreo: uma análise das inovações trazidas pela Lei 14.034/2020. **Revista de direito do consumidor**, v. 30, n. 137, p. 217-242, set./out. 2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Ações coletivas consumeristas: questões polêmicas quanto à sua contemporaneidade com ações individuais, litispendência, custeio dos honorários periciais e sua execução. **Jurisdição e direito privado**: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra

Nancy Andrichi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 313-348.

MARTINS, Humberto. **O dever das empresas de informar sobre o cancelamento de voos sem motivo técnico.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/dever-empresas-informar-cancelamento-voos/>>. Acesso em: 11-11-2023.

MORSELLO, Marco Fábio. A boa-fé objetiva e os direitos dos passageiros no transporte aéreo: novos paradigmas. **Responsabilidade civil:** novos riscos. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 177-197.

VITA, Jonathan Barros; COSTA, Thiago Maciel de Paiva. Discriminação de preços: os limites jurídicos da oferta e precificação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 10, n. 36, p. 99-120, jul./set. 2023.

INCIDENTE DE SUSPENSÃO E O SEU
CABIMENTO EM MATÉRIA CRIMINAL

Maria Thereza de Assis Moura
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

INCIDENTE DE SUSPENSÃO E O SEU CABIMENTO EM MATÉRIA CRIMINAL

Ministra Maria Thereza de Assis Moura¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A natureza jurídica. 3 Requisitos. 3.1 Legitimidade. 3.2 Cabimento. 3.2.1 Grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. 3.2.2 Ação originária movida contra o Poder Público. 3.3 Ação originária em fase de conhecimento. 4 Suspensão em matéria criminal. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1934 dispôs, pela primeira vez, sobre o mandado de segurança para “defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal de qualquer autoridade”.

Desde a edição do primeiro diploma disciplinador do *writ*, qual seja, a Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, há previsão de pedido de suspensão dos efeitos da decisão judicial precária lançada contra o Poder Público para evitar grave lesão à ordem, à saúde ou à segurança pública:

¹ Ministra e atual Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal. Mestre e Doutora em Direito Processual Penal. Professora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Nos casos do art. 8º, § 9º, e art. 10, poderá o Presidente da Côrte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Côrte de Appellação, quando se tratar de decisão da justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito publico interno interessada, para evitar lesão grave á ordem, á saúde ou á segurança publica, manter a execução do acto impugnado até ao julgamento do feito, em primeira ou em segunda instancias (Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936 – redação original).

Atualmente, o pedido de suspensão está previsto no art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que trata da suspensão de liminar proferida em ação civil pública; no art. 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, que disciplina a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público; no art. 1º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, que, ao disciplinar a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, remete à Lei n. 8.437/1992; no art. 16 da Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997, que versa sobre a suspensão de decisão provisória proferida em *habeas data* – hipótese menos comum; e no art. 15 da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, regramento vigente do mandado de segurança.

O incidente de suspensão é um instrumento à disposição do Poder Público cujo objetivo é evitar que um provimento precário cause grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Essa contracautela se justifica em nome da necessidade de salvaguardar o interesse público e tem cabimento em face de decisão judicial provisória lançada em todas as ações ajuizadas contra a pessoa jurídica de direito público ou de quem esteja nessa condição.

Assim, o deferimento do pedido suspensivo retira a eficácia da decisão judicial precária proferida contra o ente público, valendo acrescentar que o art. 4º, § 9º, da Lei n. 8.437/1992 dispõe que “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”.

Justamente por se tratar de um instrumento jurídico em favor do Poder Público, as hipóteses de cabimento da suspensão devem ser

interpretadas de maneira restritiva, autorizando-se a adoção do incidente estritamente nos casos de salvaguarda do interesse público. De fato, consoante asseverado por Pedro Miranda de Oliveira²:

Não há como negar que a suspensão de liminar, assim como a remessa necessária, é uma grande vantagem destinada à Fazenda Pública, um instrumento a mais de que dispõe a pessoa jurídica de direito público para evitar os efeitos de decisão contra ela proferida, que se justifica pela proteção do interesse público, pelo conceito de supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Todavia, o instituto deve ser utilizado apenas em situações excepcionais, em que de fato haja grave risco ao interesse público, sob pena de se mitigar indevidamente o direito dos particulares, especialmente em caso de concessão de mandado de segurança, cujo fundamento se encontra na Constituição, para a defesa de direitos privados, líquidos e certos, lesados ou ameaçados de lesão por ato de autoridade pública.

Consubstanciando, pois, o incidente de suspensão um instrumento jurídico vantajoso apenas para o Poder Público, é de rigor que seja utilizado somente em casos realmente necessários no intuito de salvaguardar o interesse público.

Nessa toada, ressaltando a excepcionalidade da medida, firmou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que,

por isso, a suspensão de liminar ou segurança deve ser vista e utilizada como via absolutamente excepcional, de rígida vinculação aos núcleos legais duros autorizativos previstos na legislação ('ordem', 'saúde', 'segurança', 'economia' públicas), que devem ser interpretados de maneira estrita, sendo vedada dilatação ou afrouxamento das hipóteses de cabimento ou de legitimação, p. ex., para ampliar o rol dos legitimados ativos legalmente estabelecidos (o 'Ministério Público' e a 'pessoa jurídica de direito público interessada') ou, no mérito, para se distanciar dos valores ético-jurídicos legitimadores da medida.

² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 761.

Esses reclamam dupla fundamentação, ou seja, primeiro, ‘manifesto interesse público’ ou ‘flagrante ilegalidade’ e, segundo, cumulativamente, a finalidade específica de evitar (prevenção) ‘lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas’, lesão em si (e não o risco em si) que deve ser ‘grave’ (arts. 4º da Lei 8.437/1992 e 15 da Lei 12.016/2009). De modo que a decisão do Presidente do Tribunal que aprecia a Suspensão clama por fundamentação de máxima intensidade, com imediato trâmite e julgamento de eventual recurso interposto contra ela³.

2 A NATUREZA JURÍDICA

O pedido de suspensão é um incidente processual que não se confunde com recurso e, por isso mesmo, não objetiva discutir o erro ou o acerto da decisão impugnada; não há pretensão de reforma do provimento atacado, tampouco de anulação do decidido.

Por tal razão, também não há prazo para propor o incidente, não obstante se entenda que o pedido de suspensão deva ser formulado tão logo o provimento impugnado tenha eficácia, a fim de evitar a grave lesão aos bens tutelados pela legislação de regência. Decerto, o pedido de suspensão tardio pode conduzir à conclusão de que a decisão impugnada não seria causa de grave lesão.

Ademais, “é eminentemente político o juízo acerca de eventual lesividade da decisão impugnada na via da suspensão de segurança, razão pela qual a concessão dessa medida, em princípio, é alheia ao mérito da causa originária”⁴.

Com efeito, a contracautela tem por escopo sustar os efeitos da decisão precária contra o interesse público, de modo a evitar a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, não havendo efeito devolutivo da matéria discutida no juízo de origem. Daí

³ AgInt na SS n. 2.951/CE, relator Ministro Herman Benjamin, relator para o acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 4/3/2020, DJe de 1º/7/2021.

⁴ AgInt na SLS n. 2.702/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 25/8/2020, DJe de 27/8/2020.

por que não cabe recurso especial contra decisão tomada no pedido de suspensão pelos presidentes dos tribunais, que, nessa função, atuam despidos de atividade jurisdicional.

3 REQUISITOS

Segundo as normas de regência em vigor, cabe a suspensão de execução da liminar, da decisão concessiva de mandado de segurança ou da sentença, **em ações movidas contra o Poder Público, quando houver manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas** (art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/1985; art. 25 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990; art. 4º da Lei n. 8.437/1992; art. 1º da Lei n. 9.494/1997; art. 16 da Lei n. 9.507/1997; e art. 15 da Lei n. 12.016/2009).

3.1 Legitimidade

Sabendo que o pedido de Suspensão de Liminar e Segurança constitui incidente processual por meio do qual a **pessoa jurídica de direito público ou o Ministério Público** buscam a proteção do interesse público contra um provimento jurisdicional que cause grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a legislação de regência admite tão somente a pessoa jurídica de direito público como legitimada para requerer a suspensão de decisão que importe em grave lesão aos bens jurídicos tutelados.

Permite-se, ainda, a postulação pelas pessoas jurídicas de direito privado na qualidade de prestadoras de serviço público ou no exercício de função delegada pelo Poder Público, desde que na defesa do interesse público primário, correspondente aos interesses da coletividade como um todo.

Doutrina e jurisprudência conferem, também, legitimidade extraordinária a alguns entes despersonalizados, como as Câmaras de Vereadores, em hipóteses excepcionais, quando a decisão impugnada implica óbice ao exercício de seus poderes ou prerrogativas institucionais.

Por fim, a jurisprudência dos Tribunais Superiores reconhece, ainda mais excepcionalmente, a legitimidade do agente político para ajuizar pedido de suspensão com o objetivo de sustar os efeitos de decisão que o tenha afastado do cargo, atendendo ao interesse público envolvido.

3.2 Cabimento

3.2.1 Grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas

O pedido de suspensão tem por fundamento a possibilidade de ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Assim, uma vez demonstrado que a decisão provisória tem capacidade de gerar dano aos bens tutelados pela legislação de regência, é possível a concessão da decisão, tendo em vista a supremacia do interesse público em relação ao interesse particular.

3.2.2 Ação originária movida contra o Poder Público

Trata-se de via excepcional de defesa do interesse público, que tem a finalidade de obstar a eficácia de decisão judicial precária, proferida em ação cognitiva em curso proposta **contra** o Poder Público, constituindo incidente no qual se busca a reparação de situação **inesperada** que tenha promovido a alteração no *status quo ante* em prejuízo da Fazenda Pública.

Nesse cenário, faz-se mister que o ente público seja réu na causa originária, pois é nessa situação que terá contra ele um provimento precário e inesperado, com a possibilidade de causar grave lesão aos bens protegidos pela norma pertinente.

Consoante entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, a exigência consignada expressamente no texto legal de que o Poder Público seja réu na ação originária tem como objetivo afastar uma situação de surpresa a que o ente público poderia ser submetido, evitando a execução provisória de uma decisão com potencial risco de lesão aos bens tutelados pela legislação de regência.

A adoção de raciocínio contrário, a fim de se estender o cabimento da suspensão também aos feitos nos quais o Poder Público seja autor da

ação, transformaria o incidente em mero sucedâneo recursal, subvertendo a razão de ser da medida acautelatória.

3.3 Ação originária em fase de conhecimento

A suspensão de liminar e de sentença possui a finalidade de impedir a **execução provisória** de uma decisão judicial de natureza **precária**, que cause risco a algum dos bens tutelados pela legislação de regência do pedido suspensivo.

Além disso, considerando que a finalidade do instituto é salvaguardar o interesse público dos efeitos de decisões precárias, em regra, não tem cabimento o pedido de contracautela em cumprimento definitivo de sentença ou em processo de execução na medida em que, nessas situações, o provimento não pode ser dito provisório.

4 SUSPENSÃO EM MATÉRIA CRIMINAL

Tratando-se de incidente destinado à tutela do interesse público, que visa evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, é de se notar que o pedido de suspensão constitui instrumento jurídico cabível no âmbito do direito administrativo e de matéria constitucional.

Com efeito, o pedido de contracautela é um privilégio do Estado no intuito de preservar o interesse da coletividade na continuidade dos serviços públicos e da própria máquina estatal. Assim, a legislação prevê a possibilidade de sustar os efeitos de decisões inesperadas que repercutam diretamente no interesse público. Essa situação, por óbvio, está diretamente relacionada aos procedimentos de natureza cível, sendo certo, ademais, que a legislação pertinente em momento algum se refere a processos de natureza penal.

Nesse cenário, sendo o pedido de suspensão um incidente excepcional e exclusivo do Poder Público voltado à proteção do interesse público primário, repise-se, é de rigor que suas regras sejam interpretadas restritivamente a fim de minimizar o impacto no tratamento igualitário das partes.

Dessa forma, nos feitos de natureza criminal que versam sobre questões de liberdade individual, direitos fundamentais e garantias processuais, mostra-se incabível o incidente de suspensão, **sujeito a juízo de natureza política**, sob pena de culminar inclusive na violação de tais direitos e garantias individuais, que são cláusulas pétreas.

Nesse sentido, o pedido de suspensão é indevido em matéria penal, até porque, em casos tais, não estão presentes os requisitos acima elencados, relativos à legitimidade ativa da pessoa jurídica de direito público, da ação movida contra o Poder Público, tampouco da existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Para além disso, a adoção da medida para suspender a execução de decisões proferidas no âmbito do processo penal poderia transmutar ilegitimamente o instituto da suspensão em sucedâneo recursal, subvertendo a ordem processual ao levar a discussão acerca do direito à liberdade, *per saltum*, diretamente aos tribunais, o que já conta com instrumentos processuais próprios previstos na legislação processual penal.

Sobre o cabimento do pedido de suspensão de segurança em matéria penal, colhe-se na doutrina o seguinte⁵:

Não se tem dúvida que é de natureza cível a legislação que trata do regime jurídico do incidente de suspensão de segurança, seja em mandado de segurança (Lei 12.016 e art. 25 da Lei 8.038), seja ainda nos demais casos em que ela é admitida (art. 4 da Lei 8437, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Habeas Data).

Firme nesta premissa, o Superior Tribunal de Justiça não admite o pedido de suspensão de segurança, valendo-se exatamente destes argumentos, ou seja, por ser remédio excepcional, previsto na legislação cível e não previsto na legislação penal, não se mostraria cabível a sua utilização fora das hipóteses estritas, previstas para referida legislação.
[...]

⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*: suspensão da execução de decisão judicial contra o Poder Público, 5. ed., Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2022, p. 79-80.

Certamente que outros argumentos poderiam ser lançados para defender a tese da inadmissibilidade do pedido de suspensão de segurança em matéria penal.

O primeiro deles seria a lógica conclusão de que o correspondente penal do mandado de segurança é o remédio jurídico mais importante do nosso ordenamento jurídico, pois tutela a liberdade do indivíduo. De tal maneira, porque o habeas corpus presta-se à proteção da liberdade do indivíduo (art. 5º, LXVIII), pode ser utilizado sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Desta forma, admitir o uso da suspensão de segurança, figura excepcional que não fulmina o acerto ou desacerto da decisão cuja eficácia se pretende suspender, seria colocar o remédio jurídico mais importante do ordenamento jurídico num patamar de inocuidade inaceitável.

Mas não é só, pois há casos em que, excepcionalmente, a sua utilização pode implicar revisão ou reexame de decisão judicial. Explica-se.

Como a suspensão de segurança tem por objeto suspender a execução de decisão judicial contra o Poder Público, com o objetivo de evitar o risco de lesão à segurança, à ordem, à saúde e à economia públicas, então há que se ter cuidado, porque poderá haver uma função recursal inaceitável e inadmissível deste remédio nas hipóteses em que suspender a execução de decisão liminar em habeas corpus que tenha revogado a prisão preventiva do paciente por entender como ausentes os requisitos do art. 312 do CPP. Isso porque o art. 312 do Código de Processo Penal determina que:

a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Segundo o art. 15 da Lei 12.016:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender,

em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Bem se vê que a decisão judicial que decreta a prisão preventiva, e, que a revoga por meio de *habeas corpus*, podem estar calcadas na presença destes elementos: segurança, ordem e economia públicos. Isso significa que, nestas hipóteses, a decisão judicial deve interpretar o caso concreto e verificar se tais situações estão presentes.

Assim, por exemplo, se por meio de uma medida liminar proferida num *habeas corpus* revoga-se uma prisão preventiva por se entender que não mais existe o risco à segurança e ordem pública outrora existentes, então, corre-se o risco de que a suspensão de segurança veiculada para retirar a execução desse *habeas corpus* (impedir a libertação do paciente) funcione como recurso indevido, em desrespeito ao juiz natural, da decisão do *writ* que tutela a liberdade. Nesta específica situação, o juízo da suspensão de segurança será exatamente contrário à decisão que revogou a prisão preventiva.

O tema é certamente bem polêmico, até porque, como certamente disse a Ministra Laurita Vaz no julgado citado acima, ratifica que “é certo que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já se decidiu que a medida de contracautela pode ser empregada para impugnar decisões em feitos criminais. Todavia, ainda segundo o Pretório Excelso, essa possibilidade limita-se a situações extraordinárias, fundadas no risco de grave lesão à segurança coletiva.”

Na mesma linha, reiterados precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça destacam o não cabimento do pedido de suspensão em procedimentos criminais, notadamente por não haver previsão legal para tanto⁶.

⁶ Vide AgRg na SLS n. 2.717/PB, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 21/10/2020, DJe de 26/11/2020; AgRg na SS n. 2.944/AM, relatora Ministra Laurita Vaz (Presidente), julgado em 16/5/2018, DJe de 23/5/2018; AgRg na SLS n. 190/SE, relator Ministro Edson Vidigal (Presidente), julgado em 20/3/2006, DJ de 10/4/2006.

Do Pretório Excelso, também no sentido do não cabimento do incidente de contracautela em matéria penal, cite-se decisão proferida em outubro de 2022 pela Ministra Rosa Weber, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Liminar n. 1.583/DF, formulada pelo Estado de Alagoas com o objetivo de sustar decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida nos autos das Medidas Investigativas sobre Organizações Criminosas n. 209/DF, nas quais foram impostas diversas medidas cautelares criminais a Paulo Suruagy do Amaral Dantas, Governador do Estado, entre elas o afastamento do cargo de Chefe do Poder Executivo local.

Com amparo em duas premissas autônomas, a então Presidente do STF negou seguimento ao incidente. Adotou-se uma exegese restritiva das leis de regência, segundo a qual não há norma autorizativa da suspensão de liminar em matéria penal, que seria cabível apenas em processos de natureza civil, considerando-se os bens jurídicos tutelados e a conclusão de que o instrumento de contracautela só está à disposição do Poder Público, e quando houver decisão proferida contra ele.

Além disso, assentou-se que o instrumento se presta à salvaguarda do interesse público primário, e não à defesa de direitos de particulares, sendo vedado seu manejo em favor de agentes públicos em feitos criminais, sob pena de criação de inadmissível assimetria e de violação dos princípios constitucionais da isonomia e da república.

É preciso ressaltar, contudo, que **há precedentes tanto da Suprema Corte quanto do Superior Tribunal de Justiça que admitem o pedido de suspensão em matéria penal em hipóteses extraordinárias, notadamente quando há fundado risco de grave lesão à segurança coletiva.**

Nesse sentido, em março de 2023, por ocasião do julgamento da Suspensão de Segurança n. 3.361/DF⁷, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, que o incidente de suspensão é admissível em demandas de natureza criminal somente quando

⁷ AgRg na SS n. 3.361/DF, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 15/3/2023, DJe de 31/3/2023.

configurada excepcionalidade em razão da gravidade manifesta dos fatos, estando o deferimento do pedido condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causaria efetiva lesão ao interesse público.

No julgado, consignou expressamente o Ministro Humberto Martins, relator, que:

não obstante o processo originário ser oriundo de tema criminal, a matéria jurídica impugnada refere-se à garantia do ressarcimento ao erário, questão cível-administrativa que muito interessa à sociedade no sentido de proteger o erário público, propiciando futura recomposição dos cofres públicos caso haja conclusão, ao final, de que houve cometimento de ilícitos nas dispensas de licitação em foco.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em 2010, o então Presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso, deferiu liminar para suspender os efeitos da decisão proferida em *habeas corpus* que permitia a transferência de paciente de presídio de segurança máxima em Mossoró – RN para uma unidade prisional do Rio de Janeiro. O pedido de contracautela formulado pelo Estado do Rio de Janeiro foi acolhido tendo em vista os acontecimentos notórios que estavam atingindo gravemente a segurança pública deste ente da Federação. Note-se que, no caso, não se discutia o direito à liberdade do paciente, que continuaria preso de qualquer forma, mas sim a segurança coletiva no Estado do Rio de Janeiro⁸.

Mais recentemente, em 2020, a Suprema Corte, sob a Presidência do Ministro Luiz Fux, em sessão plenária, por maioria, decidiu referendar a decisão proferida na Suspensão de Liminar n. 1.395 (caso André do Rap), confirmando a suspensão do provimento lançado no HC n. 191.836 até o julgamento do *writ* pelo órgão colegiado, determinando, pois, a imediata prisão de A. O. M. Tratava-se de caso de grande repercussão, em que se entendeu haver grave lesão à ordem pública e à segurança coletiva,

⁸ SL n. 453/RJ-MC, relator Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgado em 25/11/2010, publicado em 1º/12/2010.

decorrente da soltura de líder da organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital – PCC⁹.

Outro caso que merece destaque é o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2021, da Suspensão de Liminar n. 1.504/RS (caso da Boate Kiss)¹⁰. Conforme relatado naqueles autos, em janeiro de 2013, no Município de Santa Maria, no interior do Estado do Rio Grande do Sul, houve um incêndio na mencionada casa noturna, que ocasionou a morte de mais de duzentas pessoas e ferimentos em mais de seiscentas, dando origem à instauração de uma ação penal para apurar os responsáveis pela tragédia.

O Tribunal do Júri na Comarca de Porto Alegre – RS proferiu decisão que condenou os réus pela prática de homicídios e tentativas de homicídios em razão do incêndio na Boate Kiss. Na sequência, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu liminar para impedir a execução imediata das penas aplicadas aos réus.

O Ministério Público Estadual, então, formulou pedido de suspensão no Supremo Tribunal Federal, tendo o Ministro Luiz Fux, no exercício da Presidência, deferido o pedido.

Na ocasião, levou-se em consideração a altíssima reprovabilidade social das condutas dos réus, a dimensão e a extensão dos fatos criminosos, bem como seus impactos nas comunidades local, nacional e internacional, a autorizar a conclusão de que a decisão impugnada do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul seria causa de grave lesão à ordem pública.

Por fim, em recente julgado, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, reafirmou a regra do não cabimento do incidente de suspensão contra ato decisório proferido em procedimento de natureza criminal, ressaltando que o instituto deve ser aplicado de forma

⁹ SL n. 1.395 MC-Ref, relator Ministro Luiz Fux (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2020, processo eletrônico DJe-021, divulgado em 3/2/2021, publicado em 4/2/2021.

¹⁰ SL n. 1.504, relator Ministro Luiz Fux (Presidente), julgado em 16/12/2021, publicado em 7/1/2022.

restritiva, pena de ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da república, por implicar criação de privilégio que acarreta desnivelamento ilegítimo entre o Ministério Público e os réus. Dada a sua pertinência, transcrevo a ementa do percuciente julgado:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. PEDIDO DE SUSTAÇÃO DE EFEITOS DE ATO DECISÓRIO PROFERIDO EM SEDE DE PROCEDIMENTO DE ÍNDOLE PENAL. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE RESTRITIVA DAS NORMAS DE REGÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA REPÚBLICA. INACEITÁVEL DESNIVELAMENTO DE INSTRUMENTO PROCESSUAIS. NÃO CONHECIMENTO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM HABEAS CORPUS. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PELA LEGISLAÇÃO CONCERNENTE AO PLEITO SUSPENSIVO. INVIABILIDADE DE QUALQUER PRESUNÇÃO NESSA SEARA. UTILIZAÇÃO DA PRESENTE VIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL.

1. A via eleita consubstancia meio processual autônomo à disposição, exclusiva, segundo as normas de regência, das pessoas jurídicas de direito público e do Ministério Público, para buscar a sustação com objetivo de salvaguardar o interesse público primário, nas causas contra o Poder Público e seus agentes, de decisões judiciais que potencialmente provoquem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

2. Mostra-se incabível o incidente de contracautela em face de ato decisório proferido em procedimento de natureza criminal.

2.1. Interpretação restritiva do instituto. Não há, em qualquer dispositivo legal ou regimental, norma autorizativa da suspensão de liminar em matéria penal. Vale dizer, as normas reguladoras do instrumento em análise não franqueiam a utilização da contracautela para sustar decisões proferidas em processos de natureza criminal.

2.2. Inadmissível o manejo da contracautela em matéria penal, sob pena de violação, por meio de indevida técnica

hermenêutica, dos princípios constitucionais da isonomia e da república, exatamente por implicar criação de privilégio de maneira irrazoável e sem qualquer amparo fático e idôneo subjacente.

2.3. A legislação de regência não dispõe sobre a possibilidade de manejo do instrumento de contracautela em matéria de índole criminal, de modo que a interpretação alargada do instituto acarreta desnivelamento ilegítimo, porquanto não previsto expressamente em lei e sem amparo constitucional adequado, entre o Ministério Público e os réus.

2.4. Inviável o manejo da contracautela, em temática criminal, pelo Ministério Público, órgão acusador, pois representaria a outorga, pela via hermenêutica, de instrumento processual exclusivo em detrimento do acusado, denunciado ou réu, a evidenciar que referida interpretação acarreta violação da teleologia das normas de regência e da própria Constituição Federal que milita em direção da preservação da liberdade dos cidadãos.

3. Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que decisão monocrática exarada em sede de medida liminar, ante sua natureza precária e urgente, não se submete à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), motivo pelo qual não há falar em violação da Súmula Vinculante 10/STF.

4. Constitui ônus indeclinável do autor, ante a natureza excepcionalíssima do incidente de contracautela, a demonstração – que jamais se presume – da efetiva potencialidade lesiva da decisão impugnada. Insuficiente, para esse efeito, a mera alegação superficial e genérica, desacompanhada de prova inequívoca de que o ato decisório que se pretende suspender provoca grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

5. O pedido suspensivo acha-se vocacionado exclusivamente à prevenção de grave lesão ao interesse público primário, não podendo ser utilizado indevidamente como sucedâneo recursal.

6. Suspensão de liminar não conhecida.

(SL n. 1.590/GO, relatora Ministra Rosa Weber (Presidente), julgado em sessão virtual de 3/2/2023 a 10/2/2023, DJe de 17/2/2023.)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o incidente de suspensão é um instrumento processual à disposição das pessoas jurídicas de direito público para evitar que decisões judiciais causem grave lesão ao interesse público (ordem, saúde, segurança ou economia pública), nas causas ajuizadas contra o Poder Público.

Ademais, o pedido de contracautela é um privilégio do Estado no intuito de preservar o interesse da coletividade na continuidade dos serviços públicos e da própria máquina estatal, daí por que a legislação prevê apenas a possibilidade de sustar os efeitos de decisões inesperadas que repercutem diretamente no interesse público, inexistindo previsão legal para sua adoção em matéria criminal.

Decerto, conquanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores tenha admitido, em hipóteses excepcionalíssimas, o uso do instrumento em matéria penal, é incabível, como regra, a adoção do instituto nesse âmbito, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da república, à vista da criação de um privilégio indevido ao Ministério Público, em detrimento do acusado.

Além disso, o deferimento da contracautela ao Ministério Público quando este é também o autor da ação penal denotaria um caráter estritamente recursal do pleito, já que o *Parquet* alcançaria os Tribunais Superiores de maneira *per saltum*, subvertendo o sistema recursal previsto na legislação processual penal.

REFERÊNCIAS

AgInt na SLS n. 2.702/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 25/8/2020, DJe de 27/8/2020.

AgInt na SS n. 2.951/CE, relator Ministro Herman Benjamin, relator para o acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 4/3/2020, DJe de 1º/7/2021.

AgRg na SLS n. 190/SE, relator Ministro Edson Vidigal (Presidente), julgado em 20/3/2006, DJ de 10/4/2006.

AgRg na SLS n. 2.717/PB, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 21/10/2020, DJe de 26/11/2020.

AgRg na SS n. 2.944/AM, relatora Ministra Laurita Vaz (Presidente), julgado em 16/5/2018, DJe de 23/5/2018.

AgRg na SS n. 3.361/DF, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 15/3/2023, DJe de 31/3/2023.

SL n. 453/RJ-MC, relator Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgamento: 25/11/2010, publicação: 1º/12/2010.

SL n. 1.395 MC-Ref, relator Ministro Luiz Fux (Presidente), Tribunal Pleno, julgamento: 15/10/2020, processo eletrônico DJe-021 divulgação: 3/2/2021, publicação: 4/2/2021.

SL n. 1.504, relator Ministro Luiz Fux (Presidente), julgamento: 16/12/2021, publicação: 7/1/2022.

SL n. 1.590/GO, relatora Ministra Rosa Weber (Presidente), julgado em sessão virtual de 3/2/2023 a 10/2/2023, DJe de 17/2/2023.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: suspensão da execução de decisão judicial contra o Poder Público*, 5. ed., Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2022.

NOTAS SOBRE OS IMPACTOS DA PANDEMIA
E DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA ECONOMIA,
NOS CONTRATOS E NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Luis Felipe Salomão
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

NOTAS SOBRE OS IMPACTOS DA PANDEMIA E DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA ECONOMIA, NOS CONTRATOS E NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Ministro Luis Felipe Salomão

Sumário: 1. Introdução. 2. O cenário econômico e o dever de renegociação. 3. As novas tecnologias na saúde suplementar incrementadas após a pandemia. 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Era março de 2020 quando o mundo inteiro precisou isolar-se para enfrentar um inimigo comum, devastador e invisível, a Covid-19. Esse mês ficou marcado para sempre na história internacional como a deflagração de uma das maiores tragédias vivenciadas no planeta.

Com efeito, superados os piores momentos, é possível separar o que era o mundo antes da pandemia de como ele está depois da crise sanitária.

Antes, vinha ocorrendo fenômeno muito interessante que alguns estudiosos chamaram de **transnacionalismo**. Havia transformação crescente no sentido de romper fronteiras, de criar mercados comuns entre países, de promover integrações transnacionais. Falava-se mesmo em uma sociedade mundial para além das ordens jurídicas de cada Estado¹.

¹ <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37034.pdf>

Comentaristas e autores que analisavam esse fenômeno de perto citam, na área econômica, os mercados comuns e, na esfera jurídica, mencionam o *compliance*² – não só de empresas, mas dos Estados, de certa maneira colocando todos no mesmo patamar –, além da questão da própria arbitragem internacional³.

Outros exemplos desse fenômeno são as atuações privadas transnacionais sem um órgão oficial regulador, como as *bitcoins* ou as resoluções no campo desportivo, com diversas competições internacionais.

É bem verdade que, em 2015, mesmo antes da pandemia, diante do fluxo migratório, da situação climática, essa mudança veio perdendo força. Com a pandemia, essa ideia decresceu.

Alguns começaram a cunhar outra expressão, denominada *slowbalization*⁴, uma reação contra esse fenômeno que vinha acontecendo de maneira global, contra o fluxo transfronteiriço ocasionado pelo clima, que era o motor da migração provocada também pela situação econômica. Devido a esse fluxo inesperado, certos países começaram a sofrer sérios problemas na política de saúde, educação e previdência.

Esse panorama agravou-se durante a pandemia.

2. O CENÁRIO ECONÔMICO E O DEVER DE RENEGOCIAÇÃO

O efeito desse quadro naturalmente recai sobre as taxas da economia.

² GONZAGA, Alvaro Luiz T. de Azevedo; VAILATTI, Diogo Basilio. Empresas Transnacionais: Sustentabilidade Econômica, Ética e *Compliance*. Revista Internacional Consinter de Direito n. VII, 2º semestre de 2018, p. 57-68.

³ <https://www.conjur.com.br/2019-jul-07/jose-nantala-arbitragem-compliance-realidade-brasileira>

⁴ <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2023/02/08/charting-globalizations-turn-to-slowbalization-after-global-financial-crisis#:~:text=The%20%E2%80%9CSlowbalization%E2%80%9D%20that%20followed%20the,trade%20amid%20rising%20geopolitical%20tensions.>

Após estabilizada a redemocratização no Brasil (década de 1980), sobretudo depois do Plano Real (1994), havia, em regra, taxas de juros altas e câmbio baixo, de modo a conter a inflação.

Durante a pandemia, com um cenário econômico complexo, os juros estavam elevados e o câmbio também, gerando consequências imprevisíveis para a economia a médio e longo prazo.

Ademais, esse período da doença ainda trouxe inúmeros reflexos também para as relações jurídicas.

Nesse passo, durante o período pandêmico, esperava-se explosão de demandas em algumas áreas específicas, com a quebra de inúmeras empresas. Tal não se confirmou, no entanto.

No tocante às revisionais de contratos, o pensamento era de que existiria aumento expressivo de ações questionando os pactos celebrados antes da pandemia, o que do mesmo modo não ocorreu. Litígios na área da saúde, sobretudo reivindicando cobertura para a própria doença, também não se verificaram em quantidade significativa.

Houve, de fato, espécie de acordo tácito entre os envolvidos nas milhares de relações contratuais que sofreram abalo com a pandemia, operando-se o **dever anexo de renegociação do contrato**.

No que diz respeito aos contratos, aos impactos da pandemia nas relações jurídicas, invocou-se o art. 478 do Código Civil⁵, fato imprevisível e extraordinário. Considerou-se a onerosidade excessiva em determinadas situações, aplicando-se o princípio da boa-fé objetiva, a função social do contrato.

Nesse momento tão delicado, destacam-se alguns pioneiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça — STJ a envolver pandemia e cumprimento de obrigações.

⁵ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

A Quarta Turma concluiu pela configuração de ato ilícito decorrente do fato de o locador haver impedido a entrada de público externo em restaurante localizado nas dependências de clube, quando a medida já estava autorizada pelos órgãos governamentais:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. JOCKEY CLUB DE SÃO PAULO. PROIBIÇÃO DE ACESSO DO PÚBLICO A RESTAURANTE LOCALIZADO NO INTERIOR DO CLUBE. CUMPRIMENTO DE NORMAS SANITÁRIAS RELACIONADAS À PANDEMIA DA COVID-19. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU CONTRATUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DAS MEDIDAS RESTRITIVAS PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. PORTARIA QUE AUTORIZOU A RETOMADA DAS ATIVIDADES EXERCIDAS PELO LOCATÁRIO. ACESSOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES AO IMÓVEL. RESTRIÇÃO INDEVIDA IMPOSTA PELO LOCADOR. ARTS. 22 E 23 DA LEI N. 8.245/1991. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. ART. 927 DO CC. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. No caso dos autos, o Jockey Club de São Paulo, locador do imóvel, proibiu o ingresso do público externo a restaurante localizado em suas dependências sob a alegação de cumprimento às normas de restrição sanitária em razão da pandemia da covid-19.
2. As instâncias ordinárias consignaram que o restaurante possuía acesso autônomo e independente do clube. Por outro lado, a Portaria n. 696/2020, expedida pela Prefeitura de São Paulo, autorizou o funcionamento de restaurantes e estabelecimentos congêneres.
3. Nesse contexto, sobressai que a conduta do locador de impedir a entrada do público ao restaurante, quando a medida era possível e estava autorizada pelos órgãos governamentais, configurou ato ilícito, alijando por completo o locatário de exercer os poderes inerentes ao uso e gozo da coisa. Eventual descumprimento das normas sanitárias pela locatária poderia dar ensejo à aplicação de penalidades nos termos do contrato, mas nunca à proibição do acesso ao imóvel.

4. Os danos sofridos pelo locatário em decorrência do período em que permaneceu fechado por ato exclusivo do recorrente devem, portanto, ser indenizados pelo locador, nos termos do art. 927, *c/c* 402, todos do Código Civil.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.997.050/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 9/9/2022.)

Em precedente relacionado à diminuição do valor do aluguel, foi mantido o entendimento segundo o qual era devido desconto a uma empresa fechada em razão da pandemia, porque havia o fato imprevisível e extraordinário:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REVISÃO CONTRATUAL. COVID-19. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. EMPRESA DE *COWORKING*. DECRETO DISTRITAL. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA EMPRESA LOCATÁRIA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO PROPORCIONAL DO VALOR DOS ALUGUÉIS DURANTE AS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO. CABIMENTO. MEDIDA QUE VISA RESTABELECE O EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DO CONTRATO. ARTS. 317 E 478 DO CC. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. DIMINUIÇÃO DA RECEITA DA LOCATÁRIA COMPROVADA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO LOCADOR. SITUAÇÃO EXTERNA. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. OBSERVÂNCIA AOS POSTULADOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ, QUE APONTAM PARA A REVISÃO DO CONTRATO NO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A revisão dos contratos com base nas teorias da imprevisão ou da onerosidade excessiva, previstas no Código Civil, exige que o fato (superveniente) seja imprevisível e extraordinário e que dele, além do desequilíbrio econômico e financeiro, decorra situação de vantagem extrema para uma das partes, situação evidenciada na hipótese.

2. Consoante as diretrizes firmadas no julgamento do REsp n. 1.998.206/DF, “a revisão dos contratos em razão da

pandemia não constitui decorrência lógica ou automática, devendo ser analisadas a natureza do contrato e a conduta das partes - tanto no âmbito material como na esfera processual -, especialmente quando o evento superveniente e imprevisível não se encontra no domínio da atividade econômica das partes” (REsp n. 1.998.206/DF, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 4/8/2022).

3. Na hipótese, ficou demonstrada a efetiva redução do faturamento da empresa locatária em virtude das medidas de restrição impostas pela pandemia da covid-19. Por outro lado, a locatária manteve-se obrigada a cumprir a contraprestação pelo uso do imóvel pelo valor integral e originalmente firmado, situação que evidencia o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato.

4. Nesse passo, embora não se contestem os efeitos negativos da pandemia nos contratos de locação para ambas as partes - as quais são efetivamente privadas do uso do imóvel ou da percepção dos rendimentos sobre ele - no caso em debate, considerando que a empresa locatária exercia a atividade de *coworking* e teve seu faturamento drasticamente reduzido, a revisão do contrato mediante a redução proporcional e temporária do valor dos aluguéis constitui medida necessária para assegurar o restabelecimento do equilíbrio entre as partes.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.984.277/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 9/9/2022.)

Por outro lado, no caso de contrato de prestação de serviço educacional, foi negada a redução do valor das mensalidades escolares, porquanto houve ministração das aulas. É bem verdade que algumas disciplinas ficaram inviabilizadas, como educação física e artes, mas a regra é que o serviço foi adequadamente prestado, ainda que virtualmente:

RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CONTRATUAL. PANDEMIA DA COVID-19. CDC. REDUÇÃO DO VALOR DAS MENSALIDADES ESCOLARES. SUPRESSÃO DE DISCIPLINAS E VEICULAÇÃO DAS AULAS PELO MODO VIRTUAL. SERVIÇO

DEFEITUOSO E ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. QUEBRA DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 6º, INCISO V, DO CDC. EXIGÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO IMODERADO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO FORNECEDOR. IRRELEVÂNCIA. OBSERVÂNCIA AOS POSTULADOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ CONTRATUAL. SITUAÇÃO EXTERNA. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO APTO À REVISÃO DO CONTRATO NA HIPÓTESE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. As vertentes revisionistas no âmbito das relações privadas, embora encontrem fundamento em bases normativas diversas, a exemplo da teoria da onerosidade excessiva (art. 478 do CC) ou da quebra da base objetiva (art. 6º, inciso V, do CDC), apresentam como requisito necessário a ocorrência de fato superveniente capaz de alterar - de maneira concreta e imoderada - o equilíbrio econômico e financeiro da avença, situação não evidenciada no caso concreto. Precedentes.

2. O STJ de há muito consagrou a compreensão de que o preceito insculpido no inciso V do art. 6º do CDC exige a “demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor” (REsp n. 417.927/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/5/2002, DJ de 1/7/2002, p. 339.)

3. Nesse contexto, a revisão dos contratos em razão da pandemia não constitui decorrência lógica ou automática, devendo ser analisadas a natureza do contrato e a conduta das partes - tanto no âmbito material como na esfera processual -, especialmente quando o evento superveniente e imprevisível não se encontra no domínio da atividade econômica do fornecedor.

4. Os princípios da função social e da boa-fé contratual devem ser sopesados nesses casos com especial rigor a fim de bem delimitar as hipóteses em que a onerosidade sobressai como fator estrutural do negócio - condição que deve ser reequilibrada tanto pelo Poder Judiciário quanto pelos envolvidos, - e aquelas que evidenciam ônus moderado ou mesmo situação de oportunismo para uma das partes.

5. No caso, não houve comprovação do incremento dos gastos pelo consumidor, invocando-se ainda como ponto central à revisão do contrato, por outro lado, o enriquecimento sem causa do fornecedor - situação que não traduz a tônica da revisão com fundamento na quebra da base objetiva dos contratos. A redução do número de aulas, por sua vez, decorreu de atos das autoridades públicas como medida sanitária. Ademais, somente foram inviabilizadas as aulas de caráter extracurricular (aulas de cozinha experimental, educação física, robótica, laboratório de ciências e arte/música). Nesse contexto, não se evidencia base legal para se admitir a revisão do contrato na hipótese.

6. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.998.206/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 4/8/2022.)

Então, cada situação desafia uma decisão, cabendo ao julgador analisar, com sensibilidade, as particularidades do caso concreto.

3. AS NOVAS TECNOLOGIAS NA SAÚDE SUPLEMENTAR INCREMENTADAS APÓS A PANDEMIA

Uma vez deflagrado o estado de emergência sanitária, todos os esforços foram envidados no sentido de desenvolver vacinas em tempo recorde. Além disso, novas tecnologias precisaram ser utilizadas no campo da saúde.

Por outro turno, surgiu alta expectativa e baixa quantidade de demandas exclusivas tratando da saúde suplementar. De fato, como não houve realização de cirurgias e de tratamentos naquele período inicial da pandemia, as pessoas não podiam ir aos hospitais nem a consultórios (salvo em casos de emergências) e evidentemente se constatou diminuição dos custos.

Houve aumento das despesas em relação ao tratamento específico da *Covid*, mas, no geral, verificou-se redução de despesas para manutenção do equilíbrio contratual.

Temia-se inadimplência em massa dos usuários do sistema de saúde privado, o que igualmente não se confirmou.

Contudo, pairam ainda muitas incertezas sobre os desdobramentos dessa situação e o alcance de coberturas médicas, mesmo após o término do período de emergência sanitária. Notou-se acréscimo brusco de insumos e exames, elevando-se sobremaneira os preços e desequilibrando-se a equação dos contratos na área médica, o que desafiou a análise dessa nova conjuntura pelo Judiciário.

De outra parte, o que se desenvolveu muito no período foi a tecnologia aplicada à medicina.

Agora há o que se denomina de *e-saúde*⁶, ou *e-health*, que cresceu bastante durante essa fase.

Em 2019, a Alemanha aprovou a Lei de Saúde Digital (*Digitale-Versorgung-Gesetz* ou DVG)⁷, que cuida da ética para utilização dessas tecnologias, do que é ou não possível para monitoramento da diminuição de custos e da otimização de resultados na saúde.

Existe também o que se chama de *healthtech*⁸ — algumas empresas no Brasil já fazem parte desse conceito —, com *startups* que realizam tal trabalho; é a dinâmica da tecnologia na gestão da saúde suplementar⁹.

Inúmeras *startups* foram criadas nessa área e, em 2022, aproximadamente 34 estavam em operação no país.

Tipo de *healthtech* é a empresa que usa a telemedicina, acompanha os beneficiários por meio de planos terapêuticos e aplicativos, utiliza os dados dos pacientes para promover dinâmica de atendimento, e o modelo de negócio leva em conta a tecnologia para baratear custos e promover qualidade do serviço. Outro modelo de *startup* nessa área é aquela empresa

⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; SOARES, Flaviana Rampazzo. Proteção de Dados Pessoais em e-Saúde: Seu confronto com a utilidade do fornecimento e uso de dados em aplicativos para dispositivos móveis. Revista de Direito do Consumidor, v. 130, ano 29, p. 397-429. São Paulo: Ed. RT, jul-ago/2020.

⁷ <https://www.conjur.com.br/2022-nov-15/direito-digital-consideracoes-prescricao-eletronica-protecao-dados-pacientes>

⁸ <https://saude.abril.com.br/coluna/com-a-palavra/como-as-healthtechs-ja-fazem-a-diferenca-na-saude-dos-brasileiros>

⁹ <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/seidigi/saude-digital>

que concentra as atividades nos planos individuais e realiza consultas *online*, 24 horas por dia, com aplicativo de celular.

Já a modalidade “cartão para todos” objetiva o atendimento com baixo custo para a população de média e baixa renda, mediante acesso a serviços médicos na modalidade presencial ou virtual, com certa limitação de especialidades.

No que concerne ao pagamento de despesas, o “cartão de saúde eletrônico” permite transações muito mais seguras e a integração dos aplicativos de tecnologia que cuidam dessa área.

Deve-se separar as duas questões: o que é empresa *startup* dedicada à *healthtech* e o que são as novas ferramentas aplicadas ao setor.

Vale dizer, há as novas ferramentas de acompanhamento dos usuários, outro ângulo de utilização das novas tecnologias aplicadas à saúde.

No geral, com essas ferramentas e a gestão da área da saúde realizada pelas *startups*, percebem-se algumas vantagens importantes. Há a possibilidade de criar painéis ou portais de informação para consulta com médicos e enfermeiros que trabalham na cura e no conforto do paciente. Então, o fluxo de informação é muito mais potencializado.

De fato, um dos maiores problemas nessa relação médico-paciente diz respeito à questão informacional, o fluxo de comunicação entre paciente, médico — fundamentalmente — e hospital. Esse déficit informacional é gerador de muitas controvérsias que vinham para o Judiciário, como o debate sobre a extensão e o conceito do consentimento informado.

O que essas novas ferramentas permitem é uma troca de informações muito mais acelerada e transparente entre pacientes, parentes dos pacientes e médico. Além disso, possibilitou-se interação maior entre as equipes de enfermagem e as diversas especialidades médicas.

Entre as ferramentas utilizadas, algumas delas já são regulamentadas, outras não. A telemedicina, por exemplo, é plataforma de atendimento médico regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução CFM n. 2.314, de 20 de abril de 2022¹⁰, que define a forma do serviço médico com a mediação da tecnologia.

¹⁰ <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2314>

Há também o prontuário eletrônico, aberto à adesão do plano de saúde. Nesse caso, captação e informações médicas ocorrem por várias fontes, laboratórios, exames — a atualização é permanente no sistema de informática.

Existe modelo de identificação de pacientes para programas especiais, com potencial de participação em cada um dos programas de prevenção de doenças, o que também representa ganho para a redução de custos do contrato.

A informação científica por meio de *smartphones* e *tablets*, baseada na organização fácil e acessível de artigos e livros de referência, fundamenta decisões de auditores médicos, com base no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Outra ferramenta importante para as empresas é o simulador de custos de procedimentos, que pode ser utilizado em rede própria ou credenciada e objetiva mensurar a melhor hipótese para o caso específico.

A identificação geográfica e hospitalar de pacientes internados — mapa de pacientes com o nível de complexidade indicado em tempo real — permite a utilização de outra ferramenta, o *Google Earth*, para otimizar custos e simplificar resultados.

O simulador do próprio reajuste dos prestadores de serviços calcula o impacto da revisão das tabelas, havendo também os monitoradores de redes sociais com vistas a oportunidades de negócios com operadoras de planos de saúde.

Além disso, o *telestroke* é unidade muito interessante de monitoramento total da saúde do paciente. Vale mencionar ainda o *Mobile Health*, um pouco do que atualmente se disponibiliza em aparelhos celulares, acompanhando pressão, batimentos cardíacos e número de passos dados no dia.

No entanto, surgem algumas preocupações com a utilização dessas medidas.

A primeira delas é a invasão *hacker*. Quem detiver esses dados de determinada pessoa possuirá algo realmente muito valioso, conhecerá as condições físicas e de saúde do indivíduo. É algo relevante que precisa ser bem controlado.

A segunda é a identificação, em casos de falha do serviço, de quem é a responsabilidade. Seria da empresa dona do produto, da empresa prestadora do serviço, do provedor da *internet* ou do programador de inteligência artificial? Haveria, ainda, responsabilidade solidária?

As respostas para tais questionamentos ninguém tem ainda.

Esse campo deve ser estudado adequadamente. A responsabilidade civil das empresas está muito bem delineada e construída pela doutrina e jurisprudência, mas, no tocante à utilização das novas tecnologias, nesse mundo imprevisível da *internet*, ainda é preciso avançar quanto ao exame da responsabilização civil e criminal, até porque estão envolvidas várias áreas do direito, novas tecnologias, medicina, entre outras.

Impende mencionar também que houve avanço na atuação da própria ANS, com a Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS. Também se destaca a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - Conitec, que, praticamente em tempo real, é obrigada a analisar as novas tecnologias aplicáveis à medicina e à saúde suplementar, tendo de submeter suas decisões ao escrutínio público.

4. CONCLUSÃO

Os desafios enfrentados no combate à pandemia foram inúmeros, com reflexos na economia e nas mais variadas relações jurídicas, mostrando-se fundamental o dever anexo de renegociação.

A área da saúde foi uma das mais impactadas, o que tornou imperiosa a criação de novas tecnologias para o setor.

Por sua vez, o Poder Judiciário atuou incessantemente no sentido de resolver os diversos conflitos emergenciais surgidos nesse período.

De fato, há 35 anos, o STJ exerce seu papel de Tribunal da Cidadania, conferindo efetiva prestação jurisdicional à sociedade em âmbito nacional.

A tragédia nos ensinou que o afeto e o cuidado foram os sentimentos mais relevantes para seguirmos em nossa caminhada evolutiva.

Trouxe também a ideia de superação, no sentido de que, mesmo nos piores momentos, há que se pensar nas possíveis transformações para melhor.

O Poder Judiciário e o STJ esperam contribuir para essa nobre missão.

REFERÊNCIAS

AIYAR, Shekhar; ILYNA, Anna. *Charting Globalization's Turn to Slowbalization After Global Financial Crisis*. IMF Blog, 2023. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2023/02/08/charting-globalizations-turn-to-slowbalization-after-global-financial-crisis#:~:text=The%20%E2%80%9CSlowbalization%E2%80%9D%20that%20followed%20the,trade%20amid%20rising%20geopolitical%20tensions> Acesso em: 6 nov. 2023.

BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. **O direito transnacional (*global law*) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?** Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37034.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acesso em: 6 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a saúde digital?** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/seidigi/saude-digital> Acesso em: 6 nov. 2023.

CAMPOS, Ricardo; OTTONI, Marcos Vinicius. **Considerações sobre prescrição eletrônica e proteção de dados de pacientes**. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-15/direito-digital-consideracoes-prescricao-eletronica-protexcao-dados-pacientes> Acesso em: 6 nov. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.314, de 20/04/2022**. Define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2314> Acesso em: 6 nov. 2023.

FREIRE, José Nantala Bádue. **O Mercado da Arbitragem e o *Compliance* na Realidade Brasileira**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-07/jose-nantala-arbitragem-compliance-realidade-brasileira> Acesso em: 6 nov. 2023.

GONZAGA, Alvaro Luiz T. de Azevedo; VAILATTI, Diogo Basilio. **Empresas Transnacionais: Sustentabilidade Econômica, Ética e *Compliance***. Revista Internacional Consinter de Direito n. VII, 2º semestre de 2018, p. 57-68.

MARTINS, Guilherme Magalhães; SOARES, Flaviana Rampazzo. **Proteção de Dados Pessoais em e-Saúde: Seu confronto com a utilidade do fornecimento e uso de dados em aplicativos para dispositivos móveis**. Revista de Direito do Consumidor, v. 130, ano 29, p. 397-429. São Paulo: Ed. RT, jul-ago/2020.

SALLES, FABIANA. **Como as *healthtechs* já fazem a diferença na saúde dos brasileiros**. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/coluna/com-a-palavra/como-as-healthtechs-ja-fazem-a-diferenca-na-saude-dos-brasileiros> Acesso em: 6 nov. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp n. 1.984.277/DF**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 16/8/2022. DJe, Brasília, 9 set. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp n. 1.997.050/SP**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 2/8/2022. DJe, Brasília, 9 set. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp n. 1.998.206/DF**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 14/6/2022. DJe, Brasília, 4 ago. 2022.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL
NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Mauro Luiz Campbell Marques
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ministro Mauro Luiz Campbell Marques¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O Direito Administrativo Sancionador. 3 A consensualidade no sistema judicial brasileiro. 4 O acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, partindo de estudo relacionado ao fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, ao surgimento do Direito Administrativo Sancionador e à moderna

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Metodista Bennett – UniBennett. Foi Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas e secretário de Segurança Pública do mesmo ente federativo. Foi Corregedor-Geral da Justiça Federal entre 2016 e 2017 e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral – TSE entre 2020 e 2022. É diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam e Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

positivação de modelos de consensualidade no sistema judicial brasileiro, a fim de trazer reflexões acerca das sensíveis alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021.

A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil pode ser observada com maior intensidade a partir da Constituição de 1934, marcada por diretrizes sociais e que conferiu maior poder ao governo federal. Desde então, esse ramo do Direito tem evoluído e consagrado a Teoria Geral do Direito Administrativo ao tratar de meios de controle da administração e responsabilização dos agentes públicos, *lato sensu*.

Nesse cenário, em que se verificam contornos robustos das regras de regência da administração pública, surge o Direito Administrativo Sancionador, aqui representado pela possibilidade de responsabilização por ato de improbidade administrativa e que tem sua base normativa fundamentalmente constituída no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, e na Lei n. 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa, desde a sua vigência, promoveu inúmeros avanços à gestão pública nacional, mas, passados quase 20 anos de sua edição, observou-se uma sensível necessidade de atualização, a fim de que as diretrizes da sistemática de responsabilização ganhassem contornos mais objetivos.

Tal atualização ocorreu em 2021 com a edição da Lei n. 14.230/2021, que realizou profundas mudanças nas compreensões relacionadas à caracterização dos atos de improbidade administrativa, além de alterações procedimentais, entre as quais está a inclusão da consensualidade na própria Lei n. 8.429/1992, o que representa um significativo avanço inserido na esfera do Direito Administrativo Sancionador.

Assim, diante dessa historicidade, da necessidade de tutela ao patrimônio público frente à crescente admissão da consensualidade no sistema judicial brasileiro, busca-se trazer reflexões que possam colaborar com o estudo da matéria ainda incipiente, mas de grande importância.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A propósito do Direito Administrativo Sancionador, propõe-se uma pergunta fundamental: qual é a melhor definição para esse ramo da ciência jurídica? Para alcançar os aspectos mais relevantes dessa compreensão epistemológica, parte-se, necessariamente, do estudo da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil.

Com efeito, não obstante o ineditismo normativo presente na Constituição de 1934 que tratou de diversos aspectos da administração pública, foi a partir da Constituição de 1988 que se conferiu relevância constitucional aos princípios e às regras de regência da administração pública, codificação esta que consagrou a Teoria Geral do Direito Administrativo prevendo a existência de mecanismos de controle da administração e meios de responsabilização dos agentes públicos, tudo com vistas à garantia da transparência e da probidade, valores direcionados ao combate à corrupção.

Esse cenário, que constitucionalizou regras rígidas de regência da administração pública e da responsabilização dos agentes públicos corruptos, conferiu contornos mais robustos ao Direito Administrativo Sancionador, expressão do efetivo poder punitivo estatal para além do sistema sancionatório criminal.

E como integrante do denominado Direito Administrativo Sancionador está a Lei de Improbidade Administrativa, que tem especial protagonismo no sistema de combate à corrupção em todos os níveis da administração pública.

Desde o início da vigência da Lei de Improbidade, promulgada em 1992, ocorreram muitos fatos relevantes na história brasileira, de modo que o contexto social e político nacional ensejou um sensível aumento de demandas em busca de uma atuação jurisdicional que, na perspectiva da isenção e da imparcialidade, promovesse e transmitisse à população brasileira a pacificação nacional, o sentido e o sentimento do Poder Judiciário como principal agente no combate à corrupção.

A fim de ilustrar o argumento, de acordo com o Estudo de Dados Processuais de Improbidade Administrativa, de 2021, observou-

se um aumento vertiginoso de novos processos relacionados a atos de improbidade administrativa em todas as instâncias do Poder Judiciário, com destaque para o ano de 2019, em que o Conselho Nacional de Justiça — CNJ computou um total de 73.981 (setenta e três mil, novecentos e oitenta e um) novos processos afetos ao tema.

O Superior Tribunal de Justiça — STJ, diante da missão constitucional de conferir unidade ao direito federal infraconstitucional, mantendo a coerência, a inteireza, a justeza e a harmonia da jurisprudência nacional, firmou importantes diretrizes sobre a compreensão e a incidência da Lei de Improbidade Administrativa, notadamente sobre os requisitos de materialidade, sobre o elemento anímico adequado à configuração da prática ímproba, ou, ainda, acerca da dosimetria das penalidades e diversos outros temas que, inclusive, ensejaram a formação de precedentes a serem observados em todo o país.

Ocorre que, passados quase 20 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, é natural a necessidade de atualização do texto normativo, que trouxe inegáveis avanços à gestão pública nacional, mas revelou uma sensível necessidade de aprimoramento, tendo sido instituída, em 2018, uma comissão de juristas para a revisão do texto normativo.

Os trabalhos foram orientados em busca da internalização da jurisprudência assentada no STJ, além da necessidade de compatibilizar a Lei de Improbidade Administrativa às novidades normativas posteriores à sua entrada em vigor, especialmente àquelas que se alinham aos objetivos da Lei n. 8.429/1992 quanto à busca pela integridade e atenção à moralidade administrativa, como a Lei Anticorrupção, de 2013, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB — e as alterações promovidas em 2018.

Nessa ordem de ideias, os debates legislativos resultaram numa proposta de revisão substancial do texto e, dentre as mudanças, destaco a promoção da consensualidade administrativa, considerando a inserção de comando normativo dedicado à sistematização do acordo de não persecução cível em improbidade administrativa.

3 A CONSENSUALIDADE NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO

Embora hoje se reconheça de maneira inequívoca que a utilização de instrumentos consensuais é uma ferramenta para perseguir a solução que melhor atenda ao interesse público, promovendo os ditames da eficiência e da economicidade, tal compreensão decorre de uma verdadeira evolução relacionada às prerrogativas sancionatórias estatais.

Não se olvide, por óbvio, que essa concepção conservadora balizada na indisponibilidade dos interesses que envolvem a administração tem razão de ser na própria matriz do Direito Administrativo brasileiro, caracterizada por um regime jurídico pautado na supremacia abstrata do interesse público, além do contexto histórico sensível de absoluta necessidade de combate aos atos de corrupção praticados contra a administração pública.

Ocorre que, atualmente, entende-se que essa visão engessada se revelou falha à gestão eficiente da coisa pública, pois há casos em que a negociação ou o acordo pode responder melhor a objetivos de interesse público pretendidos pelo próprio ordenamento jurídico, de modo que também existe, a depender do caso, interesse público na própria composição.

A visão contemporânea, portanto, admite que a tutela de toda a ordem principiológica constitucional pode ser mais bem atendida a partir de uma atuação consensual compatível com os interesses da coletividade.

Afinal, o uso de técnicas consensuais de solução de controvérsias envolvendo o Direito Administrativo Sancionador pode ter mais chances de promover a efetividade prática da responsabilização, além de menores custos e até menos riscos de externalidades negativas.

Ademais, retomando os dados sobre o alto grau de judicialização de casos de improbidade, a adoção de métodos consensuais também permite reflexos positivos no número de demandas que envolvam a Fazenda Pública, pois representa meios alternativos à judicialização.

Outro fator positivo é que a consensualidade promove a participação deliberativa, na medida em que a celebração das transações se procede pelo acordo de vontades entre a administração e o administrado,

revestindo a atuação do Poder Público com maior legitimidade, fortalecendo, ainda, a segurança jurídica, visto que os conflitos são verdadeiramente superados e pacificados.

Pode-se afirmar, portanto, que houve uma ressignificação positiva dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Afinal, a unilateralidade absoluta representada pela relação vertical entre a administração e o particular desconsidera as potencialidades da consensualidade como instrumento possível para a solução de conflitos.

Diante de relações jurídicas tão complexas e até mesmo da sofisticação dos esquemas ilícitos frente à inerente burocratização dos processos tradicionais de responsabilização, a busca pela promoção do melhor interesse público deve ser dinâmica, compatibilizando a possibilidade da escolha administrativa pela consensualidade com a tradicional imperatividade da administração pública.

Esse dinamismo que viabiliza a consensualidade como mecanismo possível de gestão da coisa pública promove também importantes reflexos no fomento da governança, tida aqui como método estratégico capaz de atuar nas fragilidades da atuação típica, como impasses burocráticos.

Em suma, a abertura para a lógica consensual administrativa como técnica de gestão do interesse público representa uma verdadeira compatibilidade com os interesses da coletividade sopesados na específica hipótese em que se cogita a promoção da cooperação, o que se dá em observância aos valores democráticos e republicanos do Estado contemporâneo.

A propósito, é interessante notar que essa concepção em que se atribui valor jurídico diferenciado ao interesse público eleva a qualidade da democracia, uma vez que, num sistema funcional que tenha como centro o princípio da moralidade, promove-se a eficiência estatal e, conseqüentemente, a própria legitimidade do regime democrático.

Esse caminhar reflexivo admitindo a consensualidade como técnica possível de solução de controvérsias se refletiu, com o passar dos anos, em novidades legislativas mais modernas.

O Código de Processo Civil de 2015 representou grande avanço nesse aspecto, pois trouxe diretrizes relevantes, como a previsão expressa no art. 3º, § 2º, de que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e, no § 3º, de que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Nesse aspecto, importa notar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, desde a atualização de 2018, promovida pela Lei n. 13.655, prevê em seu art. 26 a possibilidade de celebração de compromissos para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público. Tal novidade normativa, diga-se, é citada pela doutrina como uma cláusula geral de consensualidade no âmbito da administração pública.

Na seara do Direito Administrativo Sancionador, especificamente em improbidade administrativa, o firme acesso a soluções consensuais somente aconteceu a partir de 2019, mediante previsão expressa na Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019).

Afinal, a Lei de Improbidade Administrativa entrou em vigor em 1992, momento de fragilidade política institucional que reforçava a legitimidade da tutela ao interesse público abstrato, justificando a prerrogativa imperativa e unilateral da administração pública como única forma de solução das controvérsias.

Assim, constava da redação original do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa a vedação expressa de qualquer hipótese de “transação, acordo ou conciliação”.

Diante da redação do dispositivo, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido do não cabimento de acordo na ação por ato de improbidade administrativa.

À época, a doutrina especializada apontava críticas à vedação legislativa, principalmente diante do avanço da consensualidade, inclusive na seara de responsabilização criminal, como na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013), que apresentou o instituto da

colaboração premiada. No ponto, argumentava-se que, se é possível a realização de acordos na seara criminal, com mais razão seria autorizado no âmbito civil, da improbidade, potencialmente menos grave.

Embora haja força no argumento, a jurisprudência continuou firme quanto à impossibilidade de transação nas ações por ato de improbidade administrativa, vigorando a compreensão no sentido da especialidade da Lei de Improbidade Administrativa que era expressa na vedação à consensualidade.

Ademais, destaca-se a Lei n. 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, aplicável às pessoas jurídicas que praticam atos contra a Administração Pública, e que previu a possibilidade de acordo de leniência.

Em decorrência da inovação normativa, a Medida Provisória n. 703 de 2015 chegou a determinar a revogação do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o dispositivo que vedava a transação. Entretanto, por ato declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, a medida provisória perdeu sua validade, o que proporcionou a manutenção da redação original proibitiva da Lei de Improbidade Administrativa.

Além desses, outros atos normativos também causaram comoção da comunidade jurídica em busca da consensualidade como técnica admitida na solução de controvérsias afetas à improbidade administrativa. Todavia, a jurisprudência do STJ permaneceu firme quanto à interpretação do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que expressamente vedava a realização de acordo.

Os debates cessaram a partir da edição da Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019), que promoveu a alteração do dispositivo restritivo da Lei de Improbidade Administrativa, tendo inovado ao permitir a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade.

A partir de 2019, portanto, houve um inegável avanço quanto à admissão da consensualidade na improbidade.

Ocorre que, em razão de veto substancial promovido pela Presidência da República, a reforma do texto legal, nos termos em que foi sancionada, mostrou-se insuficiente para pacificar os debates da questão

jurídica e proporcionar efetividade ao acordo de não persecução cível. À época, muito se produziu academicamente sobre a ausência de parâmetros legais necessários à realização de acordos de não persecução cível na ação de improbidade administrativa.

Diante de tal conformação jurídica, somente a partir da recente atualização normativa promovida pela Lei n. 14.230/2021 à Lei de Improbidade Administrativa verifica-se a existência de comando normativo sistematizado sobre a gestão dialógica da administração em improbidade.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 17-B da atual redação da Lei de Improbidade Administrativa inaugurou a consensualidade no bojo da legislação específica, tratando da legitimidade ativa para celebrar acordo de não persecução civil, apresentando os resultados mínimos, os requisitos obrigatórios, os limites materiais e os parâmetros procedimentais para a concretização do instrumento consensual.

A primeira grande novidade proporcionada pela nova norma está prevista no *caput* do art. 17-B e diz respeito à legitimidade ativa para a realização dos acordos de não persecução cível. Isso porque a atualização normativa atribuiu legitimidade exclusiva para o Ministério Público ajuizar as ações de improbidade administrativa, excluindo a legitimidade ativa dos entes públicos lesados pelo ato ímprobo.

Não obstante, o Plenário do STF, no julgamento das ADIs n. 7.042 e n. 7.043 declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, a fim de restabelecer a existência de

legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.

Essa compreensão, vale a pena destacar, vai ao encontro da mencionada participação deliberativa em que, num Estado democrático, deve-se possibilitar aos interessados a possibilidade de influir na formação

das decisões administrativas que afetem seus interesses, em total consonância com a natureza da consensualidade.

Assim sendo, muito embora a atualização da Lei de Improbidade Administrativa tenha apresentado a promoção da consensualidade como instrumento exclusivo ao Ministério Público, não há mais qualquer controvérsia quanto à legitimidade ativa concorrente e disjuntiva das pessoas jurídicas interessadas.

Outro ponto interessante a ser observado no *caput* do art. 17-B é a compreensão de que inexistente direito subjetivo do acusado à realização do acordo. Isso porque os legitimados poderão promover técnicas consensuais de solução da controvérsia, que ainda será submetida à avaliação do membro do Ministério Público e/ou dos representantes dos entes públicos sobre a pertinência da realização do instrumento consensual diante do caso concreto.

Ademais, não há, sequer, obrigatoriedade no próprio oferecimento de proposta de acordo, tratando-se de faculdade do ente legitimado, especialmente considerando a ressignificação dinâmica do princípio da tutela do interesse público no Direito Administrativo Sancionador.

No que diz respeito aos resultados mínimos a serem observados na promoção de acordo de não persecução cível na seara da improbidade administrativa, o dispositivo elenca o integral ressarcimento do dano (inciso I) e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados (inciso II).

Sobre o inciso II do art. 17-B da Lei n. 8.429/1992, importa notar que, historicamente, o ressarcimento aos cofres públicos sempre foi obrigatório quando é verificada lesão ao erário e não corresponde a uma sanção propriamente dita, mas mera recomposição do dano causado pelo ato de improbidade administrativa, conforme reiterada jurisprudência do STJ.

Dessa forma, a dita condição mínima para a celebração do acordo de não persecução cível em improbidade administrativa denota claramente que não é possível negociar a parcela reparatória da pretensão, quando houver, mas apenas as sanções requeridas pelo titular da ação.

Assim, infere-se do texto normativo a compreensão, alinhada à jurisprudência consolidada no STJ, de que o acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa também deve observar o objetivo fundamental da persecução estatal com fundamento na Lei n. 8.429/1992, qual seja, o integral ressarcimento do dano.

No tocante aos requisitos obrigatórios para a realização do acordo, o texto legal introduzido pela Lei n. 14.230/2021 estabeleceu, no § 1º do art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa, a obrigatoriedade das seguintes condições, que se revelam como pressupostos à validade formal do acordo de não persecução cível: a oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação (inciso I); a aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação (inciso II); a homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa (inciso III).

A propósito da homologação judicial do acordo, destaca-se que tal requisito obrigatório se perfaz na necessidade de atribuir natureza de título executivo judicial à convenção, conferindo-lhe maior segurança jurídica, o que se alinha aos termos do art. 515, III, do CPC. Ademais, é certa a imprescindibilidade, pelo magistrado, do controle do preenchimento dos resultados (art. 17-B, I, e II, da Lei de Improbidade Administrativa) e da efetiva presença cumulativa dos requisitos contidos no art. 17-B, II e III, e § 1º da Lei n. 8.429/1992.

Assim, a homologação do acordo de não persecução cível pelo juiz não configura mera chancela do Poder Judiciário do instrumento consensual apresentado, mas efetivo controle da legalidade das cláusulas apresentadas e cumprimento dos requisitos mínimos e dos parâmetros estabelecidos em lei.

Consta, ainda, do art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa uma importante previsão normativa no § 2º com vistas à definição de critérios acerca da própria amplitude da negociação frente ao caso concreto. Isso porque o dispositivo afirma que:

em qualquer caso, a celebração do acordo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

Trata-se de importante inovação na Lei de Improbidade Administrativa, elencando um conjunto de fatores minimamente objetivos que produzem o contexto em que se inseriu a conduta ímproba, fornecendo elementos para a decisão orientada a produzir ou a rejeitar o aperfeiçoamento do acordo, além de determinar as condições pertinentes.

O § 3º do art. 17-B traz a imposição de que, para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada oitiva do tribunal de contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

A previsão normativa desperta algumas ponderações.

O acordo de não persecução cível no âmbito das ações de improbidade administrativa é um ato consensual realizado entre o Ministério Público ou o ente público lesado e o acusado/réu, mediante concessões recíprocas. Apesar de significativa liberdade, o ressarcimento ao erário é resultado obrigatório para a realização do acordo, ou seja, não é possível transigir sobre a necessária recomposição ao erário dos efetivos prejuízos causados pelo ato de improbidade administrativa.

Assim, embora o ressarcimento seja obrigatório, não significa dizer que o valor devido ao erário não possa ser objeto de livre ajuste entre os envolvidos, desde que observada a recomposição integral aos cofres públicos do prejuízo patrimonial causado.

Inexiste, portanto, a obrigatoriedade da oitiva do tribunal de contas para a indicação de parâmetros para a fixação de valores, o que deverá ocorrer em hipóteses de maior complexidade para a aferição da extensão da lesão ao erário gerada pelo ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, nas situações em que o tribunal de contas indicar os valores do ressarcimento aos cofres públicos, surge a indagação sobre a vinculação das partes e do juízo aos parâmetros indicados. Apesar da

relevância do resultado apresentado pela corte de contas, parece evidente que as partes possam impugnar os valores indicados, principalmente quando não corresponderem às tratativas estabelecidas pelo Ministério Público, entes públicos lesados e os acusados/réus. O juízo responsável pela homologação do acordo de não persecução cível tampouco está vinculado aos parâmetros indicados pelo tribunal de contas, caso entenda, por exemplo, que o ressarcimento patrimonial não tenha sido atendido.

De outro modo, é incontroverso o significativo número de ações de improbidade administrativa em tramitação no Poder Judiciário, das quais grande parte trata de atos que causaram lesão aos cofres públicos. Em tal contexto, remeter todos esses autos para oitiva do tribunal de contas a fim de que indique os parâmetros utilizados nas hipóteses de apuração de dano causado ao erário pode retardar a realização do acordo entre as partes.

Não obstante tais considerações, o comando normativo sobre a oitiva do tribunal de contas não vem sendo aplicado. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal – STF, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes na ADI n. 7.236/DF (DJe 10/1/2023), suspendeu a eficácia do dispositivo.

Na decisão, o Ministro Alexandre de Moraes ponderou que:

a norma aparenta condicionar o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas, transmudando-a em uma espécie de ato complexo apto a interferir indevidamente na autonomia funcional constitucionalmente assegurada ao órgão ministerial.

No que diz respeito aos aspectos processuais para a realização do acordo de não persecução cível nas ações por ato de improbidade administrativa, destaca-se que o § 4º do art. 17-B introduz parâmetro relacionado ao momento em que poderá ser realizada a avença.

Nesse ponto, o legislador optou por permitir amplitude na celebração do instrumento consensual, autorizando a realização do acordo de não persecução cível durante a investigação do ilícito e antes do ajuizamento da ação principal, após o ajuizamento da ação de improbidade administrativa e, até mesmo, durante a execução da sentença condenatória.

A realização do acordo de não persecução cível antes do ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou durante a sua tramitação em primeiro grau de jurisdição é recomendada, pois observa a rápida solução da controvérsia, ainda que a conveniência da realização do instrumento consensual esteja submetida aos diversos fatores que decorrem da análise do caso concreto.

No âmbito recursal, também se admite que os acordos sejam realizados. A propósito, no STJ, a homologação dos acordos de não persecução cível tem sido realizada diretamente pelos órgãos julgadores da corte.

Ademais, sobre o texto normativo vigente, em termos de consensualidade na improbidade administrativa, destaca-se, especialmente, o comando normativo inserto no § 6º do art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa que trata da possibilidade de implementação de regras de *compliance* como objeto a ser perseguido no acordo de não persecução cível.

Com efeito, o dispositivo prevê que o acordo de não persecução cível poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.

Em outras palavras, a introdução de mecanismos e procedimentos internos de *compliance* para as pessoas jurídicas envolvidas na prática de atos de improbidade administrativa, em medidas semelhantes às previstas na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Além disso, permite, conforme as circunstâncias do caso concreto, implementar outras medidas em favor do interesse público, bem como boas práticas administrativas, que podem decorrer da própria necessidade de mudanças procedimentais na burocracia administrativa que visem diminuir ambiente que propicie a prática de atos ímprobos.

No mesmo viés, o art. 23-A da nova Lei de Improbidade Administrativa também dispõe que é “dever do poder público oferecer contínua capacitação aos agentes públicos e políticos que atuem com prevenção ou repressão de atos de improbidade administrativa”.

Por fim, o § 7º do art. 17-B prevê que em caso de descumprimento do acordo a que se refere o *caput* desse artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

Embora exista uma consequência pelo descumprimento do acordo, a impossibilidade de realizar novo acordo pelo prazo de cinco anos, o dispositivo nada trata sobre os termos efetivamente desrespeitados. Assim, eventuais descumprimentos de cláusulas que estipulem o ressarcimento ao erário, o pagamento de multa civil ou alguma outra questão de natureza pecuniária, poderiam, ao menos, ser objeto de execução do acordo homologado judicialmente.

Não obstante, merecem ser elaborados instrumentos que possam ser utilizados em eventuais descumprimentos de cláusulas de caráter pessoal ou não patrimonial, como eventual compromisso de não concorrer a eleições, pois, provavelmente, não seria possível retomar a ação de improbidade administrativa em razão da prescrição, o que geraria potencial perigo de eventual inefetividade do acordo realizado.

A fim de evitar riscos de descumprimento dos termos contidos no acordo de não persecução cível, é interessante fazer constar no acordo cláusula de suspensão do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa até o efetivo cumprimento integral dos termos convenacionados.

Afinal, não obstante a previsão expressa de que o acordo poderá ser celebrado até mesmo no curso da investigação do ilícito, ou seja, antes da ação por ato de improbidade administrativa, a homologação judicial figura como condição de validade formal à lógica consensual.

5 CONCLUSÃO

Partindo da própria compreensão acerca da constitucionalização do Direito Administrativo como força matriz da atual robustez do Direito Administrativo Sancionador até a necessidade de ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público em busca de soluções mais adequadas à complexidade das relações jurídicas, o presente estudo evidenciou alguns aspectos relevantes em torno da consensualidade na improbidade administrativa.

Com a previsão normativa expressa, após a reforma promovida pela Lei n. 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa, do acordo de não persecução cível, observa-se o sensível crescimento da utilização da ferramenta, haja vista os pedidos de homologação dos acordos de não persecução cível realizados diretamente pelos órgãos julgadores do STJ.

Todo esse plexo relacionado ao emprego de técnicas consensuais no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, mais especificamente da improbidade administrativa, revela a sofisticação exigida da atividade judicante que deve estar atenta à promoção dos interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas**: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 83-106, jan./jun. 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**: Lei n. 8.429/1992, com as alterações da Lei n. 14.230/2021. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**: comparada e comentada: Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa**: Lei n. 14.230, de 25.10.2021: comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

O JUDICIÁRIO NO BRASIL: equilíbrio e
segurança em 35 anos de atuação do
Superior Tribunal de Justiça

Benedito Gonçalves
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O JUDICIÁRIO NO BRASIL: equilíbrio e segurança em 35 anos de atuação do Superior Tribunal de Justiça

Ministro Benedito Gonçalves¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o papel do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na promoção do equilíbrio e na garantia da segurança jurídica no Brasil ao longo de seus 35 anos de existência.

O Poder Judiciário é um dos três poderes essenciais para a manutenção da democracia e do Estado de Direito no Brasil. O STJ, criado em 1988, é responsável pela uniformização da jurisprudência infraconstitucional, garantindo a segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais em todo o país. A atuação do STJ ao longo de seus 35 anos de existência tem sido fundamental para a consolidação do sistema jurídico brasileiro, promovendo o equilíbrio e a justiça.

No presente artigo serão abordadas as principais atribuições e competências do STJ, bem como sua importância para a estrutura do

¹ Formado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em Direito Processual Civil. Mestre em Direito. Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Poder Judiciário no país. Ademais, serão ressaltados os desafios enfrentados pelo STJ e as perspectivas para o futuro do Judiciário no país.

É incontestável que enfrentamos diariamente grandes desafios no Judiciário. Vivemos em um país no qual somente cerca de 18 mil juízes se debruçam sobre aproximadamente 78 milhões de processos.

Para comportar tamanha demanda, temos o orgulho de possuir o Judiciário mais acessível do mundo. Ainda bem, porque hoje temos mais de 1,3 milhão de inscritos na Ordem dos Advogados. Aliás, o Brasil é o país que tem a maior proporção de advogados: um profissional a cada 164 habitantes². Esse quadro demonstra o panorama e o tamanho do desafio do Judiciário para atender à crescente demanda.

2. ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1. Competência originária e recursal

O STJ é um órgão do Poder Judiciário brasileiro responsável por uniformizar a interpretação das leis federais. Ele possui competência originária e recursal.

A competência originária do STJ refere-se à sua capacidade de julgar determinadas matérias de forma inicial, ou seja, sem a necessidade de um processo iniciado em outras instâncias.

Dentre os casos em que o STJ possui competência originária, podemos citar:

- a) crimes comuns cometidos por Governadores de Estado e do Distrito Federal, bem como por Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;
- b) crimes de responsabilidade praticados pelos mesmos agentes;

² OAB NACIONAL. Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/59992/brasil-tem-1-advogado-a-cada-164-habitantes-cfoab-se-preocupa-com-qualidade-dos-cursos-juridicos>. Acesso em 8 dez 2023.

- c) conflitos de competência entre Tribunais de diferentes Estados;
- d) mandados de segurança contra atos de autoridades federais;
- e) *habeas corpus* quando a autoridade coatora for um Tribunal Superior, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica.

Já a competência recursal do STJ está relacionada à sua função de analisar recursos interpostos contra decisões de Tribunais de segunda instância (Estaduais ou Federais) que contrariem a legislação federal ou a interpretação dada a ela pelo STJ.

No caso das decisões proferidas em última instância pelos Tribunais Superiores (como o Supremo Tribunal Federal), o STJ atua como órgão revisor, analisando recursos específicos, como Embargos de Declaração e Recursos Especiais, nos casos previstos em lei.

Vale ressaltar que a competência originária e recursal do STJ está prevista na Constituição Federal e em leis complementares, sendo indispensável observar os critérios legais para que os processos sejam corretamente encaminhados ao Tribunal.

2.2. Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade realizado pelo STJ é um importante mecanismo para verificar a adequação das leis e atos normativos em relação à Constituição Federal. Esse controle visa garantir a supremacia da Constituição, assegurando que todas as leis estejam em conformidade com os princípios estabelecidos na Carta Magna.

O STJ é responsável por realizar o controle de constitucionalidade de forma restrita, ou seja, apenas do ponto de vista infraconstitucional. Isso significa que o tribunal não tem competência para declarar inconstitucionalidade de leis ou atos normativos sob o ponto de vista da Constituição Federal, função essa que cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (STF).

No entanto, o STJ pode realizar o controle de constitucionalidade em relação a conflitos entre leis ordinárias e a Constituição Federal, bem como em relação a conflitos entre leis federais e tratados internacionais.

O tribunal pode, ainda, analisar a compatibilidade de leis estaduais e municipais com a Constituição, desde que não ocorra violação a dispositivos constitucionais expressos.

O STJ, ao realizar esse controle de constitucionalidade, atua por meio de um processo chamado de “incidente de inconstitucionalidade”, que ocorre quando uma questão constitucional é suscitada como uma questão prejudicial em uma ação em trâmite perante o tribunal. Nesse caso, o STJ deve decidir se a lei ou ato normativo questionado é ou não constitucional.

Além disso, o STJ também pode se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos por meio do controle difuso de constitucionalidade, quando uma questão constitucional é levantada durante um processo perante o tribunal. Nessa situação, o STJ, ao julgar o caso, pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em questão.

É importante ressaltar que as decisões do STJ sobre controle de constitucionalidade têm efeito vinculante apenas para os tribunais e juízos inferiores. No entanto, essas decisões são fundamentais para a uniformização da interpretação constitucional no país, garantindo uma maior segurança jurídica e igualdade na aplicação das leis.

2.3. Função pacificadora da jurisprudência

A função pacificadora da jurisprudência no STJ consiste em estabelecer critérios uniformes para a interpretação e aplicação das leis federais, de forma a garantir a segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais.

O STJ é o órgão responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal em todo o território nacional. Para isso, são analisados os recursos especiais, aqueles que questionam decisões proferidas por tribunais estaduais ou regionais federais, quando há alegação de divergência de entendimento sobre a interpretação da lei federal.

Ao julgar esses recursos, o STJ busca estabelecer precedentes que sirvam como orientação para os demais tribunais e juízes em casos semelhantes. Dessa forma, a função pacificadora da jurisprudência busca

evitar decisões conflitantes e contraditórias, promovendo a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Além disso, a jurisprudência do STJ também contribui para a unificação da interpretação das leis em todo o país, evitando que diferentes interpretações sejam adotadas em diferentes regiões, o que poderia causar injustiças e insegurança jurídica.

A jurisprudência pacificadora do STJ também desempenha um papel importante na garantia da isonomia, ou seja, no tratamento igualitário de casos similares. Ao definir critérios e entendimentos uniformes, o STJ assegura que casos idênticos sejam julgados de forma igual, evitando tratamentos desiguais e arbitrariedades.

Dessa forma, a função pacificadora da jurisprudência no STJ contribui para a estabilidade jurídica e para a confiança dos cidadãos no sistema de justiça. A busca por uma jurisprudência unificada e coerente é fundamental para garantir a efetividade do Estado de Direito e a realização da justiça no Brasil.

3. O PAPEL DO STJ NA PROMOÇÃO DO EQUILÍBRIO E SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL

3.1. Uniformização da jurisprudência

Abordarei, a partir de agora, um outro mecanismo que favorecerá a uniformização e celeridade da prestação jurisdicional: o uso dos precedentes.

Os nossos magistrados são independentes, chegam ao cargo por concurso público, imunes a quaisquer interferências, e saberão empregar os precedentes conforme o caso, com preservação da autonomia decisória.

Inicialmente, destaco que a influência exercida pela *common law* no direito brasileiro não é recente. Ela existe desde a Constituição Federal de 1891, que trouxe para o sistema jurídico pátrio influências do direito norte-americano, marcando o surgimento de um sistema jurídico híbrido.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), que alterou de modo substancial o nosso ordenamento jurídico, fez com que o juiz brasileiro passasse a desempenhar papel inconcebível, se restrito aos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o juiz da tradição, o da *common law*.

A aproximação ora sustentada é evidenciada por algumas técnicas da tradição *common law* que vêm sendo cada vez mais assimiladas pelo direito brasileiro. Uma dessas técnicas é a adoção do sistema dos precedentes judiciais vinculantes ordenado pelo CPC/2015.

Apresento então o seguinte questionamento: se na *common law* aceitou-se que a lei não seria suficiente para proporcionar segurança e previsibilidade ao direito (pois a limitação do poder dos juízes também não se prestaria a atingir esse fim), como, então, aqueles valores (segurança jurídica e previsibilidade) poderiam ser alcançados?

Penso que, se em ambas as tradições os juízes interpretam o direito, não nos parece haver empecilhos para que países de tradição *civil law*, tais como o Brasil, adotem um sistema de precedentes judiciais, trilhando o mesmo caminho que a *common law*, em busca de segurança jurídica e previsibilidade.

Passo então a uma outra pergunta, para os presentes que não são do meio Jurídico: o que seria um precedente judicial?

Os precedentes são razões que podem ser generalizadas, extraídas da justificação das decisões judiciais e que operam dentro da moldura fático-jurídica dos casos dos quais decorrem. Convém aqui fazer uma distinção. Enquanto os precedentes judiciais podem ser identificados a partir de uma única decisão, o direito jurisprudencial está intimamente ligado ao uso reiterado de decisões, a evidenciar como os tribunais estão decidindo determinada questão e a indicar uma linha de entendimento.

É importante que se compreenda que somente será considerada precedente a decisão de que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros, isto é, o pronunciamento judicial do qual possam ser extraídos acréscimos aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas.

Na tradição *common law*, as decisões não são produzidas para que sirvam como precedentes no futuro (o que é uma decorrência incidental), mas para solucionar conflitos entre as partes litigantes.

A decisão que se torna precedente só é conhecida como tal posteriormente, quando do aparecimento de novos casos cujas questões jurídicas sejam similares àquelas resolvidas pelo pronunciamento judicial pretérito.

Em suma, enquanto a coisa julgada assegura às partes a imutabilidade da decisão de mérito não mais sujeita a recurso, o respeito aos precedentes garante aos jurisdicionados a estabilidade de uma determinada interpretação jurídica.

Importante distinção é aquela que se faz entre os precedentes judiciais persuasivos e os vinculantes. O primeiro (precedente persuasivo) é aquele que não tem eficácia vinculante, possuindo apenas força retórica. Por essa razão, os magistrados não estão obrigados a segui-lo, de modo que, caso o façam, é porque concordam com aquilo que nele foi assentado. O segundo (precedente vinculante) é aquele que possui eficácia vinculativa, motivo por que os juízes obrigatoriamente devem considerá-lo nos casos análogos que porventura venham a julgar, contanto que haja similitude de questões jurídicas.

Ademais, a eficácia vinculante dos precedentes judiciais pode ser vista a partir de duas direções: vertical e horizontal. O precedente vinculante vertical é aquele que necessariamente deve ser observado pelos juízos singular e colegiado que se encontram em posição inferior ao tribunal prolator da decisão paradigmática.

Na direção horizontal, a vinculação é observada entre os órgãos do próprio tribunal de onde provêm os precedentes, o que exige a consolidação de um entendimento e o respeito ao mesmo. Nesse último caso, a discussão gira em torno da força vinculante dos precedentes da corte para consigo, com base na presunção de que deve ser consistente com ela mesma ao longo do tempo.

Também é relevante frisar que a vinculação do precedente judicial não se dá de forma aleatória e indiscriminada. É preciso cotejar o que foi acertado no precedente com o caso a ser julgado, a fim de se verificar se há, de fato, questões jurídicas semelhantes.

Nota-se, então, que o precedente consiste num ponto de partida para a análise e para o julgamento dos casos futuros, motivo pelo qual a posição dos julgadores em relação ao precedente não deve ser de submissão, mas de diálogo.

Como ponto de partida, o juiz deve afirmar a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado apropriado para, em

seguida, aplicá-lo ao caso a ser julgado, ajustando aquele princípio de modo a alcançar a realidade da decisão a ser tomada.

Essas atividades de extração do princípio do precedente e aplicação ao caso a ser solucionado ocorrem por meio de uma ferramenta tecnológica (por um sistema) que consegue fazer a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente.

Por meio desse sistema, o juiz coteja o caso de onde proveio a razão de decidir e o caso que será julgado, para verificar se estão presentes as circunstâncias fáticas que autorizam a vinculação do precedente.

Um sistema de precedentes vinculantes, como não poderia deixar de ser, não exige obediência cega às decisões pretéritas. Ao revés, ele permite que os tribunais tirem proveito da sabedoria do passado, mas rejeitem o que não seja correto ou razoável.

Assim, para permitir a evolução natural do direito, os tribunais podem, em casos excepcionais, substituir os precedentes por eles criados e que repute ultrapassados, superados, desarrazoados ou errôneos.

A revogação do precedente judicial pode se dar de modo expresso ou tácito. Há revogação expressa quando o tribunal prolator da decisão paradigma passa a adotar outro entendimento, em nova decisão na qual revoga claramente a razão de decidir anterior. Por seu turno, a revogação tácita ocorre quando, sem fazer menção alguma ao posicionamento já firmado, o tribunal profere nova decisão em sentido diferente.

No que tange aos efeitos da revogação do precedente, eles podem ser *ex tunc* ou *ex nunc*. Na primeira hipótese, a decisão vinculante, objeto de revogação, não poderá mais ser evocada nos casos ainda não julgados. Na segunda, a decisão paradigmática continuará a ser vinculante, mas tão somente em relação aos casos ocorridos antes da revogação.

Enfim, tendo em conta a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo fiel à necessidade de coerência social e sistêmica, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação.

Vê-se, portanto, que a ideia de precedentes judiciais vinculantes não é absoluta, podendo a razão de decidir ser afastada pela demonstração de distinção entre o caso-paradigma e aquele alvo de julgamento, ou, ainda, superada mediante sua revogação.

3.2. Dos benefícios da adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes

O primeiro benefício da adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes é a segurança jurídica, alicerce indispensável para a justiça, pois sem segurança não há direito. Por meio da segurança jurídica, se garante a previsibilidade e a estabilidade ao direito, importante para que as pessoas possam conduzir as suas vidas com tranquilidade, sem o receio de serem surpreendidas com condutas abruptas e arbitrárias do Estado e de terceiros.

É preciso ter em mente, porém, que a segurança jurídica que se deve perseguir não é aquela do tipo absoluta, capaz de eliminar por completo a indispensável flexibilidade que o direito deve ter. O que se busca, na verdade, é uma segurança compatível com a ideia de que o direito está em contínua construção. Nesse passo, a segurança jurídica funciona como uma diretriz sobre como deve se dar essa construção. O que se assegura é o conhecimento sobre como o direito tem sido aplicado e a garantia de que eventual desvio exigirá um forte ônus argumentativo.

O segundo benefício à vinculação dos precedentes é a estabilidade. Não há dúvidas de que a maior causa de insegurança jurídica é um direito que se transforma o tempo todo, pois gera um medo constante nas pessoas de que a norma que pretendem seguir já tenha sido alterada. É importante ressaltar que a estabilidade não se encontra somente na legislação constando, também, das decisões judiciais, o que impõe que não haja entre elas dissonâncias quando os casos tratados são similares.

Também não pode haver alteração constante e injustificada de entendimentos nem recusa dos juízes e dos tribunais de segunda instância de se curvarem à inteligência dos órgãos judiciais que lhes são superiores.

O Judiciário precisa ser visto como um Poder cuja missão é a pacificação social, a qual não poderá ser satisfatoriamente atingida se casos iguais forem resolvidos de forma desigual.

O terceiro benefício à vinculação dos precedentes é a isonomia. A isonomia está estampada no art. 5º. *caput*, da Carta Magna de 1988, na forma de um princípio fundamental, significando, basicamente, que

todas as pessoas devem receber tratamento igual (isonomia formal), só se admitindo diferenciações nesse tocante quando o objetivo for alcançar a igualdade.

É importante ressaltar, de plano, que os precedentes judiciais não se preocupam em fornecer justiça material, mas apenas justiça formal. Isso significa que a aplicação dos precedentes está ligada à isonomia formal, direcionando-se à uniformidade dos pronunciamentos decisórios, e não à sua qualidade. A isonomia formal deve estar presente nas decisões judiciais, na medida em que casos iguais devem ser tratados de forma igual.

Quando isso não ocorre, há violação ao princípio em apreço, uma vez que situações permeadas por circunstâncias semelhantes acabam sendo resolvidas de modo diferente. No ponto, uma observação se mostra conveniente. Dois casos jamais serão absolutamente iguais em todos os aspectos. A identidade de casos deve ser analisada sempre a partir de uma determinada característica, sendo inaceitável apenas a distinção ou equiparação impertinente e indiscriminada.

O quarto benefício à vinculação dos precedentes é reforçar a imparcialidade do juiz. Isso porque, a partir do momento em que o juiz está vinculado às decisões do passado que tenham versado sobre as mesmas questões jurídicas do caso atual, eventuais desvios que importem em julgamentos parciais e arbitrários restarão mais nítidos, de modo a permitir que os jurisdicionados lancem mão dos mecanismos processuais apropriados para invalidar a decisão judicial maculada.

A adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes também propicia a orientação jurídica dos jurisdicionados e a definição de expectativas por parte deles. Dessa forma, quando há uniformização das decisões judiciais, os cidadãos podem tomar determinadas posturas, porque conseguem ter uma ideia das consequências que possivelmente terão que enfrentar.

O prévio conhecimento dos posicionamentos vinculantes adotados pelos tribunais ainda desestimula a litigância, visto que, se a parte que se considera prejudicada já tem ciência de que o Poder Judiciário não ampara sua pretensão, é bem provável que não investirá tempo e dinheiro na busca de uma tutela que sabe que lhe será desfavorável.

Por outro lado, quando não se sabe o possível desfecho de uma pretensa ação em virtude de haver decisões tutelando casos semelhantes de modo distinto, a parte tem a esperança de que poderá sair vitoriosa na causa, com o que arrisca obter uma decisão favorável, pensando com a lógica de um apostador, como se a justiça fosse uma espécie de roleta.

A aceitação pelas partes da decisão judicial é outro benefício da vinculação dos precedentes judiciais. É bem verdade que a insatisfação é algo inerente à pessoa humana. Por essa razão, os tribunais encontram-se abarrotados de processos pendentes de julgamento de recursos interpostos contra decisões que os recorrentes consideram incorretas ou injustas.

Não há como negar que a interposição de muitos desses recursos se dá em razão de o ato da decisão combatida ter sido diferente daquela exarada em outro processo que versava sobre idêntica questão jurídica.

Decisões distintas, tomadas em casos similares, têm grande dificuldade de serem aceitas pelas partes vencidas, motivo por que as partes se valem de recursos almejando que seu caso seja solucionado de modo parecido àquele outro cujo desfecho lhe pareceu correto.

O quinto benefício à vinculação dos precedentes é a racionalização do duplo grau de jurisdição, vez que os juízes e os jurisdicionados conseguem saber com antecedência a posição adotada pelos tribunais. Além disso, a vinculação de precedentes contribui para a razoável duração do processo, visto que o debate acaba por se restringir à apuração de distinções substanciais ou ao exame de novos argumentos.

Por fim, garante ainda a economia de despesas, na medida em que as demandas são finalizadas em um menor espaço de tempo, o que faz com que o Judiciário seja mais eficiente, de modo que o processo se torna mais célere e barato.

A experiência que há muito tempo se tem no Brasil com o manejo da jurisprudência revela que aqui se trabalha com julgamentos por amostragem, os quais passam a servir de orientação para casos futuros que sejam semelhantes aos casos julgados no passado.

Na sistemática adotada pelo CPC/2015, parece haver uma identificação prévia e legal das decisões que podem se tornar precedentes vinculantes.

4. DESAFIOS ENFRENTADOS PELO STJ

4.1. Aumento da demanda processual

Nos últimos anos, tem-se observado um aumento significativo na demanda processual no STJ. Existem diversas razões para esse aumento. Uma delas é a complexidade cada vez maior das questões jurídicas que chegam ao Tribunal da Cidadania. Com o avanço da sociedade e dos negócios, surgem novas demandas e conflitos que exigem uma análise mais aprofundada.

Outro fator que contribui para o aumento da demanda processual no STJ é a maior conscientização dos cidadãos sobre seus direitos e a busca por uma Justiça efetiva. Com o crescente acesso à informação e o fortalecimento da cultura jurídica na sociedade, mais pessoas estão recorrendo ao tribunal em busca de soluções para seus problemas judiciais.

Além disso, há também o fenômeno da judicialização, que é a tendência de se resolver questões por meio do Poder Judiciário ao invés de buscar soluções extrajudiciais. Com isso, mais casos acorrem ao STJ, aumentando a sua demanda processual.

Diante desse cenário, o STJ tem buscado se adaptar para lidar com o aumento da demanda processual de forma eficiente. Medidas como a especialização de algumas turmas e a criação de mecanismos de conciliação e mediação têm sido adotadas para agilizar o julgamento dos processos e reduzir a sobrecarga de trabalho dos ministros.

No entanto, é importante ressaltar que o aumento da demanda processual no STJ também aponta para a necessidade de investimentos na infraestrutura do Poder Judiciário como um todo. É preciso fortalecer as instâncias inferiores e promover uma cultura de solução extrajudicial de conflitos, para que a demanda no STJ seja reduzida e o tribunal possa cumprir sua função de forma mais efetiva.

4.2. Garantia da celeridade processual

A garantia da celeridade processual no STJ é um princípio fundamental do sistema de justiça brasileiro. Para assegurar a celeridade processual, o STJ adota diversas medidas, a seguir elencadas.

É preciso ressaltar que o STJ conta com uma estrutura organizacional que busca agilizar a tramitação dos processos, como a distribuição eletrônica dos feitos, o uso de sistemas informatizados para gerenciamento do acervo e a criação de turmas especializadas.

Os processos no STJ são julgados por colegiados, compostos por um grupo de ministros. Essa forma de julgamento busca, além de garantir a segurança jurídica, acelerar a análise dos processos por meio da divisão do trabalho entre os membros do colegiado.

O STJ dá prioridade à análise dos processos que têm maior repercussão jurídica e social, com o objetivo de resolver as questões mais relevantes e impactantes para a sociedade de forma mais ágil.

Além disso, é notória a busca constante pela utilização de recursos tecnológicos, no STJ, com o intuito de modernizar e agilizar a tramitação dos processos, como o peticionamento eletrônico, a disponibilização de sistema de consulta processual *online* e a digitalização de processos físicos. O STJ estabelece, ainda, metas de produtividade para seus ministros e servidores, visando incentivar a celeridade processual e garantir a eficiência na análise dos feitos.

Todavia, é importante ressaltar que a garantia da celeridade processual no STJ depende também de outros fatores, como complexidade do caso, quantidade de recursos interpostos, disponibilidade de recursos materiais e participação das partes envolvidas no processo.

Em casos excepcionais, nos quais seja necessário um trâmite mais célere de determinado processo, é possível ainda a adoção de medidas extraordinárias, como a suspensão de prazos ou a realização de sessões extraordinárias.

No entanto, apesar de todos esses esforços, é importante destacar que cada processo é único e que a celeridade processual deve ser buscada dentro dos limites legais e em respeito aos direitos fundamentais das partes envolvidas.

4.3. Necessidade de atualização constante diante das mudanças sociais e tecnológicas

No STJ, assim como em qualquer outra instituição, é fundamental ter uma atualização constante diante das mudanças sociais e tecnológicas.

Isso se deve ao fato de que a sociedade e a tecnologia estão em constante evolução, e é necessário acompanhar essas mudanças para poder atender às demandas da população de maneira eficiente e eficaz.

No campo social, as mudanças podem ocorrer em diversas áreas, como a forma de pensar e viver, as demandas dos cidadãos e os valores da sociedade. Essas mudanças podem afetar diretamente o trabalho do STJ, pois muitas decisões judiciais são baseadas em questões sociais relevantes. Portanto, os juízes e servidores do tribunal precisam estar atualizados sobre essas mudanças para poder tomar decisões coerentes com os novos contextos sociais.

Já no âmbito tecnológico, as mudanças são rápidas e constantes. A tecnologia tem o poder de transformar a maneira como as pessoas se comunicam, trabalham e interagem com o mundo. No STJ, a atualização tecnológica é essencial para agilizar os processos judiciais, reduzir custos e expandir o acesso à justiça. Além disso, a tecnologia pode oferecer novas formas de trabalho, como a digitalização de documentos, a utilização de inteligência artificial e a realização de audiências virtuais, entre outros.

Dessa forma, é fundamental que o STJ continue investindo na capacitação e atualização constante de seus servidores e juízes, por meio de cursos, treinamentos, seminários e parcerias com instituições de ensino e pesquisa. Além disso, é importante estimular a troca de conhecimentos e experiências entre os profissionais da área, por meio de grupos de estudo e debates sobre temas relevantes.

Em resumo, a necessidade de atualização constante diante das mudanças sociais e tecnológicas no STJ é fundamental para que a instituição continue atendendo às demandas da população de forma eficiente e eficaz. Isso envolve estar atualizado sobre as transformações sociais e tecnológicas que ocorrem no mundo, bem como promover a capacitação e o desenvolvimento dos profissionais que atuam no tribunal.

Reduzir o tempo de tramitação das ações é o propósito de políticas públicas que se valem da tecnologia para cumprir o princípio da razoável duração do processo. Tivemos progressos, como a digitalização, que já atinge quase a totalidade de nossos tribunais. Além da digitalização, cerca de metade dos tribunais brasileiros possui projetos de inteligência artificial operantes ou em desenvolvimento.

Isso foi demonstrado no relatório resultado da pesquisa de Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, produzido pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas³, sob a coordenação do meu brilhantíssimo colega, Ministro Luis Felipe Salomão.

A pesquisa verificou que as ferramentas de inteligência artificial no Judiciário possuem várias aplicações, desde a transcrição de audiências e a elaboração de sugestões de minuta até a realização do juízo de admissibilidade de recursos e o cálculo da probabilidade de reversão de decisões.

Esse movimento de digitalização da Justiça se mostra mais necessário cada dia para a boa gestão dos tribunais. Isso porque a digitalização promove a racionalidade da tramitação processual com eficiência, celeridade e qualidade, diante do elevado volume de processos (78 milhões), como já mencionei anteriormente.

Para além da racionalidade, cabe destacar que o surgimento dessas novas tecnologias foi de fundamental importância na manutenção do Judiciário em funcionamento durante a pandemia da *Covid-19*.

Aliás, na época da pandemia, não houve queda na produtividade e, em alguns casos, ocorreu até mesmo o aumento do número de processos analisados e julgados. O uso da tecnologia é, portanto, uma importante ferramenta que promove a racionalidade dos processos em tramitação no Judiciário.

Outro dado muito importante: o emprego da inteligência artificial nas cortes de Justiça não gerou impacto financeiro negativo. Aproveito a oportunidade para parabenizar o meu colega, Ministro Luis Felipe Salomão, pois o estudo por ele coordenado foi inclusive inserido no contexto do compromisso assumido pelos países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) para promover o desenvolvimento sustentável em todo o mundo até 2030. Isso porque, dentre os 17 objetivos da

³ Relatório de pesquisa: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. FGV, 2020. Disponível em <https://conhecimento.fgv.br/publicacao/relatorio-de-pesquisa-tecnologia-aplicada-gestao-dos-conflitos-no-ambito-do-poder-0>. Acesso em 10 dezembro 2020.

Agenda 2030 da ONU, a meta de número 16 prevê o esforço global para a consolidação de sistemas judiciais acessíveis a todos.

5. CONCLUSÃO

Ao longo de seus 35 anos de atuação, o Superior Tribunal de Justiça vem desempenhando um papel fundamental na promoção do equilíbrio e segurança jurídica no Brasil. Sua competência para uniformizar a jurisprudência, solucionar conflitos constitucionais e proteger os direitos fundamentais tem contribuído para a consolidação do Estado de Direito e a pacificação social.

No entanto, o STJ enfrenta desafios significativos, como o aumento da demanda processual e a necessidade de atualização constante. É fundamental que sejam adotadas medidas para fortalecer e aperfeiçoar o Judiciário, garantindo a continuidade do equilíbrio e da segurança jurídica no Brasil.

Não obstante os desafios, são inúmeras as perspectivas para a atuação do STJ no futuro do Judiciário no país. A atuação do tribunal no futuro pode ser fundamental na garantia da segurança jurídica e na padronização de entendimentos, evitando decisões contraditórias entre diferentes tribunais do país.

Ademais, com o advento da tecnologia e a necessidade de digitalização do Judiciário o STJ demonstra se atualizar nesse sentido, de forma constante, seja pela utilização de plataformas digitais, de inteligência artificial e de outras tecnologias que buscam facilitar a tramitação processual, ampliar o acesso à justiça e agilizar os julgamentos.

Espera-se, ainda, que o Tribunal da Cidadania continue avançando na fixação da interpretação da legislação federal, consolidando uma jurisprudência sólida e estável.

Encerro este breve artigo com a certeza de que comemoramos 35 anos de uma trajetória exitosa do STJ, guarda da harmonia interpretativa das leis federais em nosso país. Parabenizo a todos os Ministros, servidores e jurisdicionados que, ao longo dessas décadas, contribuíram para tornar o STJ uma referência de excelência e justiça. Que possamos seguir em frente, sempre buscando aprimorar o sistema judiciário brasileiro e garantir a efetivação dos direitos e da justiça para todos os cidadãos.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA
IMÓVEL INTEGRANTE DE CONDOMÍNIO
EDILÍCIO E DÍVIDA CONDOMINIAL

Raul Araújo

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL INTEGRANTE DE CONDOMÍNIO EDILÍCIO E DÍVIDA CONDOMINIAL

Ministro Raul Araújo¹

I – INTRODUÇÃO

Escolhi o tema deste artigo para compor minha participação neste Livro “**Doutrina**”, que a **Revista do Superior Tribunal de Justiça** faz publicar como ***Edição Comemorativa dos 35 anos do STJ***.

Penso que o assunto “*Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel Integrante de Condomínio Edilício e Dívida Condominial*” bem exemplifica a importância e os méritos da jurisprudência formada pelo Tribunal da Cidadania na ponderada busca de adequadas e justas soluções para as mais relevantes questões tocantes à vida do cidadão comum. Numa sociedade urbana e tecnológica, onde a maior parte das pessoas habita, com suas famílias, condomínios edilícios cuja administração somente se viabiliza mediante o necessário rateio mensal das despesas condominiais entre os moradores, é indiscutível a atualidade e interesse do debate a seguir exposto.

O ordenamento jurídico tem evoluído na concepção de um Sistema de Financiamento Imobiliário, com diferentes formas de contratações viabilizadoras de financiamento para aquisição de imóveis em geral, com especial atenção pelas transações que proporcionam aos consumidores a materialização do chamado *sonho da casa própria*.

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Com isso, duas importantes ordens de interesse são atendidas: de um lado, tem-se o estímulo a um dos mais relevantes setores da economia, a indústria da construção civil, responsável por empregar amplos segmentos de mão de obra, englobando desde aquela menos qualificada até profissionais de sofisticada formação técnica; de outro lado, resolve-se aquela fundamental demanda social por moradia.

Dentre os mais modernos modelos de contratação de financiamento imobiliário, ressaí a alienação fiduciária de coisa imóvel, instituída pela Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, com suas posteriores alterações. Por esse contrato de financiamento imobiliário, de modo geral, o devedor fiduciante, conservando consigo a posse direta do bem, transfere ao credor fiduciário, temporariamente, a posse indireta e a propriedade resolúvel de um imóvel, como garantia do pagamento da quantia emprestada, de modo que, no caso de inadimplemento de prestações do financiamento pelo fiduciante, possa o fiduciário obter a consolidação da propriedade e levar a leilão o imóvel objeto da garantia, transferindo a propriedade e posse deste a terceiro arrematante, obtendo, assim, a quitação do saldo da dívida.

Como se vê, trata-se de instituto dotado de ampla segurança jurídica para os contratantes, atendendo de forma equilibrada às expectativas legítimas de ambas as partes, na medida em que, sendo a transferência da propriedade submetida à condição resolutiva, tudo fica a depender da ocorrência ou não do pagamento total da dívida. Havendo a plena quitação, o devedor recupera automaticamente a propriedade plena do imóvel (art. 25 da Lei). Ocorrendo inadimplência, a consolidação da propriedade fiduciária dá-se automaticamente em favor do credor, após observados os procedimentos extrajudiciais simplificados, previstos na referida Lei de regência (arts. 26 a 26-A, para a consolidação da propriedade, e 27 a 27-A, para a realização do subsequente leilão extrajudicial).

Nessas condições, superando em vantagens a tradicional *hipoteca*, regida pelo Código Civil, na qual a propriedade e a posse do imóvel permanecem com o devedor, a *alienação fiduciária de coisa imóvel* vem conquistando ampla aceitação e crescente confiança no mercado de financiamento imobiliário, proporcionando a concessão de crédito mediante taxas de juros mais reduzidas e prazos mais flexíveis.

Reconhecidos o prestígio e o valor meritório da alienação fiduciária de coisa imóvel como forma moderna e segura de contratação de financiamento imobiliário, tratar-se-á, neste artigo, de interessante e recorrente questão, ainda não pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Buscar-se-á definir se, diante da inadimplência do devedor fiduciante para com as despesas condominiais relativas ao imóvel financiado integrante de condomínio edilício, poderá o condomínio credor daquelas obrigações ditas *propter rem*, ao executar judicialmente o crédito, penhorar o próprio imóvel, levando-o posteriormente a praxeamento para satisfação do crédito condominial, ou estaria o exequente impossibilitado de adotar tal constrição por ser o imóvel impenhorável em razão de encontrar-se alienado fiduciariamente ao credor fiduciário, integrando o patrimônio deste, e não o do fiduciante executado.

II – A QUESTÃO JURÍDICA A SER ENFRENTADA

Para solucionar a sensível controvérsia, ter-se-á de perquirir acerca da correta interpretação das regras mais imediatamente identificadas com o assunto, quais sejam, as constantes do § 2º do art. 23 e do § 8º do art. 27, ambos da Lei n. 9.514/1997, bem como dos arts. 1.345 e 1.368-B do Código Civil, ao disporem:

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

§ 1º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel. (Incluído pela Lei nº 14.620, de 2023)

§ 2º **Caberá ao fiduciante a obrigação de arcar com o custo** do pagamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) incidente sobre o bem **e das taxas condominiais existentes**. (Incluído pela Lei nº 14.620, de 2023)

.....
Art. 27. Consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário promoverá leilão público para a alienação do imóvel, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data do

registro de que trata o § 7º do art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.711, de 2023)

.....
§ 8º **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.** (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 1.345. **O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio,** inclusive multas e juros moratórios.

.....
Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)

Parágrafo único. **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.** (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)

Então, debate-se acerca do alcance das normas transcritas, quando o devedor fiduciante descumpre seu dever legal e contratual de quitar as despesas condominiais, tornando-se inadimplente para com o condomínio edilício em que situado o apartamento objeto do contrato de financiamento.

A questão a ser equacionada cinge-se a saber se, diante da inadimplência do devedor fiduciante para com as despesas condominiais relativas ao imóvel financiado integrante de condomínio edilício,

poderá o condomínio credor daquelas obrigações ditas *propter rem*, ao executar judicialmente o crédito, penhorar o próprio imóvel, levando-o posteriormente a praxeamento para satisfação do crédito condominial, ou seria o imóvel impenhorável pelo fato de encontrar-se alienado fiduciariamente ao credor fiduciário, integrando o patrimônio deste.

Realmente, duas correntes antagônicas se formam em torno do tema, amparadas, cada qual, em robustas fundamentações condutoras de opostos resultados.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça não é diferente. As duas Turmas incumbidas das matérias de direito privado chegam a divergentes conclusões.

É o que se vê na sequência.

II.1. Da impenhorabilidade do imóvel alienado fiduciariamente na execução de créditos condominiais

A Terceira Turma, nas oportunidades em que examinou o assunto, concluiu pela impossibilidade de penhorar-se o imóvel alienado fiduciariamente no caso de execução de créditos condominiais movida contra o fiduciante.

Recente julgado daquele Colegiado, examinando recurso especial (REsp n. 2.036.289-RS), em 18 de abril de 2023, ilustra bem o entendimento unânime, em acórdão assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. TESES DE EXCESSO DE EXECUÇÃO E PRECLUSÃO. SÚMULAS 283 E 284 DO STF. EXECUÇÃO DE DESPESAS CONDOMINIAIS. IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR FIDUCIANTE. ARTS. 27, § 8º, DA LEI Nº 9.514/1997 E 1.368-B, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002. PENHORA DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE. BEM QUE NÃO INTEGRA O PATRIMÔNIO DO DEVEDOR FIDUCIANTE. PENHORA DO DIREITO REAL DE AQUISIÇÃO.

POSSIBILIDADE. ARTS. 1.368-B, CAPUT, DO CC/2002, C/C O ART. 835, XII, DO CPC/2015.

1. Ação de embargos à execução, ajuizada em 11/5/2021, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 26/8/2022 e concluso ao gabinete em 27/10/2022.

2. O propósito recursal é definir se é possível a penhora de imóvel alienado fiduciariamente, em ação de execução de despesas condominiais de responsabilidade do devedor fiduciante.

3. De acordo com o art. 105, III, “a”, da CRFB, não é cabível recurso especial fundado em violação de dispositivo constitucional ou em qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal.

4. A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado, quando suficiente para a manutenção da decisão quanto ao ponto, impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 283/STF.

5. A ausência de indicação do dispositivo violado impede o conhecimento do recurso especial quanto ao tema. Súmula 284/STF.

6. A natureza ambulatoria (ou *propter rem*) dos débitos condominiais é extraída do art. 1.345 do CC/2002, segundo o qual “o adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios”.

7. Apesar de o art. 1.345 do CC/2002 atribuir, como regra geral, o caráter ambulatorio (ou *propter rem*) ao débito condominial, essa regra foi excepcionada expressamente, na hipótese de imóvel alienado fiduciariamente, pelos arts. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/1997 e 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002, que atribuem a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais ao devedor fiduciante, enquanto estiver na posse direta do imóvel. Precedentes.

8. No direito brasileiro, afirmar que determinado sujeito tem a responsabilidade pelo pagamento de um débito, significa dizer, no âmbito processual, que o seu patrimônio pode ser usado para satisfazer o direito substancial do credor, na forma do art. 789 do CPC/2015.

9. Ao prever que a responsabilidade pelas despesas condominiais é do devedor fiduciante, a norma estabelece,

por consequência, que o seu patrimônio é que será usado para a satisfação do referido crédito, não incluindo, portanto, o imóvel alienado fiduciariamente, que integra o patrimônio do credor fiduciário.

10. Assim, não é possível a penhora do imóvel alienado fiduciariamente em execução de despesas condominiais de responsabilidade do devedor fiduciante, na forma dos arts. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/1997 e 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002, uma vez que o bem não integra o seu patrimônio, mas sim o do credor fiduciário, admitindo-se, contudo, a penhora do direito real de aquisição derivado da alienação fiduciária, de acordo com os arts. 1.368-B, caput, do CC/2002, c/c o art. 835, XII, do CPC/2015.

11. Hipótese em que o Tribunal de origem decidiu pela possibilidade da penhora do imóvel, apesar de estar alienado fiduciariamente, em razão da natureza propter rem do débito condominial positivado no art. 1.345 do CC/2002.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial dos embargos à execução, a fim de declarar a impenhorabilidade do imóvel na espécie, por estar alienado fiduciariamente, ficando ressalvada a possibilidade de penhora do direito real de aquisição.

(REsp 2.036.289/RS, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 20/4/2023)

Prevaleceu em tal julgamento o judicioso voto da relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI, cuja motivação é, no essencial, exposta a seguir.

Embora reconhecendo, quanto aos créditos condominiais, o caráter *propter rem* ou ambulatorial extraído do art. 1.345 do CC/2002, “*nada impede que o legislador atribua essa característica como regra geral, mas a excepcione em hipóteses específicas*”. E excepcionando a regra geral, a Lei n. 10.931/2004 introduziu o § 8º no art. 27 da Lei n. 9.514/1997, prevendo que, na hipótese de alienação fiduciária de coisa imóvel, “*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*”.

Em relação à posse, prevê o art. 23, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.514/1997, que a propriedade fiduciária se constitui com o registro do contrato no competente Registro de Imóveis e, “*com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel*”. Por sua vez, o credor fiduciário só passaria a ser imitado na posse com a consolidação da propriedade plena em seu nome, em razão de eventual inadimplemento pelo devedor fiduciante, na forma dos arts. 26 e 30 da Lei n. 9.514/1997.

Desse modo, embora o novo proprietário seja o credor fiduciário – o que, de acordo com o art. 1.345 do CC/2002, resultaria na sua responsabilidade pelos débitos em relação ao condomínio –, o art. 27, § 8º, da Lei n. 9.514/1997 é expresso ao prever que, enquanto o devedor fiduciante estiver na posse direta do imóvel, ele é quem responde pelo pagamento das despesas condominiais.

E prossegue. Por sua vez, a Lei n. 13.043/2014 introduziu no Código Civil o art. 1.368-B, prevendo que a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor (*caput*) e 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*”.

Verifica-se, portanto, harmonia entre as redações do art. 27, § 8º, da Lei n. 9.514/1997, e do art. 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002, sendo o objetivo dessas normas proteger os interesses do credor fiduciário, que tem a propriedade resolúvel como mero direito real de garantia voltado à satisfação de seu crédito.

Fixada naquele julgado a responsabilidade do devedor fiduciante pelo pagamento das despesas condominiais, enquanto estiver na posse direta do imóvel, prosseguiu-se considerando a possibilidade de penhora

do imóvel em ação de execução desses créditos, identificando-se dois possíveis encaminhamentos: “I) o imóvel pode ser penhorado, devendo ser intimado o credor fiduciário sob pena de ineficácia (arts. 799, I, e 804, § 3º, do CPC/2015), hipótese na qual o produto da alienação do bem será entregue ao credor fiduciário, detraído o valor das despesas condominiais, cujo ressarcimento poderá ser cobrado do devedor fiduciante, pela via regressiva, uma vez que o débito era de sua responsabilidade; e II) o imóvel não pode ser penhorado, restando ao condomínio penhorar os bens e direitos integrantes do patrimônio do devedor fiduciante, no qual não se inclui o imóvel, mas sim o “direito aquisitivo derivado de alienação fiduciária em garantia” (art. 835, XII, do CPC/2015)”.

Entendeu-se que deveria “prevaler a segunda tese, no sentido da impossibilidade da penhora do imóvel – que até já foi adotada em sede de agravo interno por esta Terceira Turma em duas oportunidades (AgInt no REsp 1.808.154/SP, DJe 12/12/2019; e AgInt no REsp 1.823.763/SP, DJe 8/5/2020). Ressalta-se que o caráter ambulatório ou propter rem dos débitos condominiais decorre do art. 1.345 do CC/2002 e esse dispositivo não estabelece que o imóvel deve ser penhorado em toda e qualquer hipótese para pagar as referidas despesas. Na realidade, o referido dispositivo atribui a responsabilidade pelos débitos condominiais ao titular do direito real, em regra, o proprietário”.

O d. voto condutor prossegue:

39. No direito brasileiro, afirmar que determinado sujeito tem a responsabilidade pelo pagamento de um débito, significa dizer, no âmbito processual, que o seu patrimônio pode ser usado para satisfazer o direito substancial do credor (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1129).

40. Com efeito, ao dispor sobre a responsabilidade patrimonial, prevê o art. 789 do CPC/2015 que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

41. Desse modo, quando o art. 1.345 do CC/2002 atribui a responsabilidade pelo pagamento dos débitos condominiais ao titular de direito real, é evidente que a norma objetiva, na maioria das vezes, responsabilizar o proprietário, com o fim de que ao menos o imóvel possa servir para a satisfação do crédito, pois, necessariamente, integra o seu patrimônio.

42. Não obstante, é perfeitamente possível que o legislador atribua essa responsabilidade a outro sujeito que não o proprietário, com a finalidade de privilegiar outros interesses em detrimento do condomínio, como fez nos arts. 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002 e 27, § 8º, da Lei nº 9.514/1997, atribuindo-a ao devedor fiduciante enquanto na posse direta do imóvel alienado fiduciariamente, resguardando principalmente a garantia do credor fiduciário.

43. De fato, ao prever que o devedor fiduciante responde pelas despesas condominiais, a norma estabelece que o seu patrimônio é que será usado para a satisfação do referido crédito, não incluindo, portanto, o imóvel alienado fiduciariamente, que integra o patrimônio do credor fiduciário.

44. Por essa razão, na espécie, aplica-se a tese de que “não se admite a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida por terceiros contra o devedor fiduciante, haja vista que o patrimônio pertence ao credor fiduciário, permitindo-se, contudo, a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária” (REsp 1.677.079/SP, 3ª Turma, DJe 1/10/2018).

45. Realmente, não há que falar em distinção em relação a esse entendimento diante da natureza ambulatoria ou propter rem do débito condominial prevista pelo art. 1.345 do CC/2002, porquanto esta foi excepcionada expressamente pelos arts. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/1997 e 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002, na hipótese de imóvel alienado fiduciariamente, como na espécie.

46. Nessa linha, como já decidiu esta Turma, em sede de agravo interno, é “facultado ao condomínio mover ação de cobrança de cotas condominiais, em razão da sua natureza propter rem, uma vez que acompanha o imóvel e a dívida transfere ao novo proprietário. Contudo, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que ‘o bem

alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constrictos” (AgInt no REsp 1.808.154/SP, 3ª Turma, DJe 12/12/2019). Em igual sentido: AgInt no REsp 1.823.763/SP, 3ª Turma, DJe 8/5/2020.

47. Ademais, a tese no sentido da impenhorabilidade do imóvel alienado fiduciariamente chegou a ser ventilada no inteiro teor do acórdão proferido por esta Terceira Turma no mencionado REsp 1.731.735/SP, DJe 22/11/2018.

48. Na oportunidade, consignou-se a necessidade de sopesar os interesses conflitantes, uma vez que “a proteção indefinida do credor fiduciário contrasta-se com outro interesse digno de tutela: o interesse dos titulares de créditos gerados pelo próprio bem dado em garantia (a exemplo do IPTU, das despesas condominiais, etc.) que, se não puderem satisfazê-lo mediante a penhora ou excussão da coisa, ficarão desprotegidos”.

49. Como ressaltado na ocasião, “a fim de estancar eventuais choques de interesses porventura existentes, uma solução que se admite é a de que o devedor fiduciante, titular de direito real de aquisição – e que possui valor econômico –, tenha tal direito penhorado pelos demais credores em geral, em especial pelos credores de despesas geradas pelo próprio bem – a exemplo do condomínio quando da cobrança de despesas condominiais. Nessa hipótese, por óbvio, o credor das despesas originadas pelo bem não adquire a propriedade plena, mas sub-roga-se na posição jurídica de titular de direito expectativo real de aquisição do devedor fiduciante. O credor fiduciário, por sua vez, mantém íntegra a sua garantia” (REsp 1.731.735/SP, 3ª Turma, DJe 22/11/2018).

50. Com efeito, se o devedor fiduciante responde pelos débitos condominiais, por força dos arts. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/1997 e 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002, todos os bens e direitos que integram o seu patrimônio respondem pela satisfação da dívida, no qual não está incluído o imóvel, mas está o direito real de aquisição derivado da alienação fiduciária (art. 1.368, caput, do CC/2002), que pode ser penhorado, por expressa autorização legal no art. 835, XII, do CPC/2015.

Sob tais densos fundamentos, portanto, entendeu-se que a regra do art. 1.345 do Código Civil é excepcionada pelas disposições dos arts. 27, § 8º, da Lei n. 9.514/1997 e 1.368-B, parágrafo único, do Código Civil, solucionando-se a questão em sentido favorável ao credor fiduciário, isentando-o do dever de adimplir as despesas condominiais relativas à unidade alienada fiduciariamente, correspondentes a todo o período em que a unidade condominial permanecer na posse direta do devedor fiduciante. Deverá o condomínio credor, portanto, buscar o resgate de seus créditos exclusivamente junto ao patrimônio do possuidor direto, o devedor fiduciante, incluído aí, nesse possível acervo, o direito de aquisição da unidade no respectivo contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel.

II.2. Da penhorabilidade do imóvel alienado fiduciariamente na execução de créditos condominiais

Sucedo que, logo após, em 23 de maio de 2023, a Quarta Turma, por maioria, examinando a mesma questão jurídica também em sede de recurso especial (REsp 2.059.278-SC), concluiu de forma inversa a dos precedentes da Terceira Turma. É o que se constata na seguinte ementa:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRIBUIÇÕES CONDOMINIAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NATUREZA PROPTER REM DO DÉBITO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PENHORA DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. As normas dos arts. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/1997 e 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002, reguladoras do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, apenas disciplinam as relações jurídicas ente os contratantes, sem alcançar relações jurídicas diversas daquelas, nem se sobrepor a direitos de terceiros não contratantes, como é o caso da relação jurídica entre condomínio edilício e condôminos e do direito do condomínio credor de dívida condominial, a qual mantém sua natureza jurídica propter rem.

2. A natureza propter rem se vincula diretamente ao direito de propriedade sobre a coisa. Por isso, se sobreleva

ao direito de qualquer proprietário, inclusive do credor fiduciário, pois este, na condição de proprietário sujeito a uma condição resolutiva, não pode ser detentor de maiores direitos que o proprietário pleno.

3. Em execução por dívida condominial movida pelo condomínio edilício é possível a penhora do próprio imóvel que dá origem ao débito, ainda que esteja alienado fiduciariamente, tendo em vista a natureza da dívida condominial, nos termos do art. 1.345 do Código Civil de 2002.

4. Para tanto, o condomínio exequente deve promover também a citação do credor fiduciário, além do devedor fiduciante, a fim de vir aquele integrar a execução para que se possa encontrar a adequada solução para o resgate dos créditos, a qual depende do reconhecimento do dever do proprietário, perante o condomínio, de quitar o débito, sob pena de ter o imóvel penhorado e levado à praxeamento. Ao optar pela quitação da dívida, o credor fiduciário se sub-roga nos direitos do exequente e tem regresso contra o condômino executado, o devedor fiduciante.

5. Recurso especial provido.

(REsp 2.059.278/SC, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 12/9/2023)

A inteligência acima, *data venia*, revela preocupação mais ampla acerca dos diversos aspectos envolvidos na problemática.

Considera-se o importante argumento de que a unidade condominial não poderia ser penhorada, por ser objeto de alienação fiduciária e, assim, não integrar o patrimônio do devedor fiduciante, mas sobretudo o do credor fiduciário, como propriedade fiduciária deste.

Ora, sendo assim, isto é, sendo o credor fiduciário reconhecido como o real proprietário do imóvel condominial edilício e possuidor indireto desse bem, é, então, por óbvio, um dos condôminos naquele condomínio edilício. Cabe, assim, indagar: – Por que esse proprietário, ao contrário de todos os demais condôminos-proprietários naquele condomínio edilício, teria o privilégio de não responder pelo rateio das despesas condominiais? Embora normalmente se vá cobrar

primeiramente a despesa condominial do ocupante do apartamento alienado fiduciariamente, o possuidor direto, na sequência, se o devedor fiduciante não paga, tem-se mesmo de cobrar a obrigação daquele que, em última instância, é o titular da propriedade, ainda que em caráter resolúvel.

O fato de ser o credor fiduciário possuidor indireto da unidade condominial não subtrai sua condição essencial de proprietário do bem, como unanimemente se reconhece. Então, por que não estaria obrigado a participar das despesas condominiais, a exemplo dos demais proprietários-condôminos?

Analogicamente, numa locação residencial, acaso o proprietário locador de uma unidade condominial, ao permanecer com a posse indireta do bem, transferindo a posse direta de apartamento para um locatário, que ali passa a residir com a família, ficaria desobrigado de arcar com as despesas condominiais na hipótese de inadimplência do inquilino perante o condomínio edilício? Evidente que não. Caso o inquilino não pague as despesas condominiais, o condomínio credor irá buscar o crédito junto ao proprietário-locador.

Por isso, a proposição de que: “*não se admite a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida por terceiros contra o devedor fiduciante, haja vista que o patrimônio pertence ao credor fiduciário, permitindo-se, contudo, a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária*” (REsp n. 1.677.079/SP, Terceira Turma, DJe 1/10/2018) está correta em relação a um credor qualquer do devedor fiduciante, mas não em relação a condomínio edilício, quando credor de despesas condominiais.

O credor comum realmente não poderá penhorar o imóvel do devedor fiduciante, por estar o bem alienado fiduciariamente a um credor fiduciário, sendo este o titular da propriedade resolúvel da coisa imóvel.

Porém, quando o credor é qualificado como o próprio condomínio edilício em que situada a unidade alienada fiduciariamente, aquela solução não se ajusta, pois o credor fiduciário, por ser o titular da propriedade resolúvel, é também condômino, em última instância. Sendo condômino,

está, como sempre esteve, por expressa disposição legal, obrigado a participar do rateio das despesas condominiais, *in verbis*:

Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, **defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.**

Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros.

Art. 1.315. **O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa,** e a suportar os ônus a que estiver sujeita.

Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos.

Art. 1.336. **São deveres do condômino:**

I - **contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;** (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

.....
§ 1º - O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.
.....

Sabe-se ter o crédito oriundo do rateio das despesas condominiais a natureza jurídica *propter rem*, conforme se extrai do art. 1.345 do Código Civil, acima transcrito. Por força dessa expressa disposição legal, os débitos dos condôminos para com o condomínio edilício acompanham sempre a coisa, de modo que são de responsabilidade do titular do direito real correspondente à unidade condominial, transferindo-se essa responsabilidade para quem quer que suceda o titular nessa posição jurídica. Trata-se da condição de titular da coisa, ou seja, de proprietário como gênero, abrangendo igualmente suas espécies, como a propriedade plena ou a resolúvel.

Com isso, relativamente ao próprio condomínio-credor, dada a natureza *propter rem* das despesas condominiais, nos termos do art. 1.345

do Código Civil de 2002, haverá necessidade de se promover a citação, na ação de execução, também do credor fiduciário no aludido contrato para que venha integrar a lide, possibilitando a esse titular do direito previsto no contrato de alienação fiduciária quitar o débito condominial existente e, em ação regressiva, tentar obter do devedor fiduciante o retorno daqueles valores, podendo, inclusive, dar por rescindido o contrato de alienação fiduciária da coisa imóvel, por descumprimento da obrigação legal e contratual pelo devedor fiduciante.

Mostra-se descabido cobrir-se o credor fiduciário de imunidade contra a dívida condominial, outorgando-lhe direitos maiores do que aqueles que tem qualquer outro proprietário-condômino. Quer dizer, o proprietário fiduciário não é um proprietário detentor de maiores direitos do que outro proprietário comum de imóvel em condomínio edilício.

As normas dos supratranscritos arts. 27, § 8º, da Lei n. 9.514/1997 e 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002, não constituem exceção à norma do art. 1.345 do CC/2002 e não impedem a compreensão acima. Essas disposições legais são reguladoras da relação jurídica espontânea e do respectivo contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel e apenas disciplinam essas relações entre esses contratantes, sem obrigar, prejudicar ou onerar terceiros não participantes dessa contratação voluntária. Assim, evidentemente, aquelas disposições legais e contratuais não alcançam, nem prejudicam, nem se sobrepõem, a direitos de terceiros não contratantes, como é o caso de um condomínio credor de dívida condominial, a qual mantém sua natureza jurídica *propter rem*.

De modo idêntico, voltando à hipótese comparativa, cabe lembrar que a Lei n. 8.245/1994, que dispõe sobre as locações, com regras de ordem pública, estabelece para os contratantes:

Art. 23. O locatário é obrigado a:

.....

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

.....

Por óbvio, ao dispor da forma acima, não está a Lei de Locações isentando o locador-proprietário, possuidor indireto do imóvel, da obrigação de arcar com as despesas condominiais, quando o locatário,

possuidor direto, eventualmente tornar-se inadimplente e não fizer o pagamento das taxas condominiais. O proprietário-locador terá, então, de assumir a obrigação, pois seria descabido onerarem-se os demais condôminos pelo inadimplemento do locatário, pessoa que mereceu a confiança e firmou contrato de locação com aquele condômino-locador.

As situações são idênticas: quando o proprietário voluntariamente aluga o imóvel condominial e transfere a posse direta para um inquilino, ficando este, por lei, obrigado a pagar as despesas condominiais; e quando uma instituição financeira voluntariamente celebra com um devedor fiduciante um contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel condominial, transferindo a este a posse direta do bem, ficando o devedor, por lei, obrigado a pagar as despesas condominiais. Ambas as contratações envolvem riscos, tanto para o condômino proprietário locador, como para o condômino proprietário fiduciário, os quais terão de responder pelas despesas condominiais, quando aqueles possuidores diretos em quem confiaram ao firmar os respectivos contratos falharem na obrigação legal de quitar as dívidas condominiais.

Os riscos desses negócios não podem ser transferidos para o condomínio edilício não contratante, nem para os demais condôminos, igualmente terceiros estranhos às relações contratuais referidas.

Ao regular as relações jurídicas, seja no contexto da locação imobiliária, seja no campo da alienação fiduciária de coisa imóvel, a respectiva lei estabelece os direitos e as obrigações dos contratantes, e não de terceiros estranhos a tais relações. A Lei de Locação dispõe sobre os direitos e obrigações nas relações entre locador e locatário; as regras legais sobre Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel dispõem sobre os direitos e as obrigações nas relações entre o devedor fiduciante e o credor fiduciário.

A interpretação que se vem dando aos dispositivos relativos à alienação fiduciária de coisa imóvel integrante de condomínio edilício, portanto, mostra-se equivocada e sem apoio em boa lógica jurídica, ao pretender estender as disposições da legislação especial a terceiros não contratantes e ao pretender conferir ao credor fiduciário, condômino titular da propriedade resolúvel de coisa imóvel integrante de condomínio edilício, uma imunidade amparada num suposto direito de propriedade

mais privilegiado ou superior ao direito de propriedade de qualquer outro condômino-proprietário de imóvel condominial. É como se a propriedade resolúvel fosse superior ao direito de propriedade consolidada, plena.

Com isso, a equivocada vertente jurisprudencial está a ensejar uma situação esdrúxula e antijurídica, em que o devedor fiduciante, embora siga quitando mensalmente as prestações do contrato de alienação fiduciária da coisa imóvel adquirida, simplesmente não paga as contribuições condominiais mensais, as quais, por sua vez, também não são assumidas pelo condômino credor fiduciário, que se julga imune a tal obrigação *propter rem*. Nesse contexto, a dívida daquele devedor fiduciante inadimplente é acumulada mensalmente e passa a ser suportada, na prática, por todos os demais condôminos, terceiros alheios à contratação, até que, algum dia (em data próxima improvável), se alcance uma solução para a dívida.

Não faz sentido.

Ao firmar o contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel integrante de condomínio edilício, a instituição financeira se torna titular da propriedade resolúvel do bem e, portanto, condômino naquele condomínio. E, para acautelar seus interesses de proprietária fiduciária na relação condominial, dispõe de todos os meios para exigir do devedor fiduciante contratante que cumpra com seus deveres e obrigações relacionados à posse direta do imóvel condominial, sob pena de rescisão contratual.

Não há surpresa no fato de que qualquer proprietário de imóvel integrante de condomínio edilício se submete à obrigação, inerente à condição de condômino, de participar do rateio das despesas condominiais. Se essas despesas não forem pagas pelo devedor fiduciante nem pelo credor fiduciário, elas serão suportadas pelos outros condôminos, o que, sabe-se, não é lógico, nem justo, nem correto, nem devido.

O natural, lógico e justo rateio das despesas é inerente à propriedade de unidade integrante de condomínio edilício. É dever de todo condômino para com o condomínio. Por isso mesmo, a natureza *propter rem* se sobreleva ao direito do próprio credor fiduciário (assim como do locador), dado que este, como proprietário da unidade, é

também condômino obrigado como qualquer outro a participar do rateio das despesas condominiais, embora com direito regressivo contra o devedor fiduciante.

Observe-se que as invocadas normas do Código Civil não entram em choque. Por isso, estão situadas no mesmo Livro III, Do Direito das Coisas, no mesmo Título III, Da Propriedade, porém em diferentes Capítulos: encontra-se o art. 1.345 no Capítulo VII, que regula as relações jurídicas no âmbito de Condomínio Edilício, enquanto o art. 1.368-B está no Capítulo IX, que disciplina as relações jurídicas na esfera da Propriedade Fiduciária. Então, assim como não se pode obrigar quem não é condômino a observar a regra do art. 1.345, também não se pode obrigar quem não firmou contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel a submeter-se ao art. 1.368-B.

É, pois, descabido isentar-se de suas inerentes obrigações o condômino credor fiduciário para colocar-se sobre os ombros de terceiros, os demais condôminos alheios à contratação fiduciária, o ônus de suportar as despesas condominiais tocantes ao imóvel alienado fiduciariamente, quando o devedor fiduciante descumpra essa obrigação legal e contratual assumida perante o credor fiduciário. O acertamento, em tal contexto, como é mais justo e lógico, deve-se dar entre os contratantes: devedor fiduciante e credor fiduciário.

Do contrário, ter-se-á, de um lado, o devedor fiduciante confortável em não pagar as despesas condominiais, porque sabe que o apartamento alienado fiduciariamente não poderá ser objeto de nenhuma constrição; e, de outro lado, o credor fiduciário igualmente tranquilo porque, recebendo o valor mensal das prestações correspondentes ao empréstimo que realizou, não será importunado no seu direito de propriedade no condomínio edilício, apesar da existência de débitos condominiais que pairam sem definição de pagamento. Fica, então, o problema transferido ilegalmente para o condomínio edilício e todos os demais condôminos, pessoas completamente estranhas à contratação do financiamento imobiliário.

Acrescente-se que, num mesmo condomínio edilício residencial poderá haver mais de um apartamento igualmente financiado por contrato

de alienação fiduciária de coisa imóvel, com devedores fiduciantes igualmente estimulados a também tornarem-se inadimplentes para com as despesas condominiais. Parece desnecessário detalhar os percalços de tal situação.

Analisando a matéria, por ocasião do julgamento na Quarta Turma, assim manifestou-se o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

“Estamos falando de obrigação ‘*propter rem*’. ‘*Propter*’, do latim, significa ‘em razão de’, ‘em vista de’; ‘*propter rem*’ significa ‘em vista da coisa’. No caso, em vista do imóvel. Obrigação ‘*propter rem*’ ou obrigação ‘*ob rem*’ significa ‘obrigação própria de um bem imóvel’, ou seja, o imóvel está vinculado ao pagamento daquela obrigação; algo similar a uma hipoteca.

Nesse caso - precisamos entender -, o imóvel responde pelo pagamento dos impostos como responde pelo pagamento dos condomínios. Quem responde? Se eu compro um apartamento que possui dívida de condomínio, pela natureza própria dessa obrigação, terei que pagá-la. Então, diz-se que a obrigação está colada, aderente ao imóvel.

Quando o art. 27, § 8º, da Lei n. 9.514/1997 diz que responde o fiduciário pelo pagamento de impostos, taxas e contribuições condominiais, está apenas definindo quem tem a responsabilidade primeira do pagamento, quem é responsável; mas, se outro paga, ele tem o direito assegurado de se ressarcir. Porém, a responsabilidade definida, com a devida vênia, no § 8º do art. 27 da mencionada lei, não retira a natureza ‘*propter rem*’ da obrigação. E não se pode falar em obrigação ‘*propter rem*’ se o bem não pode ser excutido, porque deixou de garantir aquilo que era sua principal finalidade.

Anoto que o Ministro Antonio Carlos (Ferreira), nas discussões paralelas, faz a seguinte colocação que sensibiliza: imaginemos um prédio em que todos os condôminos fiquem inadimplentes com as contribuições condominiais. Como ficaria se retirarmos, ao fim e ao cabo, a natureza ‘*propter rem*’ da obrigação que vincula o imóvel? Então, parece-me que a solução para este caso seria a seguinte: penhora-se o imóvel, aliena-se o mesmo e o banco vai se habilitar alegando ter a preferência ao recebimento do

crédito: paga-se a obrigação *'propter rem'*, e a sobra é do banco, mas a coisa respondeu ao seu desiderato: pagamento dos impostos e contribuições condominiais pela natureza *'propter rem'*.

Como bem colocado pelo voto divergente do eminente Ministro Raul Araújo, não se pode penhorar por dívida de terceiros, terceiros outros que não têm essa garantia *'propter rem'*, que é muito similar, muito próximo do direito real de garantia. A diferença é que o direito real de garantia se estabelece por uma ação contratual, decorre da vontade das partes; a obrigação *'propter rem'* é *'ex vi legis'*, por força da lei.

Nesse contexto, uma vez feita a penhora, a instituição financeira será intimada, assim como o proprietário. A instituição financeira tem de ser intimada até para poder libertar o imóvel, pagando os tributos. Terá direito de ressarcimento ou deixará o bem ir à praça e ali pedir o pagamento preferencial.

O que não pode é uma natureza contratual subtrair a natureza decorrente da lei, qual seja, a natureza *propter rem*, ou seja, de garantia aderente do imóvel ao condomínio.

Entendo que o fato de termos precedentes não impede que a jurisprudência evolua. Com efeito, não podemos ficar estratificados em erros do passado ou numa visão que, às vezes, já não corresponde àquilo que realmente traduz a natureza das coisas.

A verdade é que, se a obrigação é *'propter rem'*, significa que ela está colada, que ela aderiu ao bem e o pagamento é feito em razão do bem, da alienação do bem.

Não vejo como afastarmos aqui, por construção pretoriana, uma natureza legal da obrigação de condomínio classificada como *'propter rem'*. Essa é a minha divergência.

Acredito que, nesse caso, a própria natureza da obrigação já separa *'obligatio'* e *'debitum'*, ou seja, quem responde pela dívida de condomínio é o imóvel. Não importa quem seja o dono, não importa quem seja o proprietário, o bem está vinculado ao pagamento, à satisfação da obrigação.”

Portanto, cabe ao credor fiduciário, para seu melhor resguardo, estabelecer, no respectivo contrato de financiamento imobiliário mediante

alienação fiduciária de coisa imóvel, não só a obrigação de o devedor fiduciante pagar as prestações inerentes ao financiamento, como também destacar a obrigação legal de o possuidor direto apresentar mensalmente a comprovação da quitação das dívidas relativas às despesas de condomínio edilício.

Por sua vez, ao executar judicialmente o crédito condominial, deve o condomínio exequente promover a citação não só do devedor fiduciante, mas também do condômino credor fiduciário, a fim de que venha integrar a execução, facultando-lhe a oportunidade de quitar o débito condominial e, assim, creditar-se para, em ação regressiva, buscar o ressarcimento daquele valor junto ao devedor fiduciante ou mesmo dar por rescindido o respectivo contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, por descumprimento de obrigação pelo devedor.

O que não tem cabimento é simplesmente pretender colocar-se, na prática, sobre os ombros dos demais condôminos os ônus de arcarem com a dívida que é, afinal de contas, obrigação *propter rem* tocante ao imediato interesse de qualquer proprietário de unidade em condomínio vertical.

A melhor solução é, pois, integrar todas as partes na execução para que se possa, então, talvez até facilmente, encontrar a adequada solução, a qual depende do essencial e lógico reconhecimento do dever do condômino proprietário, perante o condomínio edilício, de quitar aquele débito para não ver o imóvel ser arrematado em praça na execução. Pagando a dívida, poderá o credor fiduciário, sem maior dificuldade, sub-rogar-se e fazer administrativamente a cobrança regressiva junto ao possuidor direto, que é devedor fiduciante, sujeito à rescisão contratual por descumprimento de obrigação legal e contratual.

Registre-se, por fim, a falta de atratividade na possibilidade de penhora do mero direito de aquisição da unidade no respectivo contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, admitida em precedentes que afirmam a impenhorabilidade do imóvel alienado fiduciariamente. Tal penhora apenas ensejaria o direito de eventual futuro arrematante assumir a condição do executado, de devedor fiduciante, o que dificilmente

encontraria interessado e dependeria ainda da anuência do credor fiduciário com a substituição do devedor fiduciante.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade de penhora do imóvel alienado fiduciariamente que originou a dívida condominial, devendo o condomínio exequente promover a prévia citação também do credor fiduciário, a fim de que venha integrar a execução, facultando-lhe a oportunidade de quitar o débito condominial, dando por rescindida a relação contratual com o devedor fiduciante ou cobrando regressivamente deste o que pagou.

III – CONCLUSÃO

Expostos os sólidos fundamentos que sustentam as duas compreensões que buscam equacionar a instigante pendência, resta aguardar que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, reunindo as Terceira e Quarta Turmas, venha a identificar a mais correta solução, uniformizando e superando as inteleções divergentes.

Com isso, mais uma vez o Tribunal Superior contribuirá para a pacificação social, como vem fazendo com muita prudência e esmero ao longo dos 35 anos de sua profícua existência.

EFEITOS JURÍDICOS DA RESOLUÇÃO DE
PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL

Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

EFEITOS JURÍDICOS DA RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL

Ministra Maria Isabel Gallotti Rodrigues¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar os efeitos da resolução nos contratos de promessa de compra e venda em hipóteses de atraso na entrega de imóvel, tendo em vista a diferenciação doutrinária entre o interesse negativo e positivo do contrato. Pretende-se, assim, demonstrar a inviabilidade de se presumir os lucros cessantes nessas situações resolutórias, possibilitando-o tão somente nos casos em que o compromissário comprador requer o cumprimento da obrigação, distinção esta realizada no recente julgado no Agravo Interno no REsp n. 1.881.482/SP pela Quarta Turma desta Corte.

Palavras-chave: Contrato de promessa de compra e venda; Resolução contratual; Lucros cessantes presumidos; jurisprudência do STJ; Lei do distrato.

ABSTRACT

The essay intended to analyse the effects of the resolution in the case of delay or non-performance by the incorporation, in view of the doctrinal differences between “positive contractual interest” and “negative contractual interest”. It

¹ Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

is intended to demonstrate the impracticability of presume the lost profit in cases of contractual resolution to enable just when the purchaser require the performance of the obligation.

This distinction has been made in the recent Brazilian judgement by this Court (AgInt RESp 1.881.482/SP), as has been discussed in this paper.

Keywords: *Contracts; Contract settlement; Presumed lost profits; Case law; Distract Brazilian Law.*

INTRODUÇÃO

A aquisição da casa própria é um dos fatores fundamentais para o bem-estar da população, determinante, pois, para o desenvolvimento social e econômico da Nação. Parâmetros legais e jurisprudenciais seguros são imprescindíveis para a segurança jurídica que incentiva o fomento das operações de incorporação imobiliária e parcelamento do solo urbano.

Dentre os litígios de massa, merecem destaque os relacionados às incorporações imobiliárias, os quais variam em grandes levas de processos, conforme a conjuntura da economia. Esta, em alguns momentos, leva à valorização e, em outros, à depreciação do valor de mercado da unidade adquirida na planta. A realidade demonstra que fatores outros, além da dificuldade econômica do devedor, podem levar à opção do consumidor pelo distrato, ao invés do cumprimento do contrato, em caso de atraso do fornecedor, mesmo que pequeno, quanto à data pactuada para a entrega do imóvel.

De fato, em determinadas conjunturas econômicas, quando há desvalorização dos imóveis em relação ao preço praticado na época da celebração do contrato de promessa de compra e venda na planta, pode ser mais compensador ao consumidor pretender a rescisão do contrato, com a devolução de todas as parcelas pagas acrescidas de correção, juros e multa contratual do que optar por exigir o seu cumprimento, com direito a lucros cessantes durante o período de atraso. Ambas as opções estão previstas a seu favor no art. 475 do Código Civil.

A fim de dar segurança, previsibilidade e equilíbrio às relações entre consumidores e incorporadoras, foi editada a Lei do Distrato (Lei n.

13.786/18), reconhecendo o direito do adquirente de desistir do contrato, recebendo as quantias pagas, com a retenção de percentual definido na citada lei em prol do fornecedor, mesmo não havendo atraso ou qualquer outro tipo de inadimplemento da construtora, ficando, então, consagrado direito que já era amparado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a despeito do caráter “irretratável” que a redação originária das Leis n.ºs 4.591/64 e 6.766/79 atribuíam a tal tipo de negócio jurídico.

A Lei n. 13.786/18, ao assegurar o distrato, regulou minuciosamente suas consequências, seja quando postulada pelo consumidor em razão de mera desistência, seja quando justificada por culpa da construtora.

Dentre as verbas indenizatórias devidas ao comprador em caso de resolução do contrato por culpa da construtora, verifica-se importante controvérsia a respeito dos lucros cessantes e respectiva extensão.

1. GRUPOS DE CASOS NO STJ: O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E A RESOLUÇÃO DO CONTRATO

No universo de causas em tramitação nos tribunais a propósito do tema, identificam-se dois grupos principais.

No primeiro deles, a parte compradora ainda anseia por receber o imóvel adquirido na planta, mas requer a condenação da vendedora por lucros cessantes, entre outras parcelas indenizatórias, em decorrência do atraso em sua entrega. Em tais casos, o direito aos lucros cessantes advém da circunstância de que o comprador se viu privado da posse do bem na data apazada e, por isso, teve de custear outra moradia, ou deixar de obter a renda do imóvel durante o período de atraso.

No segundo grupo, estão as causas em que o adquirente, insatisfeito com o atraso, postula a resolução do contrato, cumulada com pedido de indenização, inclusive lucros cessantes. É frequente, neste tipo de situação, o comprador postular o retorno ao *status quo* anterior ao inadimplemento da construtora, com a integral devolução das prestações pagas, mas também pretender o recebimento dos valores que teria deixado de auferir a título de aluguel em razão do imóvel adquirido por força desse mesmo contrato inadimplido.

Em tais casos, a Quarta Turma do STJ, por maioria, no recente julgamento no Agravo Interno no REsp n. 1.881.482/SP, efetuou distinção quanto aos numerosos precedentes segundo os quais há presunção de lucros cessantes na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda imobiliária por culpa do fornecedor, exatamente pelo fato de que não é jurídico reconhecer o pedido de lucros cessantes de forma presumida quando o pedido principal da parte compradora é precisamente resilir o contrato com o retorno ao estado anterior em que as partes se encontravam antes da contratação.

2. EFEITOS DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Com efeito, o art. 475 do Código Civil assim dispõe: “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Interpretando esse dispositivo, é possível perceber que o corolário natural da dissolução da relação contratual consiste no retorno das partes às posições ocupadas antes da contratação. É o que determina o art. 182 do Código Civil relativo à ação de nulidade, mas aplicável analogicamente ao remédio resolutivo, quando dispõe: “restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restitui-las, serão indenizadas pelo equivalente”.

Nessas situações, o magistrado é chamado não apenas para declarar a existência do direito, mas também desfazer o contrato e eliminar seus efeitos, operando-se no plano da eficácia. Conforme ensina Pontes de Miranda, efetivada a resolução, tudo se passa “como se o contrato jamais se tivesse constituído”².

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXV – Direito das obrigações*. Atualizado por: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 393.

Assim, o que ocorre, no plano da eficácia, consiste na reposição das antigas partes ao estado anterior, ou seja, nas palavras de Araken de Assis:

A resolução implica o desaparecimento do contrato e dos efeitos acaso produzidos no interregno, retornando os figurantes ao estado anterior, e essas características dão conta de que se trata de direito formativo extintivo³.

É possível notar ainda que, para alcançar esse efeito resolutório, dispensa-se até mesmo um pedido “certo” (art. 322, *caput*, do CPC), vale dizer, o efeito repristinatório é intrínseco ao desfazimento do contrato. Nesse sentido, a 1ª Turma do STF já decidiu que a devolução aos vendedores das prestações pagas em compromisso de compra e venda não inculca o vício de julgamento *extra petita*⁴.

Dessa forma, é de se reconhecer o efeito automático da resolução, em que esta acaba por extinguir a relação contratual entre as partes e não propriamente o contrato. Assim, extinta esta, surgirá nova relação (relação de liquidação para restituir as partes ao *status quo ante* (restituição) e, eventualmente, indenização ao credor pelo dano sofrido (art. 475 do Código Civil).

Como bem menciona Araken de Assis:

Como a resolução não elimina senão a relação obrigacional afetada pelo incumprimento, o contrato que existiu continua existindo e serve de fundamento para a nova situação que se coloca, de modo que a resolução é um momento, uma etapa no processo do contrato total, e determina o surgimento de uma nova fase, durante a qual serão acertados os pontos relativos à restituição e à indenização⁵.

³ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 123.

⁴ STF, RE 71.745/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Djaci Falcão, 5.10.1971, RTJ 62/426.

⁵ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 480.

Por isso, percebe-se que o direito da resolução é extintivo, mas também gerador, pois faz surgir uma nova relação, normalmente com prestações bilaterais, impostas pelo credor ao devedor e vice-versa. Nesse sentido, a restituição deve ser daquilo que cada uma das partes recebeu da outra por força do contrato: o vendedor restitui o preço; o comprador, a coisa.

O credor da obrigação não deve, portanto, receber nem mais nem menos do que forneceu, porque a reconstituição de uma situação jurídica em seguida à resolução é o retorno ao estado que existira anteriormente ao ato. Cumpre, pois, definir o que engloba a “restituição” desses valores: se abarcariam os lucros cessantes presumidos – delimitados estes como os aluguéis que a parte compradora deixou de receber pela coisa – ou não.

3. SITUAÇÃO INDENIZATÓRIA: O INTERESSE POSITIVO E NEGATIVO DO CONTRATO

Para explicar a situação indenizatória quando há resolução de contrato por não cumprimento da avença, a maioria da doutrina tradicional trabalha com a distinção entre “interesse contratual positivo” e “interesse contratual negativo”, o mesmo acontecendo na jurisprudência.

Essas teorias do interesse contratual positivo (interesse no cumprimento) e negativo (interesse na confiança), que nada têm a ver, é importante frisar, com a classificação de uma obrigação em dar, fazer e não fazer, nem com o tipo de dano (emergente ou lucro cessante), são critérios para se apurar o tamanho da responsabilidade civil e o tipo de indenização.

Paulo Mota Pinto, em obra paradigmática sobre o tema⁶, bem esclarece essas diferenças. Segundo explica, o interesse positivo se refere à situação patrimonial na qual o lesado estaria se o contrato houvesse sido integral e adequadamente cumprido. Já o interesse negativo seria a situação hipotética de recondução do lesado à situação patrimonial em

⁶ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. 2. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pp. 850-864.

que ele estaria se nem sequer houvesse cogitado do contrato, ou seja, se não houvesse iniciado tratativas negociais.

Nesse sentido, segundo o autor, em caso de inadimplemento, se o credor demandar o devedor e exigir o cumprimento da obrigação, poderá cumular seu pedido com o de indenização, sendo que esta estará ligada ao interesse contratual positivo. Por outro lado, caso o credor pleiteie a resolução do contrato, o pedido de indenização será apenas o do interesse negativo.

Na mesma linha, a doutrina de Judith-Martins Costa:

A expressão ‘interesse negativo’ remete a um aspecto do interesse indenizável. Considerado globalmente este abrange tanto o interesse positivo (ou ‘interesse ao cumprimento, como o que é afirmado pela parte que exige a execução contratual) quanto o interesse negativo, que aponta à situação em que o credor se encontraria se não tivesse celebrado um contrato que, depois, veio a ser declarado nulo, ou sequer foi celebrado (frustrando-se uma negociação que se cria séria), ou, ainda, quando o contrato é resolvido, pois a resolução – disse-o, magistralmente, PONTES DE MIRANDA – ‘é um como se’, tendo-se o negócio jurídico concluído ‘como se concluído não tivesse sido’⁷.

No caso do interesse negativo, portanto, a reparação corresponderá à reconstrução de uma situação hipotética *a quo*, fundamentalmente obtida pela abstração de algo que não aconteceu, ou seja, de um elemento negativo (inexistência do contrato ou início de suas tratativas).

Nesse caso, há o ressarcimento das despesas inicialmente despendidas pela elaboração do negócio, como as despesas com advogados,

⁷ COSTA, Judith Martins. Responsabilidade Civil Contratual. Lucros Cessantes. Resolução. Interesse Positivo e Interesse negativo. Distinção entre Lucros Cessantes e Lucros Hipotéticos. Dever de Mitigar o Próprio Dano. Dano Moral e Pessoa Jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do código civil*. São Paulo: Athas, 2012. p. 563.

despachantes, o eventual pagamento de tributos, despesas com o transporte de mercadoria etc. e até o que eventualmente ele deixou de ganhar em razão de não ter efetuado, à época, outro negócio.

Portanto, sintetizando o cenário, é possível concluir que a doutrina majoritária vê a questão sob o seguinte prisma: a) se o credor optar por pleitear o cumprimento da obrigação, terá direito também ao ressarcimento de todos os prejuízos sofridos (danos emergentes e lucros cessantes), ou seja, será colocado na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido voluntariamente e no modo/tempo/lugar devido (chamado interesse contratual positivo ou interesse de cumprimento); b) por outro lado, se o credor optar pela resolução do contrato, só poderá pedir de forma cumulada a indenização relacionada aos danos que sofreu pela alteração da sua posição contratual, ou melhor dizendo, será ressarcido na importância necessária para colocá-lo na mesma situação em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado (interesse contratual negativo). O que não cabe, contudo, é a cumulação das indenizações que seriam resultantes da pretensão de cumprimento do contrato com as que decorreriam da pretensão de resolução do mesmo pacto.

Conforme bem explicou Gisela Sampaio da Cruz, em Tese de doutoramento a respeito do tema:

De fato, se o credor optar pela resolução do contrato, não faria sentido que pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio. Isto porque o que se pretende com a resolução '(...) é antes a exoneração da obrigação que, por seu lado, assumiu (ou a restituição da prestação que efetuou) e a reposição do seu patrimônio no estado em que se encontraria, se o contrato não tivesse sido celebrado (interesse contratual negativo)'. A resolução libera o credor do vínculo contratual, possibilitando que ele retorne ao mercado em procura de outro parceiro negocial, mais adequado aos seus interesses⁸.

⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133-134.

Dos conceitos acima mencionados, é possível notar, de fato, a total incompatibilidade lógica entre a primeira pretensão (interesse contratual positivo) e a eficácia extintiva do remédio resolutório. Bem como descreve Araken de Assis sobre essa inviabilidade: “realmente, como situar o credor em posição equivalente à que resultaria do cumprimento, se o contrato foi destruído retroativamente?”⁹

Cumprir transferir essa lógica geral para o contrato preliminar de compra e venda de imóvel objeto do presente estudo.

Para os contratos celebrados a partir de sua vigência, a já citada Lei n. 13.786/2018 traçou regras nítidas para as restituições recíprocas nos negócios imobiliários, atendendo à mesma lógica que já decorria do sistema do Código Civil acima abordado. Já a Súmula n. 543 do STJ estabeleceu que, cuidando-se de relação de consumo, as restituições hão de ser imediatas.

Tratando-se de unidade autônoma objeto de incorporação imobiliária, concebem-se duas situações mais frequentes: i) o inadimplemento quanto ao prazo de entrega da obra; e ii) o inadimplemento absoluto.

No primeiro caso, excedido o prazo de tolerância porventura avençado, o adquirente poderá: (1) resolver o contrato, fazendo jus, neste caso, à restituição da integralidade de todos os valores pagos e da multa, corrigidos pelo índice contratual (art. 67-A, § 8º, da Lei n. 4.591/1964), em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução (art. 43-A, § 1º, da Lei n. 4.591/1964) (2) ou, recebida a unidade, tem direito o adquirente a “indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso *pro rata die*, corrigido monetariamente, conforme índice estipulado em contrato” (art. 43-A, § 2º, da Lei n. 4.591/1964), o que não se cumula com a multa prevista para a inexecução total da obrigação do incorporador (art. 43-A, §3º da Lei n. 4591/1964).

⁹ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 125.

Transcrevo o dispositivo em questão para melhor compreensão:

Art. 43-A: A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador.

§ 1º Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido no caput deste artigo, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A desta Lei.

§ 2º Na hipótese de a entrega do imóvel estender-se por prazo superior àquele previsto no caput deste artigo, e não se tratar de resolução do contrato, será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, pro rata die, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato”.

§ 3º A multa prevista no § 2º deste artigo, referente a mora no cumprimento da obrigação, em hipótese alguma poderá ser cumulada com a multa estabelecida no §1º deste artigo, que trata da inexecução total da obrigação.

Nesse sentido, se o compromitente-vendedor descumpre a obrigação de entregar o imóvel na data acordada, há duas alternativas ao compromissário-comprador: i) pode tanto demandar o cumprimento da prestação, tendo direito ao bem imóvel, bem como aos danos sofridos pelo mal cumprimento do contrato, caracterizados por lucros cessantes tidos por presumidos pela jurisprudência do STJ; ii) ou poderá demandar pela resolução do contrato, não fazendo sentido, contudo, que retorne ao estado anterior (pela devolução integral das prestações pagas), em conjunto com o lucro que adviria da própria coisa à qual renunciou, ao pedir a resolução do contrato.

No caso de pretensão ao cumprimento do contrato (interesse positivo), as perdas e danos (Código Civil, art. 475) corresponderão, assim, à privação do uso da coisa (ou o compromissário ocuparia o bem, e em vez disso pagou aluguel, ou então deixou de receber os aluguéis gerados pela coisa). Neste caso, a jurisprudência do STJ é firme em estabelecer que são presumidos os lucros cessantes, pois esses abrangeriam o “interesse positivo” ao trazer ao compromissário a mais-valia do negócio, o que corresponde ao dispositivo do art. 43-A, §2º, da Lei n. 4591/1964, na redação da Lei n. 13.786/2018.

Já no caso de pretensão à resolução, além da integral restituição do preço corrigido, tem o compromissário-comprador o direito aos frutos desse dinheiro, tais como os juros aplicáveis. Esse interesse é “negativo”, ou seja, repõe o patrimônio do compromissário na situação em que se encontraria caso não tivesse contado com a eficácia do negócio.

O compromissário-comprador, contudo, não tem direito à valorização ou aos frutos do bem (aquele que se incorporaria ao patrimônio do adquirente, acaso preservado o contrato), pois conforme bem menciona Antônio Junqueira de Azevedo, “O que razoavelmente deixou de lucrar não é, naturalmente, o que obteria com o contrato, e, sim, o que obteria se as negociações não fossem realizadas”¹⁰.

A doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo esclarece:

Se o contrato é concluído e, em seguida, anulado por força de vício de formação, devolve-se tudo o que se recebeu e, não sendo isso possível, o equivalente. Ademais, se há prejuízos não cobertos pela simples volta ao status quo ante, há possibilidade, caracterizado o ato ilícito, de pedir o que falta com fundamento no art. 159 do CC.

Se o contrato é concluído e mantido, porque o vício não é essencial, portanto, o contrato não é anulável, como há foi dito (n. 2.3, supra) pode-se pedir perdas e danos pelas piores condições em que o negócio foi feito (cf. art. 93 do CC, para o dolo acidental)¹¹.

¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 3, jul.-set., 1992, pp. 78-87.

¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 3, jul.-set., 1992, pp. 78-87.

Por isso, em casos resolutórios, o promissário-comprador tem direito à restituição integral do valor desembolsado, a qual, conforme decidido pela Quarta Turma do STJ no REsp n. 22.830/RJ, “pressupõe o reembolso das quantias pagas, incidindo a correção da moeda a partir do efetivo desembolso”¹².

No entanto, outorgar ao promissário comprador, no caso de resolução, indenização pelo interesse positivo (isto é, o interesse de cumprimento), e, assim, os lucros advindos de um imóvel que não mais poderá estar em seu patrimônio, precisamente porque optou pelo desfazimento do negócio (em razão do retorno ao *status quo*) importaria em enriquecimento sem causa, pois ele receberia a devolução integral dos valores pagos e, cumulativamente, o lucro do negócio.

Dessa forma, na presente hipótese, em que se requer a resolução do compromisso de compra e venda, deve-se atender ao interesse contratual negativo da parte contratante, visando-se a colocar a compradora frustrada na mesma situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado.

A propósito, recorro novamente à lição de Gisela Sampaio da Cruz Guedes:

(...) Pode-se dizer que o inadimplemento do devedor abre para o credor inúmeras possibilidades. Tanto pode o credor pleitear a execução específica da obrigação, quanto a própria resolução do contrato, sendo que em ambos os casos terá direito a perdas e danos, embora o dano a ressarcir não seja o mesmo nessas duas hipóteses. Se optar pela execução específica da obrigação – caso em que ainda tem o credor interesse no objeto da prestação –, a partir do momento em que a obrigação é cumprida, o dano a ressarcir reduz-se ao atraso no cumprimento e eventuais despesas com a cobrança; ao passo que, se preferir o remédio resolutório, o dano a ressarcir, em regra, deverá abarcar todo o interesse negativo do credor, mas já não o positivo. A indenização pelo interesse positivo só é devida quando, ao invés de pleitear a execução específica da obrigação, ou se essa

¹² STJ, REsp n. 22.830/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 17/8/1992, DJ de 17/8/1992, p. 12505.

nafraga, o credor se contenta com as perdas e danos, prestação subsidiária à principal, sem resolver o contrato. Em princípio, a resolução não enseja, portanto, indenização por interesse positivo. Seria, de certa forma, até meio incongruente pleitear o credor a extinção do contrato com a volta ao status quo anterior e, ao mesmo tempo, requerer indenização que o coloque na mesma situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido¹³.

Em semelhante raciocínio, é preciso ter em mente o mecanismo resolutório, fundado na ficção do “como se”, sendo efeito da resolução a obrigação de restituir e amparando-se essa figura (por conta da retroatividade) na ficção da volta ao estado anterior, “como se o contrato não tivesse existido”.

Consequentemente, o que se indeniza não é o interesse ao cumprimento (já que se pediu, pela resolução, a volta ao estado anterior), mas, diferentemente, as perdas e danos causados pela resolução.

Sendo assim, o que o credor “razoavelmente deixou de lucrar” (art. 402 do Código Civil) não é aquilo que obteria com o cumprimento do contrato, e, sim, o que obteria se não tivesse confiado que o contrato projetasse regularmente a sua eficácia. O faltoso não pode, portanto, assegurar ao credor a situação patrimonial que este teria se o contrato fosse cumprido, devendo-se indenizar tão somente os prejuízos decorrentes do fato de ter confiado num contrato desfeito.

Por isso, na resolução, excluiu-se da indenização o interesse positivo porque o credor não pode pretender, ao mesmo tempo, dissolver a relação, com a volta ao *status quo*, e, ainda, pleitear o lucro do negócio resolvido.

Nesse sentido, e reconhecendo-se a resolução da avença em razão de mora da construtora, possibilita-se ao adquirente o direito de exigir a devolução integral das quantias pagas, em decorrência do princípio de que

¹³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 139-140.

as partes devem ser restituídas ao estado anterior à contratação, além da indenização pelos danos causados.

Conforme bem descreve a Súmula 543 do STJ aplicável a essas situações:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

Em que pese o reconhecimento da resolução contratual, e, conforme acima fundamentado, mesmo sendo possível cumular o pedido de “perdas e danos”, que abarcaria tanto os danos emergentes como os lucros cessantes, estes últimos não poderiam ser considerados presumidos e muito menos decorrentes de aluguéis da própria coisa quando há pedido de resolução.

Isso porque, como enfatizado, a partir do momento em que o adquirente opta pela rescisão contrato, em razão do atraso na entrega da obra, com restituição integral dos valores despendidos com o imóvel e retorno das partes ao *status quo ante*, tem-se a dissolução da relação contratual das partes e o surgimento de uma nova obrigação, que decorre das perdas e danos pelo interesse contratual negativo, não abarcando os “lucros cessantes presumidos” decorrentes dos frutos do imóvel a cuja aquisição renunciou o comprador.

Assim, no caso de pretensão à resolução do contrato, as possíveis perdas e danos, a que se refere o art. 475 do Código Civil, são aquelas compatíveis com o interesse negativo manifestado pela parte autora.

Sobre os lucros cessantes que poderiam ser abarcados pelo “interesse contratual negativo”, a doutrina bem explicita a sua composição:

Se o contrato em curso garantia um lucro de mil, viciado que esteja, o fato é que o credor não pode pleitear, a título de prejuízo, mil, sem qualquer outra consideração. Precisar

provar, no mínimo, que outras boas ocasiões de negociar se lhe apresentaram (perda de uma chance) ou que, por conta deste contrato, interrompera outro negócio já em curso – de locação, por exemplo -, caso em que teria aí direito a um lucro cessante, na grande maioria das vezes inferior àquele que garantia o negócio fracassado¹⁴.

Ademais, a devolução integral de todos os valores despendidos, devidamente corrigidos, com juros de mora de 1% (um por cento) a contar da citação, com a imputação da devolução da corretagem à construtora, nas mesmas condições (correção e juros), se acrescida de lucros cessantes com base em suposto valor locativo do bem não entregue, torna desproporcionais os termos da resolução do contrato, criando desequilíbrio na solução do inadimplemento absoluto, no mais das vezes, servindo de incentivo à rescisão e, conseqüentemente, à multiplicação dos conflitos, visto que o desfazimento do negócio passa a ser mais vantajoso economicamente para o comprador do que a manutenção do contrato, dado que o resultado tenderá a ser correspondente a uma diferenciada aplicação financeira.

Assim, a partir do momento em que o adquirente opta pela rescisão do contrato, em razão do atraso na entrega da obra, com restituição integral dos valores despendidos com o imóvel e retorno das partes ao *status quo ante*, tem-se que os prejuízos materiais decorrentes passam a ser sanados pela devolução de toda a quantia com os encargos legais, o que torna indevida a indenização por aluguéis desse mesmo imóvel, afastando-se a presunção de prejuízo.

Eventuais prejuízos decorrentes do interesse contratual negativo, nos termos do que dispõe o art. 475 do Código Civil, que, repita-se, não abarcam os frutos decorrentes do imóvel prometido à venda, devem ser especificamente alegados e comprovados, se o caso.

Deferir o pedido dos lucros cessantes, em hipótese de resolução, com base na presunção dos possíveis rendimentos do bem objeto do

¹⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessante*: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

contrato resolvido, equivaleria a concluir que o adquirente, muito embora não tenha, nem jamais venha a ser possuidor do imóvel, tivesse direito a perceber os frutos da unidade imobiliária.

Em conclusão, a segurança e estabilidade necessárias para o desenvolvimento do mercado imobiliário dependem de marco legal adequado, em boa hora aperfeiçoado pela Lei n. 13.786/18, e da consolidação e uniformização dos institutos nele estabelecidos, missão que vem sendo cumprida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao longo de seus 35 anos de história, com participação de toda a comunidade jurídica, Advogados, membros do Ministério Público, em intercâmbio de ideias com a Academia e representantes da sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 3, jul.-set., 1992.

COSTA, Judith Martins. Responsabilidade Civil Contratual. Lucros Cessantes. Resolução. Interesse Positivo e Interesse negativo. Distinção entre Lucros Cessantes e Lucros Hipotéticos. Dever de Mitigar o Próprio Dano. Dano Moral e Pessoa Jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do código civil*. São Paulo: Athas, 2012.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. 2. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXV – Direito das obrigações*. Atualizado por: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JUROS CONTRA A MASSA: liquidação
extrajudicial de instituições financeiras e falência

Antonio Carlos Ferreira
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

JUROS CONTRA A MASSA: liquidação extrajudicial de instituições financeiras e falência

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Sumário: I) Introdução. II) Procedimentos liquidatórios judiciais e extrajudiciais. III) Juros moratórios e remuneratórios. IV Conclusão. Referências.

I) INTRODUÇÃO

A situação de crise econômico-financeira de sociedades empresárias ou empresários, quando insuperável, enseja a deflagração de procedimentos tendentes a liquidar a totalidade do ativo das empresas para o pagamento de seus credores. Um dos pontos sensíveis para respostas liquidatórias à inviabilidade de continuidade das empresas é a disciplina dos efeitos das decisões – sejam administrativas ou judiciais – que instauram esses procedimentos acerca das relações jurídicas que obrigam a liquidanda ou falido com terceiros. Se a natureza desses procedimentos é de execução coletiva, evidentemente a massa de credores titulares de relações jurídicas obrigacionais pretende, mediante a liquidação do patrimônio da sociedade ou empresário, ver satisfeitos seus créditos da maneira mais ampla possível. Nesse sentido, tais procedimentos constituem amparos ao falido e seus credores e têm por escopo tornar mais eficiente a liquidação do patrimônio para a satisfação do passivo das sociedades em situação de crise.

Verifica-se, pois, que diversos são os artifícios criados pela legislação para possibilitar o equacionamento das obrigações, criando condições de atender os credores da forma mais eficiente, de acordo com sua posição de preferência diante do conjunto de credores, mas sempre observando critérios que procurem conferir tratamento uniforme entre eles.

Um dos efeitos da decretação da liquidação extrajudicial de instituições financeiras é exatamente a suspensão da fluência de juros sobre as dívidas da liquidanda, de forma a estabilizar a posição de cada credor diante do acervo patrimonial que será liquidado, permitindo, assim, tratamento semelhante diante de suas obrigações. Idêntica solução é aventada pela legislação falimentar, exatamente em virtude da semelhança ontológica entre os procedimentos.

A determinação linear – suspensão da fluência de juros –, no entanto, conduz a diversos problemas que nem sempre encontram simples resolução. Destarte, este sintético ensaio propõe-se a analisar o específico efeito da liquidação e da falência sobre a fluência dos juros das obrigações do liquidando ou falido, notadamente perscrutando sua repercussão em relação às duas categorias de juros previstas no nosso ordenamento.

II) PROCEDIMENTOS LIQUIDATÓRIOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

A finalidade da liquidação extrajudicial e da falência e de outros procedimentos de liquidação não é o soerguimento da sociedade empresária ou instituição financeira, senão o pagamento do maior número possível de credores pela liquidação do ativo da sociedade, observada a ordem legal de preferência de seus créditos, vale dizer, constatada a impossibilidade de subsistência da pessoa jurídica, o ordenamento cria procedimentos destinados à liquidação do patrimônio existente para o pagamento de seus credores, observando-se a ordem de preferência legalmente estipulada, de acordo com variados critérios que priorizam alguns em detrimento de outros.

Nesse sentido, no que toca ao procedimento de liquidação extrajudicial de instituições financeiras, a norma inscrita no art. 18, alínea

“d”, da Lei n. 6.024/74, procura equalizar as obrigações existentes no momento da decretação da liquidação, para, em reverência ao princípio *par conditio creditorum*, possibilitar a todos o recebimento do ativo realizado de maneira igualitária, mesma lógica regente do processo falimentar.

A este respeito, determina o art. 18, alínea “d”, da Lei n. 6.024/1974:

Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

(...)

d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;

Acerca da similitude existente entre o procedimento administrativo de liquidação extrajudicial e a falência, que permite a extensão da disciplina comum desta àquela, manifestou-se a doutrina comercialista:

os efeitos da decretação extrajudicial são muito parecidos com os efeitos da decretação da falência. Em outras palavras, tais efeitos visam a permitir o pagamento do maior número possível de credores, de acordo com uma ordem legal de preferência. Aqui não se quer reerguer a atividade, mas apenas promover a liquidação patrimonial. O objetivo da liquidação extrajudicial é o saneamento do mercado financeiro. Tendo em vista esse objetivo, a decretação da liquidação extrajudicial produz efeitos similares aos da decretação da falência, todavia, ela será conduzida pela própria administração pública, visando a resguardar uma solução mais pronta e rápida para a crise com menores prejuízos¹.

A liquidação é o procedimento administrativo que tem a mesma finalidade do instituto da falência: a apuração do passivo, por meio de declarações de crédito, a arrecadação de bens que compõem o ativo da empresa em liquidação, sua avaliação e a venda para o pagamento de credores.

¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresas*. Vol. 35ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 746

Paralelamente, como ocorre no inquérito judicial, visa apurar as causas do estado liquidatório, remetendo as conclusões ao Ministério Público para as providências judiciais de natureza criminal ou civil, incluindo-se nestas últimas a propositura das ações civis públicas de arresto e ordinária de indenização².

Por esse motivo, a legislação de regência determina uma estratificação das obrigações existentes no momento da decretação da intervenção, suspendendo a fluência dos juros, legais ou convencionais, submetendo-as tão somente à correção monetária, que não constitui propriamente acréscimo ao valor das obrigações, senão à recomposição do valor dos débitos em decorrência do fenômeno inflacionário (art. 1º do Decreto-Lei n. 1.477/1976)³.

Sendo a finalidade da liquidação, portanto, o pagamento dos credores, a lei não elimina a possibilidade da fluência dos **juros contra**

² NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos*. Vol. 3. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Livro Digital

³ REsp 247.685/AC, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 5/6/2000; REsp n. 1.646.192/PE, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 24/3/2017; AgInt no AREsp n. 1.035.990/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 5/2/2019, DJe de 14/2/2019; AgInt no AREsp n. 1.243.943/GO, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 1/10/2018, DJe de 5/10/2018. Contudo, há decisões proferidas pela Primeira Seção do STJ, entendendo que, independentemente da existência de passivo suficiente para o pagamento do principal, são devidos juros de mora antes da decretação da quebra, aplicando-se a taxa SELIC, que engloba juros e correção monetária, mas após a decretação da falência, suspende-se a incidência da SELIC, até que se verifique se há ativo suficiente para o pagamento do principal. Nesse sentido, confirmam-se: AgInt no REsp n. 1.626.675/SC, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 29/3/2017; AgInt no AREsp n. 1.035.832/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/8/2017, DJe de 21/8/2017. Importa salientar, ainda, que o art. 9º, II, da Lei n. 11.101/2005, embora preveja que o crédito habilitado deverá ser atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, não implica que estes créditos serão atualizados até a data do efetivo pagamento.

a **massa**, mas condiciona seu pagamento à existência de recursos após o pagamento dos créditos habilitados⁴. Veja-se que aqui não está a se falar em juros contra a instituição financeira, legais ou convencionais, cuja incidência é autorizada pela legislação até o momento do decreto da liquidação. Trata-se, em verdade, **dos juros contra a massa**, é dizer, dos juros decorrentes das obrigações cuja incidência ocorre após a decretação da quebra.

Duas conjunturas podem, por conseguinte, ser identificadas: até o momento da decretação da quebra, o falido ou liquidando responde pela obrigação com todos os seus consectários legais, incluindo juros, remuneratórios ou moratórios, legais ou convencionais, e correção monetária; após este momento, será suspensa a fluência dos juros, que somente voltarão a fluir, retroativamente, se houver recursos suficientes para o pagamento de todo o passivo.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a apreciar a questão, mas é preciso deixar evidenciado que a incidência dos juros ocorre de maneira retroativa, é dizer, desde a data da decretação da liquidação extrajudicial. Tal inferência, aliás, decorre dos efeitos da decretação da liquidação — tal qual ocorre com a decretação da quebra —, uma vez que os juros incidentes até aquele momento serão suportados pela massa e deverão, juntamente com o principal, ser habilitados para posterior pagamento do ativo realizado. A propósito:

RECURSO ESPECIAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. OBRIGAÇÕES. JUROS MORATÓRIOS. SUSPENSÃO. TERMO INICIAL. DECRETO DE LIQUIDAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECONHECIMENTO.

⁴ STJ, AgInt no AREsp 2.318.349/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 11/10/2023; REsp 1.664.722/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/5/2017; EDcl no AgInt no AREsp 1.019.479/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJ-e 22.3.2019; AgRg no AREsp 2.338/GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 25/3/2013.

1. Fica suspensa a fluência de juros contra a instituição financeira, sejam legais ou contratuais, a partir do decreto de liquidação até o pagamento do passivo. Na hipótese de sobejar alguma quantia após a satisfação do principal, os juros serão pagos respeitada a ordem estabelecida no quadro geral de credores. Precedente.
2. A princípio, a Lei nº 6.024/1974 suspendia a incidência de correção monetária sobre as dívidas da instituição financeira em liquidação extrajudicial. Porém, o art. 18, “f”, da referida lei foi modificado, no ponto, pelo Decreto-Lei nº 1.477/1976, que prevê a incidência de correção monetária sobre a totalidade das obrigações de responsabilidade das entidades sob regime de liquidação extrajudicial.
3. A distribuição dos ônus sucumbenciais está relacionada com a quantidade de pedidos requeridos na demanda e o decaimento proporcional das partes em relação a cada pleito. O acolhimento de apenas um dos pedidos dentre dois realizados implica sucumbência recíproca.
4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.646.192/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgamento em 21/3/2017, DJe 24/3/2017).

No entanto, no período posterior à decretação da liquidação extrajudicial, o pagamento dos juros condiciona-se à existência de ativos suficientes, após o pagamento de todos os credores habilitados. Esta circunstância não ocorre comumente. Normalmente, em procedimentos liquidatórios, exatamente em razão da inviabilidade de continuidade das atividades econômicas, o patrimônio existente se revela insuficiente para suportar parcela significativa dos débitos da instituição financeira⁵. Esses **juros contra a massa**, por conseguinte, serão pagos se, após o pagamento de todos os créditos habilitados, ainda houver sido apurado saldo líquido positivo.

⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência comentada*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 466; SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 459.

Veja-se, aliás, que o art. 18, alínea “d”, da Lei n. 6.024/1974, encontra disciplina correlata tanto no art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, quanto no art. 124 da Lei n. 11.101/2005:

Art. 26. Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal.

Art. 124. Contra a massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados.

Na disciplina legal da falência, aplicável ao procedimento de execução extrajudicial de instituições financeiras por força do disposto no art. 34 da Lei n. 6.024/1974⁶, existe uma ressalva legal relativamente aos juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por ele responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia (art. 124, parágrafo único, da Lei n. 11.10/2005). Assim, na falência, em regra, os juros, convencionais ou legais, não serão devidos se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados – o último na ordem de preferência. No entanto, não haverá suspensão da fluência dos juros em duas hipóteses: os juros das debêntures, na forma estabelecida quando de sua emissão, e os juros de crédito com garantia real, até o limite obtido com a alienação destes bens.

As debêntures constituem títulos representativos de obrigações emitidos pela sociedade por ações e se destinam à captação de recursos para as companhias. A debênture pode ser definida como:

título negociável, emitido pelas sociedades por ações, que contra elas confere o direito ao recebimento de sua

⁶ Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz da falência, o Banco Central do Brasil, sendo competente para conhecer da ação revocatória prevista no artigo 55 daquele Decreto-lei, o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da instituição liquidanda.

importância principal, juros e outros direitos estipulados, com ou sem garantias especiais, nos prazos e condições estabelecidos na escritura de sua emissão, e no certificado respectivo, quando emitido⁷.

Este título garante ao seu titular o pagamento de juros como forma de remuneração do capital empregado pelo titular, na forma e condições determinadas pela companhia, e tais juros não terão sua fluência suspensa pela decretação da quebra. Continuarão a incidir até o termo indicado no título, se for estipulado⁸.

Os juros dos créditos garantidos por garantia real também não serão descontinuados, mas a lei impõe um limite ao seu montante: o produto dos bens que constituem sua garantia. Destarte, se durante o processo de falência os juros ultrapassarem o valor do produto dos bens que constituem a garantia do crédito, este será o limite para o pagamento dos respectivos credores. Todavia, se o ativo apurado for suficiente para o pagamento de todos os credores, incluindo os subordinados, os valores que sobejarem ao equivalente do produto dos bens garantidos deverão ser pagos aos credores com garantia real, sob pena de serem colocados em situação menos vantajosa do que os credores sem essa garantia. Esta, aliás,

⁷ CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, livro digital.

⁸ O dispositivo mantém a fluência de juros das debêntures, mas não esclarece se abrangeria todas as suas modalidades. Assim, Fabio Ulhoa Coelho entende que a exceção somente abrange as debêntures com garantia real, não se estendendo às debêntures flutuantes, quirografárias ou subordinadas (COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 440). Marcelo Barbosa Sacramone, por seu turno, aceita a extensão da exceção a qualquer modalidade de debênture, porquanto a lei não estabeleceu nenhuma distinção (*Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 539). Também nesse sentido: SANTOS, Assione. In: SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 735.

é a previsão do art. 83, VI, “b”, da Lei n. 11.101/2005, ao determinar a classificação da parcela de tais créditos como quirografários⁹.

III) JUROS MORATÓRIOS E REMUNERATÓRIOS

O art. 18, alínea “d” da Lei n. 6.024/1974, quando estabelece a suspensão da fluência dos juros, não faz a distinção entre juros moratórios e remuneratórios, não cabendo ao intérprete fazer a distinção. A propósito da distinção entre juros de mora e juros compensatórios ou remuneratórios, vale citar Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

Os juros constituem ‘o preço pelo uso do capital, isto é, a expressão econômica da utilização do dinheiro e, por isso mesmo, são considerados frutos civis’. Distinguem-se os juros em (a) compensatórios e (b) moratórios. Juros compensatórios são os que se limitam a compensar a privação do capital pelo seu titular. Juros moratórios são os que representam a indenização pelo retardamento no pagamento da dívida¹⁰.

A diferença entre ambas as tipologias de juros é essencialmente funcional. Os juros moratórios relacionam-se à mora, à delonga, culposa ou não, no cumprimento da obrigação. Destinam-se à indenização da parte contrária pelo cumprimento a destempo ou pelo inadimplemento da obrigação pactuada. A partir deste encargo, é inconteste que a lei, quando se refere à suspensão da fluência de juros, abrange no preceito os juros moratórios, sejam legais ou convencionais. Contudo, é possível reconhecer também que a interdição da fluência também se estende aos juros remuneratórios.

⁹ CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Editora Contacorrente, 2022, p. 689; COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 364.

¹⁰ *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 2ªed. Vol 2. Rio de Janeiro: Forense, 2021, livro digital. Acerca da distinção quanto à origem, veja-se: ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: obrigações*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 611 e seguintes.

Os juros remuneratórios constituem remuneração do capital, pelo que se destaca sua função distinta daquela atribuída aos juros moratórios. No entanto, pela lógica que ordena este específico efeito da decretação da liquidação extrajudicial das instituições financeiras, é imperioso concluir que ambas as categorias de juros pararão de fluir. Nesse sentido, a função distinta dos juros remuneratórios e moratórios não tem o condão de impedir o tratamento uniforme na hipótese tratada, é dizer, quaisquer que sejam os juros, previstos em lei ou contrato, incidentes sobre a obrigação terão, a partir da decretação da liquidação extrajudicial, sua fluência suspensa até que sejam pagos todos os credores.

Não faria sentido, aliás, prever outro momento para a retomada da fluência dos juros, porquanto é na própria fase do pagamento que se verificará a suficiência do ativo realizado para o pagamento dos credores e eventual sobejo para o pagamento dos juros contra a massa. Nesse sentido, transplantar a outro momento do procedimento o retorno da fluência dos juros esvaziaria o conteúdo da norma que tem por objetivo garantir o pagamento dos credores de forma mais plena possível, se a massa o suportar. Veja-se que, nessa hipótese, se a instituição financeira encerrou suas atividades, não se revelaria justo coarctar a incidência dos encargos legais e contratuais sobre as obrigações para devolver numerário remanescente à instituição falida ou liquidada ou aos seus controladores.

Em tais circunstâncias, não parece haver maiores entraves interpretativos para concluir que a suspensão da fluência dos juros abrange tanto os juros moratórios quanto os juros remuneratórios, se houver previsão de sua incidência. Questão mais tormentosa, no entanto, refere-se à hipótese de ser apurado valor suficiente para o pagamento integral do passivo. Poderiam ser pagos os juros remuneratórios, isto é, os juros continuariam a remunerar o capital dos credores durante todo o procedimento?

Ao cuidar de procedimentos recuperacionais ou de derrocada de instituições financeiras, a Lei n. 6.024/1974, na oportunidade em que cuida da fluência de juros sem mencionar a diferenciação quanto à sua natureza, naturalmente se refere a qualquer tipo de juros, notadamente por ser típica das atividades bancárias a incidência de juros remuneratórios sobre suas operações.

Exatamente em virtude da disciplina semelhante, vale citar, no mesmo sentido, a posição da doutrina comercial em comentário ao art. 124 da Lei de Recuperação Judicial e Falências:

A decretação da falência é responsável pela instauração do concurso de credores e, por isso, ela impõe a uniformização temporal e monetária das obrigações do falido. Essa uniformização levará em conta a situação dos créditos no dia da decretação da falência, uma vez que, em uma situação ideal, os pagamentos deveriam ocorrer no mesmo dia. Contudo, como o pagamento não ocorre de imediato, optou-se por determinar as obrigações, a princípio, pela condição existente no dia da decretação da falência. Assim, os juros moratórios e remuneratórios vencidos após a decretação da falência não entram nesse cômputo. Os juros anteriores à falência são normalmente incluídos no cálculo dos créditos. A atualização monetária deverá ser realizada até a data do efetivo pagamento, uma vez que ela não representa acréscimo no valor do crédito. Embora essa não seja a terminologia usada pela legislação, é isso o que efetivamente ocorre. Ao invés de classificar esses juros como uma categoria à parte, a legislação preferiu determinar a suspensão da exigibilidade dos juros vencidos após a decretação da falência, salvo se o ativo for suficiente para o pagamento de todos os credores (Lei nº 11.101/2005 – art. 124). Não é o fim da fluência dos juros, mas a subordinação da sua exigibilidade ao pagamento de todos os outros credores. Em última análise, os juros posteriores à falência representarão a última categoria a ser paga, depois inclusive dos créditos subordinados¹¹.

Da sentença declaratória decorre, ainda, a suspensão da fluência dos juros, visto que há uma presunção legal, de caráter relativo, de que o ativo é insuficiente para o pagamento deles. Isso significa que os juros que não correm contra a massa são os posteriores à decretação da quebra. (...) Todavia, a lei (art. 124) deixa claro que a suspensão dos juros ocorre 'se o ativo apurado não bastar para o

¹¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresas*. Vol. 3. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 512/513.

pagamento dos créditos subordinados'. Logo, se o produto haurido na venda dos bens da massa comportar, após o pagamento do crédito quirografário, serão pagos os juros pactuados e os legais¹². (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 287).

A Quarta Turma do STJ chegou a apreciar questão similar, versando, contudo, a propósito da pretensão do recebimento de juros moratórios, mas no fundamento do acórdão afirma-se, *en passant*, que a norma não discrimina a natureza dos juros entre moratórios e remuneratórios. Veja-se o excerto da decisão referida:

A regra legal não discrimina a natureza dos juros, se remuneratórios, moratórios ou legais. A tipificação é abrangente, e visa, como cediço, à preservação do ativo para pagamento da massa.

A não fluência dos juros na liquidação extrajudicial de instituição financeira, enquanto não integralmente pago o passivo, segue idêntico preceito do art. 124 da Lei de Falências (Lei 11.101/2005), o qual prevê a falta de exigibilidade dos juros vencidos após a decretação da falência, sejam legais ou contratuais, condicionada à ausência de ativo para pagamento dos credores (REsp 1.102.850/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 4/11/2014, DJe 4.11.2014).

Além do disposto no art. 18, alínea “d”, da Lei n. 6.024/1974, e seus equivalentes art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e art. 124 da Lei n. 11.101/2005, importa referir que a Lei n. 11.101/2005 possibilita o pagamento dos juros, cuja incidência permaneceu suspensa após a decretação da quebra, após o pagamento dos créditos subordinados, o que permite concluir que está suposta na norma a possibilidade de sobejar valor após a realização do ativo e efetivados os respectivos pagamentos. Eis o texto do dispositivo legal:

¹² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 287.

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

(...)

VIII - os créditos subordinados, a saber:

- a) os previstos em lei ou em contrato; e
- b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício cuja contratação não tenha observado as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado;

IX - os juros vencidos após a decretação da falência, conforme previsto no art. 124 desta Lei.

Há mais uma questão que merece atenção. O art. 18, 'b' da Lei n. 6.024/1974 — com previsão similar no art. 77 da Lei n. 11.101/2005 — prevê que:

Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

(...)

- b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;

Referido dispositivo visa garantir a equalização da posição dos devedores para o pagamento de suas obrigações após a realização do ativo, considerando que na imensa maioria das vezes o patrimônio da instituição financeira devedora não se revelará suficiente para o pagamento da integralidade de suas dívidas. Imaginando que este seja o cenário, não há que se perquirir acerca da incidência dos juros, porquanto houve suspensão de sua fluência e não há recursos suficientes para saldar o passivo da sociedade falida.

Contudo, casos existem — de infrequente ocorrência, reconheça-se — em que após o pagamento de todos os créditos habilitados ainda sobejar recursos, não faz sentido devolvê-los e não saldar a integralidade dos débitos existentes, incluindo os frutos daí decorrentes. Devemos lembrar que a falência, contemporaneamente, exige a acomodação de múltiplos propósitos, entre eles a tutela dos credores, mediante a partilha mais eficiente do patrimônio do falido e, existindo recursos suficientes para o pagamento integral dos débitos, incluindo os juros incidentes após a

quebra, tais recursos devem ser destinados para a satisfação dos credores, sob pena de se priorizarem outras finalidades em detrimento dos interesses dos credores.

Nesse sentido, o art. 18, 'b' da Lei n. 6.024/1974 deve ser interpretado em consonância com a alínea "d" do mesmo dispositivo legal, porquanto a antecipação das obrigações da liquidanda, com a respectiva antecipação dos juros, somente deve se circunscrever à hipótese de insuficiência de recursos para saldar as dívidas; em havendo sobra, deverão ser pagos os juros — a depender de circunstâncias relacionadas a cada relação obrigacional — de acordo com a ordem de preferência dos créditos. Interpretação diversa implicaria negar vigência ao art. 18, 'b' da Lei n. 6.024/1974.

Importa evidenciar, ainda, outro argumento que milita em favor da interpretação no sentido de que podem ser pagos, ao final, se possível for, tanto os juros moratórios quanto os remuneratórios. O art. 124, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005, acima referido, excepciona a regra da interrupção da fluência dos juros em duas hipóteses: juros das debêntures e dos créditos com garantia real. Não se pode alegar que nestas hipóteses somente estaria a se referir aos juros moratórios. Aqui, uma vez mais, idêntica solução é conferida aos processos falimentares.

Contrariamente, é da essência das debentures, importante instrumento de capitalização das sociedades por ações, o pagamento de juros remuneratórios pelo capital aportado. Assim, ao prever a continuidade da fluência dos juros, o legislador privilegia os credores que emprestaram valores para as companhias, garantindo que o capital continue a ser remunerado até o seu efetivo pagamento.

Admitindo a fluência dos juros moratórios e remuneratórios:

A regra geral do diploma lega revogado não era clara acerca do período de inexigibilidade dos juros, questão que ficou bem definida com a previsão do art. 124 da LREF: não se permite a cobrança de juros vencidos e exigíveis após a decretação da falência. Isso inclui os juros compensatórios e moratórios, contratuais e legais, provenientes de ato lícito ou da composição decorrente de ato ilícito. Por outro lado, os juros incidentes até a decretação da quebra são exigíveis.

(..) *A contrario sensu*, pode-se dizer que, na hipótese de o cabedal de bens do devedor suportar o pagamento dos credores subordinados, a cobrança dos juros, mesmo após a decretação da quebra, está autorizada¹³.

À evidência, a incidência de juros, sejam moratórios ou remuneratórios, dependerá do tipo de relação obrigacional, do tempo e modo de cumprimento, do exaurimento de seu objeto, prazo de resgate e outras condições particulares. Contratos há que estarão definitivamente extintos, e outros cujo cumprimento instantâneo já terá exaurido seu objeto. Contudo, há contratos que implicam transferência de valores à instituição financeira, com remuneração por meio de juros, até a devolução do capital, como muitas das operações bancárias passivas. No entanto, com a decretação da liquidação extrajudicial, se a instituição financeira liquidanda permaneceu durante todo esse período de posse dos investimentos realizados pelos credores, sem que estes últimos tivessem a disponibilidade sobre os valores, a depender da estrutura do contrato, deve ser protraída a possibilidade de incidência dos juros remuneratórios — que constituem remuneração pelo capital disponibilizado — até a efetiva devolução do numerário.

IV) CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que caso sobeje quantia após a satisfação do principal, os juros serão pagos respeitada a ordem estabelecida no quadro geral de credores. Nesse sentido, encerrado o procedimento de liquidação extrajudicial da instituição financeira pela convolação em liquidação ordinária e ainda subsistindo a massa subjetiva que permita o pagamento de acordo com a ordem de preferência, devem ser saldados os juros decorrentes das aplicações efetuadas anteriormente. Na falência, em sentido similar, após a realização de todo o ativo e pagamento da totalidade

¹³ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2023, p. 1.195.

dos credores, se ainda restarem recursos suficientes, serão pagos os juros cuja fluência havia sido suspensa pela decretação da quebra.

Tanto a lei que disciplina a liquidação extrajudicial de instituições financeiras como a Lei de Recuperação de Empresas e Falência não fazem distinção quanto à categoria de juros suspensos. Adotando um critério essencialmente funcional, os juros moratórios destinam-se à indenização da parte contrária pelo cumprimento a destempo ou pelo inadimplemento da obrigação pactuada, ao passo que os juros remuneratórios constituem remuneração do capital disponibilizado à outra parte.

É possível inferir – seja pela diferenciação funcional, pelo escopo dos procedimentos liquidatórios, pela indistinção do tratamento das categorias, pela legislação e pela lógica que decorre destes instrumentos – que até o momento da decretação da quebra, o falido ou liquidando responde pelas obrigações com todos os seus conseqüentários legais, incluindo juros, remuneratórios ou moratórios, legais ou convencionais, e correção monetária; após este momento, será suspensa a fluência dos juros, que somente voltarão a fluir, de forma retroativa, se sobejarem recursos após o pagamento de todos os credores.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência comentada*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2021.

CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Editora Contacorrente, 2022.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos*. Vol. 3. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: obrigações*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SANTOS, Assione. In: SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2023.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 2ª ed. Vol 2. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresas*. Vol. 35ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL:
streaming e suas espécies

Ricardo Villas Bôas Cueva
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL: *streaming* e suas espécies

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O REsp n. 1.559.264/RJ. 3. O conceito de *streaming*. 4. A transmissão via *streaming* como ato de execução pública. 5. O *simulcasting* como meio autônomo de uso da obra intelectual. 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da rede mundial de computadores e o início da chamada era digital, verifica-se uma radical mudança de paradigma no que tange aos direitos autorais, relativamente ao que existia anteriormente, quando imperavam os meios de produção, gravação e distribuição de obras musicais e literomusicais em meios analógicos. Com a digitalização de virtualmente todas as obras audiovisuais e a universalização da internet, o que importa é o acesso à obra, não mais a posse ou propriedade do suporte físico, do *corpus mechanicum*.

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça, é mestre e doutor em Direito, pela Universidade Harvard e pela Universidade de Frankfurt, respectivamente. Foi advogado, Procurador do Estado de São Paulo, Procurador da Fazenda Nacional e Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Uma tecnologia que contribuiu decisivamente para essa nova abordagem do direito autoral é o *streaming*, isto é, a tecnologia que permite a transmissão de dados pela internet de modo contínuo, num fluxo assemelhado ao de um rio, como se denota por sua denominação em idioma inglês. Não é mais necessário fazer um *download* e armazenar a obra em um arquivo guardado no disco rígido do computador.

Até 2017 subsistiam dúvidas quanto à incidência de direitos autorais em algumas modalidades dos serviços de *streaming*. É que à época em que aprovada a Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1998, ou LDA), além de ainda existir um mercado de distribuição analógico significativo, havia basicamente dois modelos de negócio para a distribuição digital de obras musicais: o *download* e a rádio de internet (*webcasting*). Havia quem argumentasse que a LDA não poderia incidir sobre todas as modalidades de partilha de conteúdos digitais pela internet, pois isso poderia configurar um *bis in idem*, ou uma dupla cobrança de direitos autorais. Contudo, a partir do julgamento do REsp n. 1.559.264/RJ, pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, foram fixadas balizas que têm orientado a correta aplicação da lei, no mesmo sentido dos tratados internacionais e das legislações nacionais, assim como das práticas adotadas em todo o mundo.

Neste artigo, escrito por ocasião dos 35 anos do Superior Tribunal de Justiça, apresentam-se as questões jurídicas debatidas no aludido julgamento.

2. O RESP N. 1.559.264/RJ

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo por objeto controvérsia acerca da execução de obras musicais, literomusicais e fonogramas pela empresa TNL PCS S.A. (Oi), por meio de seu *site* na internet, na modalidade de transmissão denominada *simulcasting* e *webcasting*, sem a prévia e expressa autorização do ECAD.

A discussão centrou-se na exigibilidade dos direitos autorais para execução pública via internet (*webcasting* e *simulcasting*). Tratava-se, em

suma, de saber se tais modalidades de transmissão configurariam execução pública, sujeita à cobrança de direitos autorais. O recorrente argumentou que as transmissões via internet constituem execuções públicas de obras musicais e que cada modalidade de utilização das obras é independente, exigindo autorização específica e, conseqüentemente, pagamento de direitos autorais. O tribunal de origem julgou inteiramente improcedente a demanda ao entendimento de que as modalidades de *simulcasting* e *webcasting* não configuravam execução pública ou representavam um *bis in idem*, pois a empresa já pagava direitos autorais pela transmissão radiofônica.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, após audiência pública e ampla oportunidade de participação dos interessados no deslinde da controvérsia, deu provimento ao recurso, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio Bellizze, que entendeu, em resumo, que, tanto o *webcasting* quanto o *simulcasting* constituem modalidades autônomas de execução pública de obras musicais pela internet, cada uma demandando autorização prévia e específica dos detentores dos direitos autorais, configurando, portanto, fato gerador da cobrança de direitos autorais.

Veja-se a ementa do acórdão, de minha relatoria:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA *STREAMING*. *SIMULCASTING* E *WEBCASTING*. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. *SIMULCASTING*. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR. TABELA DE PREÇOS.FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber: (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais

apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

2. *Streaming* é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize *download* dos arquivos a serem executados.

3. O *streaming* é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting* e o *webcasting*. Enquanto na primeira espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução.

4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, 'i', IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia *streaming* enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito.

5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública.

6. Depreende-se da Lei nº 9.610/1998 que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, assim, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Logo, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si

considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.

7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.

10. Recurso especial provido.

No voto condutor, a controvérsia foi delimitada às seguintes questões:

(i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso

de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

Reconheceu-se, em resumo, que a transmissão digital via *streaming* configura uma forma de execução pública, conforme a definição legal que abrange a utilização de composições musicais em locais de frequência coletiva por qualquer modalidade, incluindo a internet. A execução musical pública é determinada pela disponibilização das obras ao público na internet, independentemente da ação do indivíduo que acessa o conteúdo. Tal interpretação alinha-se com as diretrizes internacionais e reconhece o avanço tecnológico e a mudança nos padrões de consumo de música.

Quanto ao *simulcasting*, demonstrou-se que cada nova forma de utilização de obras intelectuais demanda novo licenciamento e, conseqüentemente, o pagamento de direitos autorais. Assim, a transmissão simultânea via internet constitui uma modalidade autônoma de uso, distinta da transmissão original por radiodifusão, por exemplo, implicando novas autorizações e cobranças pelo ECAD.

Em apertada síntese, concluiu a maioria que as transmissões via *streaming*, incluindo *webcasting* e *simulcasting*, são consideradas execuções públicas de conteúdo musical, legitimando a cobrança de direitos autorais pelo ECAD. O *simulcasting*, especificamente, é reconhecido como um meio autônomo de uso de obra intelectual, gerando nova base para cobrança de direitos autorais.

Em seu voto divergente, o Ministro Bellizze argumentou que a transmissão via *streaming* na modalidade *webcasting* não constitui uma execução pública, destacando que, mesmo em locais virtualmente acessíveis ao público, não necessariamente ocorre uma execução pública de músicas, mas, sim, uma execução individual, comparando essa situação com a experiência em lojas físicas onde os consumidores podem ouvir trechos de músicas individualmente, por exemplo, mediante uso de fones de ouvido, o que não configura execução pública.

3. O CONCEITO DE STREAMING

Streaming é a tecnologia que permite a transmissão contínua de dados pela internet, ensejando a fruição de obras audiovisuais em tempo real, já que os dados não são “baixados” no computador ou no dispositivo receptor, mas viajam pela rede em pacotes “comprimidos” e a seguir “descomprimidos”, com o uso de complexos algoritmos, no dispositivo de recepção, que aloja apenas temporariamente a obra em execução. O usuário não mantém uma cópia do arquivo digital.² Esta tecnologia é amplamente utilizada para a distribuição de conteúdo multimídia, incluindo música, filmes, séries de televisão e transmissões ao vivo. O *streaming* pode ser ao vivo (*live streaming*), quando o conteúdo é transmitido em tempo real, ou *on-demand*, quando os usuários podem acessar conteúdo previamente armazenado a qualquer momento.

² Cf. Stefano Letteriello: “Caratteristica fondamentale dello streaming è la sua progressiva fruibilità in tempo quasi reale; ciò significa che il flusso dei dati áudio e video subisce una memorizzazione solo temporanea, all’interno del dispositivo di destinazione, a soli fini della sua immediata riproduzione. Nello specifico, nella trasmissione di dati digitali tra il server e il PC, i contenuti audio-video viaggiano sulla Rete in maniera ‘compressa’ e vengono dal PC ‘decompressi’ progressivamente e riprodotti, pochi secondi dopo l’inizio della ricezione, senza conservare copia dei dati fruiti sul PC. La cosa è resa possibile dalla creazione da parte del PC di un cosiddetto buffer, una sorta di polmone di dati, che crea un ritardo rispetto alla trasmissione di alcuni secondi, consentendo la decodifica dei contenuti trasmessi, anche per rimediare a latenze e micro-interruzioni della rete. Per parlare di streaming, non può non aversi riguardo alle definizioni dei fenomeni di cd. mere conduit (‘semplice trasporto’), caching (‘memorizzazione temporanea’) e hosting di contenuti online, contenute agli articoli da 12 a 14 della Direttiva 2000/31/CE (c.d. Direttiva ‘e-commerce’). Lo streaming per sua stessa natura, coinvolge tutti e tre i fenomeni anzidetti, laddove mette in relazione tre soggetti: il provider dell’hosting del contenuto, che ne memorizza la versione completa a livello server, l’ISP che lo veicola al destinatario, e che per tal propria natura funge da mero tramite della trasmissione stessa, ed il fruitore del contenuto, che per goderne compie sul proprio dispositivo (sai pur inconsciamente) attività di caching del flusso dati durante l’operazione automatizzata di buffering. Benchè si abbia sostanzialmente a che fare con tutte e tre le fattispecie, durante la prestazione dello streaming, in effetti la norma sulla memorizzazione temporanea non sembra interamente applicabili ao singolo soggetto fruitore del contenuto, benchè peraltro nella maggior parte dei casi egli no sia propriamente il soggetto che compie attività di caching dei contenuti che sta fruendo in streaming”.(pp. 232-3)

Vivemos hoje em contexto bem diverso do que se via há poucos anos, quando a fruição da obra musical dependia da propriedade ou da posse do meio onde estava abrigada (o *corpus mechanicum*), o que leva a falar em verdadeira mudança de paradigma nos direitos autorais, pois, com os serviços de *streaming*, ou de partilha de dados *on-line*, o que importa é o acesso à obra.³

O *streaming* é gênero. Dentre suas espécies estão o *simulcasting* (transmissão simultânea) e o *webcasting* (disponibilização de conteúdo pela internet, gravado ou ao vivo). Pode-se classificar o *streaming*, ainda, como interativo (usuário determina tempo, modo e conteúdo) ou não interativo (usuário não tem controle sobre esses elementos).

4. A TRANSMISSÃO VIA *STREAMING* COMO ATO DE EXECUÇÃO PÚBLICA

A transmissão via *streaming* se enquadra no art. 29 da LDA, que elenca, exemplificativamente, as modalidades de utilização da obra:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:
(...)

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções **mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema** que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

³ Stefano Letteriello lembra que “*nell’era digitale l’opera muta a livello ontológico; si distacca e abandona i limiti del supporto materiale, del c.d. corpus mechanicum*”. Acentua, também, que “*la dimensione digitale muta i rapporti giuridici sia da um punto di vista soggettivo, dal momento che mutano i soggetti e i relativi rapporti di forza, nascendo nuovi intermediari come i provider; sai da um punto di vista oggettivo, poiché cambia il rapporto tra i soggetti e i beni, che diventano intangibili, c.d. res incorporales, ma anche, il rapporto tra i titolari del diritto d’autore e le opere dell’ingegno che circolano in rete. La dimensione digitale comporta il mutamento degli stessi diritti di utilizzazione economica nascenti dallo status di autore*” (pp. 204-5).

VIII- a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

(...)

i) emprego de sistemas de fibras óticas, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

(...)

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas. (grifou-se).

O legislador teve o cuidado de se referir a quaisquer outras modalidades que venham a ser inventadas. A enumeração não é, portanto, taxativa. A norma tem finalidade nitidamente protetiva do autor e de sua criação, ao elencar amplo leque de modalidades de utilização da obra, tanto no presente como no futuro.

Desse modo, a exploração da obra por meio da internet só se distingue de outras formas de difusão pelo modo de transmissão, pois o que importa para a incidência da lei é a utilização do mesmo bem imaterial.

A utilização de obras musicais e fonogramas por meio de *streaming* enquadra-se no conceito de execução pública, por força do disposto na LDA:

Capítulo II - Da Comunicação ao Público

Art. 68. **Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.**

(...)

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, **ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.**

Como se vê texto da LDA, a execução pública da obra depende de prévia e expressa autorização do autor, sendo certo que a execução pública ocorre quando há utilização da obra em locais de frequência coletiva por quaisquer processos. Os locais de frequência coletivos, a seu turno, são elencados exemplificativamente, posto que estarão “onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas”. Consoante art. 5º, inciso II, da Lei n. 9.610/1998 (LDA), considera-se como transmissão “a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético”.

A internet é, assim, local de frequência coletiva, ainda que a fruição da obra possa se dar individualmente. Para a LDA, é irrelevante o número de pessoas. Relevante é colocação da obra à disposição da coletividade frequentadora do ambiente digital. O que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua colocação à disposição, que decorre da transmissão, levando-se em conta o potencial alcance de número indeterminado de pessoas. Os conceitos de comunicação ao público (nos termos do art. 5º, V, da LDA, o ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento) e de execução pública (art. 68, §§ 2º e 3º, da LDA) são amplos o suficiente para que se conclua que os locais de frequência coletiva compreendem tanto os ambientes físicos quanto os digitais, incluindo-se nestes as plataformas digitais, que alcançam número ilimitado e irrestrito de usuários, em todo o planeta, e não apenas em determinado país ou região, o que por certo aumenta exponencialmente a possibilidade de exploração econômica das obras.

Do texto da LDA não se pode concluir que os critérios de interatividade, simultaneidade na recepção do conteúdo e pluralidade de pessoas sejam parâmetros para caracterizar uma execução com pública. Quanto à desnecessidade de aglomeração de pessoas para caracterizar local de frequência coletiva, o *leading case*, de relatoria do Ministro Menezes Direito, no REsp n. 556.340/MG, já havia fixado que não se pode confundir locais de frequência coletiva com espetáculos públicos.

No contexto da sociedade da informação, o conceito de público já não indica apenas, como na era analógica, um conjunto de pessoas que participam de um espetáculo e simultaneamente têm acesso à obra, mas abarca também o indivíduo que, isoladamente, por meio de qualquer dispositivo, frui a obra onde e quando queira. O que importa é que a obra intelectual esteja à disposição, ao alcance do público, no ambiente coletivo da internet.

Nossa legislação, a propósito, está em sintonia com os tratados internacionais acerca dos direitos autorais. A organização da Propriedade Intelectual (OMPI) tem dois importantes tratados a respeito do tema, ambos de 1996: o Tratado sobre o Direito de Autor e o Tratado sobre Performances e Fonogramas. Neles há o reconhecimento expresso do direito exclusivo dos autores de autorizar a comunicação de suas obras ao público, inclusive quando se trata de colocá-las à disposição do público, de modo a que os integrantes do público possam ter acesso a elas quando e onde individualmente escolherem (art. 8º do Tratado sobre o Direito do Autor e art. 10 do Tratado sobre Performances e Fonogramas).

A Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia também prevê o direito de colocar à disposição do público. Além disso, a Diretiva EU 2019/790 impõe às plataformas digitais que abrigam e dão acesso a grande quantidade de obras que adotem medidas adequadas e proporcionais para garantir o bom funcionamento dos acordos de licenciamento celebrados com os titulares de direitos autorais. Nos termos do art. 17, (4):

Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação

ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que:

- a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e
- b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso;
- c) Agiram com diligência, após recepção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b).

Trata-se, portanto, de dispositivo que procura reforçar a posição dos titulares de direitos autorais frente às plataformas digitais, com o objetivo de reduzir ou eliminar a grande disparidade (ou *value gap*) entre as remunerações dos prestadores de serviços de *streaming* e os criadores das obras postas à disposição dos consumidores. Os titulares dos direitos autorais passaram, assim, a ter maior poder para controlar o aproveitamento econômico de suas obras, enquanto as plataformas são obrigadas a bloquear ou garantir a indisponibilidade de obras cuja comunicação não seja autorizada, após aviso dos titulares de direitos.⁴ Pode-se mesmo dizer que, na União Europeia, o direito de comunicação, no sentido de colocar à disposição do público, é uma prerrogativa exclusiva do titular do direito autoral e não está sujeito ao princípio do exaurimento, desde que o ato de comunicação seja dirigido a um público “novo”, isto é, um público que o

⁴ Cf. a propósito Stefano Letteriello, cit., pp. 236-7. V. também Giovanni Ziccardi, cit., p. 130.

titular de direito não haja considerado no momento em que concedeu a autorização para a comunicação com o público.⁵

De todo modo, em nosso ordenamento, o direito de colocar à disposição do público (art. 29, VII, LDA) é ato de execução pública englobado pelo direito de comunicação ao público (art. 5º, V, LDA). A transmissão via *streaming*, em qualquer modalidade, é execução pública. O que dá ensejo à cobrança de direitos autorais não é o ato daquele que acessa o *site*, mas o ato do provedor que o mantém, disponibilizando a obra ao público em geral.

Importante lembrar que o Ministério da Cultura disciplinou a cobrança de direitos autorais em ambiente digital, por meio da Instrução Normativa n. 2, de 5 de maio de 2016, e em nota técnica salientou a existência de acordos entre as associações de gestão coletiva e suas congêneres no exterior. Desse modo, caso não fosse reconhecido que o *streaming* é ato de execução pública, o princípio da reciprocidade seria ferido. A obrigação de repasse das entidades estrangeiras poderia ser extinta.

5. O *SIMULCASTING* COMO MEIO AUTÔNOMO DE USO DA OBRA INTELECTUAL

Simulcasting é a prática de transmitir o mesmo conteúdo simultaneamente por mais de um meio de comunicação ou em mais de uma plataforma. No contexto digital, refere-se à transmissão de eventos ao vivo, programas de rádio ou televisão simultaneamente na internet e em canais tradicionais de mídia, como a televisão aberta ou rádio. O *simulcasting* permite que os criadores de conteúdo alcancem um público mais amplo, combinando o alcance das plataformas digitais com os meios de comunicação tradicionais.

O *simulcasting* é meio autônomo de uso da obra intelectual, nos termos do art. 31 da LDA:

⁵ Cf. Pierluigi Dodaro, cit., p. 178.

Art. 31. **As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si**, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

Assim, qualquer nova forma de utilização de obras intelectuais, tal como a hipótese do *simulcasting*, a transmissão simultânea via internet, enseja novo licenciamento e, conseqüentemente, novo pagamento de direitos autorais. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral está relacionado com a modalidade de utilização e não com o conteúdo em si considerado. No caso do *simulcasting*, a despeito de o conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tornando exigível novo consentimento para utilização da obra.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão da Segunda Seção do STJ no REsp n. 1.559264/RJ, como efetivo *leading case*, passou a orientar a conduta dos jurisdicionados e permitiu que o ECAD celebrasse contratos com a maioria das plataformas de *streaming* de música.

Além disso, como destacado por Sidney Sanches:

ao dissecar todas as modalidades de direitos e interpretá-las, enfrentando os conceitos das distintas formas de disponibilização de obras musicais, o julgamento ofereceu ferramentas ao ECAD para o licenciamento das plataformas digitais de conteúdos audiovisuais, tais como *YouTube*, *Netflix*, *Globoplay*, *Disney*, *HBO*, *Apple TV*, *Amazon Prime*, etc., criando equivalência de cobrança as licenciamentos já feitos à televisão aberta e/ou por assinatura, acrescentando à arrecadação de direitos autorais importantes fontes e remuneração aos titulares de direitos autorais, assegurando a plena cobrança dos direitos de comunicação pública no ambiente digital.

Tais receitas, aliás,

foram absolutamente fundamentais no contexto recente da pandemia do Covid-19, cujo flagelo sanitário atingiu todo o planeta, em que todas as receitas tradicionais, como

shows, casas noturnas, bares e restaurantes, cinemas, teatros, televisão, diminuíram ou forma interrompidas, em razão das medidas de distanciamento social e da crise econômica.⁶

Não há como esquecer, por fim, que a decisão está em harmonia com os tratados internacionais e com a legislação europeia acerca da matéria. Uma interpretação contrária ao disposto na LDA e às normas internacionais poderia ferir o princípio da reciprocidade, o que poderia extinguir a obrigação de repasse das entidades estrangeiras de gestão de direitos autorais dos valores arrecadados em seus países atinentes a obras de autores brasileiros.

REFERÊNCIAS

Albrecht, Nayara Fátima Macedo de Medeiros. “Ser ou não ser ‘execução pública’: o dilema existencial dos serviços de *streaming* no Brasil”, PIDCC, Aracaju, Sergipe, ano VII, volume 12, nº 3, pp. 1-21, outubro/2018 (www.pidcc.com.br).

Dodaro, Pierluigi. “La regolamentazione del diritto d’autore online”, in *Diritto privato digitale* (coord. Ettore Battelli), Turim, ed. G.Giappichelli, 2022, pp. 167-191.

Letteriello, Stefano. “Proprietá intelletuale”, in *Diritti Digitali* (coord. Virgilio D’Antonio), Salerno, ed. Francesco D’Amato, 2022, pp. 199-251.

Mena Barreto, Paula e Bastos Ramos, Ana Luiza. “Direitos autorais e o *streaming*”, in *Manual de Direito na Era Digital* (coord. Anna Carolina Pinho), Indaiatuba, São Paulo, Editora Foco, 2023, pp. 289-318.

Sanches, Sydney. “Os direitos de reprodução e comunicação pública nos serviços de *streaming*”, in *O autor existe: o direito autoral aplicado pelo STJ nos 80 anos da UBC* (coord. Sydney Sanches e Karina Kallai), Rio de Janeiro, Litteris, 2022, pp. 131-155.

Ziccardi, Giovanni. *Diritti digitali: informática giuridica per le nuove professioni*, Milão, ed. Raffaello Cortina, 2022.

⁶ Cf. Sydney Sanches, p. 151.

UM CASO CONCRETO – RHC N. 150.343 –
E A NOVA REALIDADE LEGISLATIVA

Sebastião Alves dos Reis Júnior
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

UM CASO CONCRETO – RHC N. 150.343 – E A NOVA REALIDADE LEGISLATIVA

Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior

1. **A gravação realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro**, não protegida por um sigilo legal (QO no Inq. n. 2116, Supremo Tribunal Federal), é prova válida. Trata-se de hipótese pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pois se considera que os interlocutores podem, em depoimento pessoal ou em testemunho, revelar o teor dos diálogos. 2. **A produção da prova obtida com colaboração de órgão estatal deve observar as fórmulas legais, tendo em conta a contenção da atuação estatal, cingindo-o, por princípio, às fórmulas do devido processo legal.** Ao permitir a cooperação de órgão de persecução, a jurisprudência pode encorajar atuação abusiva, violadora de direitos e garantias do cidadão, até porque sempre vai pairar a dúvida se a iniciativa da gravação partiu da própria parte envolvida ou do órgão estatal envolvido. 3. **A participação do Ministério Público na produção da prova, fornecendo equipamento, aproxima o agente particular de um agente colaborador ou de um agente infiltrado e, conseqüentemente, de suas restrições.** 4. **A participação da polícia ou do Ministério Público na produção da prova exerce a atração dos marcos legais, que, no caso, exigiam, repito, “circunstanciada autorização judicial”.** Não obtida a chancela do Poder Judiciário, opera a regra

de exclusão, pois a prova em questão é ilícita. 5. Novo quadro legislativo com a modificações provocadas pela Lei n. 13.964/2019, que, alterando o teor do § 4º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/1996, restringiu a validade da gravação da conversa por um dos interlocutores a apenas quando **realizada sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público.**

O caso concreto cuida de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

O Tribunal de origem julgou válida prova consistente no registro audiovisual de diálogos realizado por um de seus interlocutores com o auxílio do Ministério Público. Segundo constou do acórdão impugnado, um dos interlocutores teria procurado espontaneamente o Ministério Público para fornecer informações sobre delitos em apuração, oportunidade na qual os promotores com atuação junto ao GAECO o muniram com instrumento apto a permitir a gravação de áudio, sendo registrados os diálogos havidos entre ele e o agora investigado, ocasião em que o primeiro teria entregado ao segundo uma quantia em dinheiro, o que havia sido previamente combinado.

Quando do julgamento, o excelentíssimo Relator original, Min. Rogerio Schietti destacou o seguinte trecho do acórdão impugnado:

Conforme relatado, busca-se por meio desta via mandamental a concessão da ordem em favor de ... e ..., que estariam sofrendo constrangimento ilegal, por estarem sendo processados a partir de provas produzidas de forma ilícita, já que em desconformidade com o art. 2º, inciso IV, da Lei n. 9.034/1995, vigente à época que disponha que “a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro análise” deveria ser precedida de autorização judicial. Por consequência, almeja também o reconhecimento de ilicitude por derivação de toda prova contida no bojo dos Autos n. 0267324-69.2014.8.09.0175 e daquelas produzidas no Procedimento cautelar n. 161912-29.2013.8.09.0000, com o devido desentranhamento, bem assim, que se determine a liberação, baixa no gravame, desbloqueio e/ou

restituição de todo o patrimônio dos pacientes, que estão constrictos na referida ação penal. Inicialmente, ao contrário do que sustenta o Órgão ministerial de cúpula, entendo que a ordem pode ser conhecida porque a questão cinge-se em perquirir se alegada “captação ambiental” ocorreu em descompasso com a lei (em sentido amplo) ou não, e para este propósito a impetração está suficientemente instruída. Vale mencionar que de acordo com o magistério de Auri Lopes Jr., “[...] a complexidade das teses jurídicas discutidas e a conseqüente análise de documentos ou provas já constituídas não são obstáculos para o HC”, a não ser que a decisão “[...] exija a mesma profundidade da cognição do processo de conhecimento (ou seja, aquela necessária para se alcançar a sentença de mérito)” (in *Direito Processual Penal* – 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, Capítulo XXII, item 2). Consigne-se que, de outra banda, que eventual apreciação concernente à contaminação das demais provas por derivação seria questão a demandar exame mais detido, tornando inapropriada a cognição nesta via eleita, pois haveria necessidade de aprofundamento em todo caderno processual para que se pudesse rechaçar as hipóteses de outras provas terem sido colhidas de forma independente ou de poderem ter sido produzidas de qualquer maneira diante do empreendimento de tarefas investigativas autônomas. A propósito: [...]

Contudo, adiante-se que por se tratar de pedido sucessivo, ficará prejudicado pelo desfecho contido neste voto. Isso porque não se vislumbra qualquer ilicitude que possa ser reconhecida neste writ, ressalvado os limites cognitivos das questões de fato e de direito ventiladas pelo impetrante e somente em relação aos pacientes, já que se refere à ação penal em que figuram no polo passivo outras 34 (trinta e quatro) pessoas. Nesta ordem de ideias, colhe-se da leitura da introdução do relatório de análise 001/0020/014/3096/16JAN2013/CSI (Autos n. 0267324-69.2014.8.09.0175, mov. 3, arquivo 2), que as medidas investigativas levadas a efeito pela GAECO ocorreram após o comparecimento de a sede do Ministério Público, no dia 2/4/2013, quando este noticiou as supostas irregularidades na contratação de servidores públicos comissionados, junto a Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Então, **com a anuência de ..., os promotores com atuação junto ao**

GAECO, o muniram com instrumento apto a permitir a gravação de áudio, sendo registrados os diálogos havidos entre ele e o processado ..., ocasião em que o primeiro teria entregado ao segundo uma quantia em dinheiro, o que havia sido previamente combinado (e ocorreu por duas vezes). Vale transcrever trecho do aludido documento:

[...]A investigação do Gaeco iniciou-se no dia 2/4/2013, quando compareceu ao órgão o ..., então suposto "servidor fantasma" da Assembleia Legislativa de Goiás, mais especificamente, do gabinete do deputado do Estadual informou, em síntese, que havia sido nomeado para um cargo em comissão no gabinete do referido deputado, mas que nunca havia prestado qualquer serviço. Além disso, tinha que devolver (repassar) quase a totalidade de seus proventos a pessoas ligadas ao deputado. Relatou, inclusive, que naquele mesmo dia estava indo entregar parte de seu salário a ..., suposto emissário de ..., chefe de gabinete do Deputado Diante da gravidade dos fatos narrados, e visando colher elementos mínimos para iniciar as investigações, **o CIS/MPGO foi acionado pelo Gaeco para acompanhar, em concordância com ..., a mencionada entrega do dinheiro, que ocorreria na Praça Universitária, em Goiânia, por volta das 21h.** Tudo isso no próprio dia 2/4/2013. Conforme havia sido dito por ... aos Promotores do GAECO, a entrega de dinheiro (R\$ 4.000,00 – quatro mil reais) de fato, ocorreu, tendo sido devidamente comprovada através de fotográficas e vídeos colhidos em local público, qual seja, na Praça Universitária de Goiânia. Mencionado fato foi objeto de relatório de informação do CIS de n. 037/021/019/3102/05ABR2013/CSI (Anexo A)

[...]

Após a 'denúncia' feita por ... ter sido preliminarmente confirmada, os Promotores do Gaeco colheram suas declarações em termo próprio, no dia 5/4/2013, no qual ele relatou vários detalhes do modo como suposta fraude ocorre/ocorria. [...]

Vê-se, portanto, que esses elementos coletados, acrescidos de outros, subsidiaram a continuidade das investigações e o deferimento de medidas judiciais cautelares de natureza probatória, resultando, por fim, na instauração da ação penal.

Ressalte-se que as conversas entre ... e ... ocorreram na Praça Universitária de Goiânia e nas dependências externas da Assembleia Legislativa, o que permitiu que o GAECO registrasse também por imagens o ocorrido.

Nesta ordem de ideias, os fatos aconteceram em local público, em que a tutela da intimidade e da vida privada é mitigada por se tratar de espaços em que qualquer pessoa pode ter acesso e, por isso, poderiam ter presenciado o acontecido, não havendo qualquer expectativa de proteção aos aludidos preceitos constitucionais. A esse respeito, transcrevo o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: [...]

No tocante ao registro dos diálogos havidos entre Natá e Adailton, não se descarta quanto à previsão legal vigente à época, de que “a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro análise”, demandaria prévia e circunstância da autorização judicial (art. 2º, inciso IV, da Lei 9.034/95).

Ressalte-se, igualmente, que ainda que a Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13), que disciplina atualmente a questão, não preveja a necessidade de autorização judicial, também será exigível o juízo de garantia sempre que a captação ensejar em violação aos direitos fundamentais da vida privada, da intimidade, ou da inviolabilidade do domicílio.

Mas é necessário fazer a distinção entre a interceptação e captação ambiental e a gravação ambiental.

Nas primeiras espécies citadas, o diálogo havido entre dois interlocutores é registrado por terceira pessoa sem o conhecimento destes.

Já a gravação ambiental é realizada por um dos interlocutores, hipótese em que não há a exigência de autorização judicial.

Neste sentido, ao discorrer sobre a teoria do risco, Renato Brasileiro, pontua que embora no Brasil não

tenha registro de sua aplicação expressa, “em relação às gravações clandestinas, em que um dos interlocutores grava uma conversa telefônica sem o conhecimento do outro, o Supremo tem concluído pela sua admissibilidade no processo, desde que não haja causa legal de sigilo ou de reserva de conversação” (in Manual de Processo Penal: 8ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 697).

Dessarte, o fato de a gravação ter sido realizada com o consentimento de um dos interlocutores, por telefone ou pessoalmente, leva-se ao entendimento de que ele próprio em depoimento como testemunha poderia revelar o conteúdo da conversa, como de fato aconteceu após a gravação ora impugnada, azo em que ... detalhou a forma de atuação da suposta organização criminosa, relatando elementos para além daquilo que teria sido colhido no procedimento investigativo impugnado.

Ademais, o fato de ... ter utilizado de aparelho de gravação de áudio fornecido pelo Ministério Público não é passível de contaminação da prova produzida já que, ainda assim, o registro foi realizado por vontade própria e de forma espontânea.

Significa dizer que ... compareceu ao Ministério Público exatamente no dia que havia combinado de encontrar com ..., o que denota o seu intuito de fazer cessar a suposta relação espúria a que havia se submetido.

Nestes termos, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: [...]

Portanto, a necessidade de prévia autorização judicial seria somente no caso de interceptações/captações ambientais, ou seja, aquela coleta de prova realizada sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores ou acaso fossem realizadas diligências invasivas de registro de imagens em ambientes restritos/privativos, ou quando devassados os limites invioláveis do domicílio de algum deles, o que não ocorreu na espécie, já que as conversas se passaram em ambiente público e, repiso, a gravação do áudio foi efetivada por um dos interlocutores, pouco importando que o aparelhamento utilizado para o desiderato tenha sido fornecido pelo Ministério Público.

Assim, sob qualquer ótica não se vislumbra a existência de gravame a ser reparado por esta via mandamental, pois a captação de imagens em ambiente público prescinde de autorização judicial, já que, nestas hipóteses, não há falar em violação à intimidade ou à vida privada, ao passo que a gravação por um dos interlocutores de conversa que não esteja submetida à proteção legal de sigilo é válida e não necessita de prévio controle jurisdicional.

Por consequência, diante da solução adotada, fica prejudicado o pedido visando à liberação, baixa no gravame, desbloqueio e/ou restituição de todo o patrimônio dos pacientes, que esteja constricto na referida ação penal. (grifamos)

Ao final, o Min. Rogerio Schietti concluiu que

da leitura dos julgados mencionados, observa-se que não há exigência de autorização judicial prévia para que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, seja utilizada como meio de prova no processo penal, exatamente como ocorreu na hipótese dos autos.

A decisão proferida pelo Ministro Schietti não destoia da jurisprudência dominante até então sobre o tema.

Caminhei, porém, na oportunidade, em sentido outro.

Meu dissenso se ancora, principalmente, quanto ao parâmetro normativo que deveria orientar a análise daquele quadro fático, que deve ser a Lei n. 9.034/1995, tendo em vista que vigente à época da produção da prova então em análise, 2/4/2013. A revogação desse diploma se deu expressamente, nos termos do art. 26 da Lei n. 12.850/2013, que entrou em vigor 45 dias após sua publicação (5/8/2013), posteriormente à realização das gravações.

Não divirjo quanto à validade em tese de gravação realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, não protegida por um sigilo legal (QO no Inq. n. 2116, Supremo Tribunal Federal). Trata-se de hipótese pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pois se considera que os interlocutores

podem, em depoimento pessoal ou em testemunho, revelar o teor dos diálogos.

No entanto, tenho ressalvas que apresentei quando do julgamento, quanto à gravação realizada por interlocutor com apoio dos órgãos de persecução penal, à revelia das formas legais.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se pronunciado sobre o tema no Inq. n. 4.506, Ministro Roberto Barroso, DJe 3/9/2018, necessário pontuar que tal decisão, além de ter se dado em recebimento de denúncia, estava no contexto da “Operação Lava-Jato”, cujas repercussões jurisprudenciais ainda estão sendo revistas e reposicionadas.

Também esta Corte Superior admite o auxílio de órgão da persecução na produção dessa prova. No julgamento do REsp n. 1.689.365/RR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 18/12/2017, foram explicitadas as seguintes razões pelo eminente Relator (grifo nosso):

Pondere-se que a circunstância de a polícia haver fornecido o equipamento usado para a gravação também não macula o procedimento, porque **a lei não exige autorização judicial para a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, na condição de vítima, a fim de resguardar direito próprio. Diante disso, mostra-se irrelevante a propriedade do gravador.** Até porque, no presente caso, não foram os policiais que induziram ou instigaram o réu para que ele cometesse o delito de corrupção passiva, tampouco criou a conduta por ele praticada, mas ele próprio que iniciou a empreitada, uma vez que já havia combinado com a vítima o recebimento do valor.

Esse também foi o entendimento seguido no AgRg no HC n. 547.920/RJ, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 19/9/2022:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O paciente, no exercício do cargo de Fiscal de Atividades Econômicas do Município do Rio de Janeiro, solicitou ao funcionário da empresa Midas Rio Convention Suítes a quantia de R\$ 80.000,00, para regularizar supostas pendências.

2. A gravação, tida por ilegal na impetração, foi realizada por Paulo Sérgio Reis (funcionário da empresa e um dos interlocutores) sob a supervisão de agentes da Delegacia Fazendária.

3. É lícita a prova obtida mediante gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais. Precedentes.

4. A jurisprudência desta Corte também é firme no sentido de que o fato de a polícia ter fornecido e instalado o equipamento utilizado na gravação não invalida a prova obtida.

5. Agravo regimental não provido.

Aqui, é importante afirmar que a produção da prova obtida com colaboração de órgão estatal deve observar as fórmulas legais, tendo em conta a contenção da atuação estatal, cingindo-o, por princípio, às fórmulas do devido processo legal. **Ao permitir a cooperação de órgão de persecução, a jurisprudência pode encorajar atuação abusiva, violadora de direitos e garantias do cidadão, até porque sempre vai pairar a dúvida se a iniciativa da gravação partiu da própria parte envolvida ou do órgão estatal envolvido.**

Sem contar que, mesmo se procurado de forma espontânea pela parte interessada, **difícil crer que o órgão estatal envolvido tenha se limitado a fornecer o equipamento necessário e deixado de dar qualquer tipo de orientação quanto ao teor do diálogo a ser tentado.**

A norma vigente à época, a Lei n. 9.034/1995, com redação dada pela Lei n. 10.217/2011, exigia, expressamente, para captação ambiental, “circunstanciada autorização judicial” (art. 2º, IV).

No caso em apreço, “[...] o responsável pela captação do áudio, era integrante da organização e compareceu perante o Ministério Público de Goiás, **que o paramentou** para gravar encontro com O procedimento

foi novamente realizado em 8/4/2013, quando, **munido de câmera e gravador preparado pelo GAECO**, [...] entregou R\$ 4.000,00 a [...]”.

A posição que submeti ao colegiado foi a de superação do entendimento acerca da legalidade da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, com auxílio da polícia ou do Ministério Público.

Entendo que a participação de um órgão oficial na produção da prova atrai a incidência dos parâmetros normativos e exige transparência e apego às fórmulas. **Não estamos mais diante de uma conversa privada em que um dos interlocutores toma a iniciativa de gravar a conversa para eventual ação futura. Estamos diante de uma conversa entre particulares, gravada por iniciativa de um dos interlocutores, mas com orientação e acompanhamento direto do órgão de investigação estatal. São situações bem distintas.**

Quando o Ministério Público fornece equipamento, entra, indubitavelmente, em contato com o agente particular, aproximando-o da figura de um agente colaborador ou de um agente infiltrado e, conseqüentemente, de suas restrições. Insisto: **difícil crer que, em situações assim, o Ministério Público não oriente o interlocutor a como conduzir a conversa quanto às quais as informações seriam necessárias e relevantes, limitando-se apenas a fornecer o equipamento necessário para a gravação.**

Sem contar que, na situação concreta, a gravação não ocorreria sem o equipamento e orientações fornecidas pelo órgão estatal. Se o “colaborador” tivesse condições próprias de fazer a gravação não teria procurado apoio seja do Ministério Público, seja da Autoridade Policial, dependendo do caso concreto.

É uma demanda republicana e democrática limitar essa atuação, submetendo-a ao crivo judicial. Não havia qualquer impeditivo para, à época, obtê-la.

Tal preocupação encontra amparo no direito comparado. Antonio Suxberger e Vladimir Aras elencam pertinentes casos de direito comparado em *preprint* disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/2722/version/2876>.

Primeiro, destacam caso de admissão de captação ambiental produzida por particular sem conhecimento de órgão de persecução penal, julgado pelo Tribunal Supremo da Espanha¹.

Nesse caso, o réu foi condenado por reiterados estupros perpetrados contra sua filha menor. A condenação foi amparada, entre outras provas, por gravação realizada por terceiro, de diálogo entre o réu e a vítima. A Corte espanhola distinguiu a ação de autoridades estatais e de particulares sem vinculação ao exercício do *jus puniendi*, admitindo o ingresso de documentos obtidos, nesse último caso, como prova para condenação, pois a regra de exclusão de provas ilícitas opera como limitação ao abuso por parte dos agentes estatais.

Os autores também trazem caso tratado pela Suprema Corte Norte Americana, no qual fixaram posição de que a regra de exclusão da busca e apreensão não razoável só opera para proteger os cidadãos de agentes públicos ou de terceiros sob sua orientação².

Outro caso enumerado no *preprint* supramencionado refere-se à decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos e possui bastante similaridade com o caso em questão.

Diz respeito ao caso de 1993, A. Vs. França³, ocasião na qual aquela Corte tratou de captação de prova realizada por particular com

¹ ESPANHA. Tribunal Supremo. Recurso de Casación. Sentencia STS 2932/2020. Sala de lo Penal. Ponente: Pablo Llarena Conde. Julgamento: 17 set. 2020

² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Skinner, Secretary of Transportation et Al. v. Railway Labor Executives' Association et Al. 489 U.S. 602 (1989). Decided March 21, 1989. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storageservices/service/ll/usrep/usrep489/usrep489602/usrep489602.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2023. Vide a p. 614: “Although the Fourth Amendment does not apply to a search or seizure, even an arbitrary one, effected by a private party on his own initiative, the Amendment protects against such intrusions if the private party acted as an instrument or agent of the Government”.

³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Affaire A. c. France. Arrêt, Strasbourg, 23 Novembre 1993. Disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1993/CEDH001-62405>. Acesso em: 26 jul. 2023.

apoio técnico de autoridade pública. O particular Serge Gehrling noticiou à polícia que Nelly Azerad, médica da administração penitenciária, teria encomendado a morte de Pierre de Vargas. O noticiante aceitou colaborar com a investigação, com assistência policial, e ligou do próprio departamento de polícia, gravando a ligação com equipamento estatal.

Todo o apoio material prestado pela polícia acarretou na invalidade da prova, pois convalidou a gravação em atividade investigativa não amparada por autorização judicial, como exigia a legislação francesa.

Toda essa preocupação externada pelo direito internacional, também encontra aporte jurídico no nosso Direito interno, entendo.

Ora, a participação da polícia ou do Ministério Público na produção da prova exerce a atração dos marcos legais, que, no caso, exigiam, repito, “circunstanciada autorização judicial”. **Não obtida a chancela do Poder Judiciário, opera a regra de exclusão, pois a prova em questão é ilícita.**

Esse reposicionamento que encaminhei ainda antevê debate sobre o teor do § 4º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/1996, inserido pela Lei n. 13.964/2019⁴, que reabre discussão sobre a amplitude da validade da captação ambiental feita por um dos interlocutores.

Tal dispositivo não se aplicou ao caso aqui analisado, mas busca restringir esse meio de prova, **considerando que essa prova só será válida sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público.**

No caso concreto, considerando a efetiva e reconhecida participação do órgão de persecução estatal na obtenção da prova aqui questionada **sem prévia autorização judicial, entendi como ilegal a**

⁴ Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: [...] § 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores **sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá** ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

gravação obtida e, por isso, deve ser excluída, bem como todas as provas derivadas.

O fato é que, necessário, a meu ver, até para garantir a integridade de qualquer investigação e o efetivo proveito de suas conclusões, que as regras sejam cumpridas. A participação de órgão de persecução penal em situações que impliquem a quebra de garantias constitucionais, como a privacidade de uma conversa entre dois indivíduos, só pode ocorrer após a autorização judicial. Não é possível, e hoje a lei já diz isso de forma clara, que essa “invasão” à privacidade, mesmo de iniciativa de um dos interlocutores, ocorra com apoio seja do Ministério Público seja da autoridade policial sem autorização judicial prévia. Acrescento, ainda, que o fato de a prova produzida ter sido proveitosa, ou seja, comprovada a ocorrência de um crime, não releva a ausência de autorização.

O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO
E A RELEVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
VOLTADAS À SOLUÇÃO CONSENSUAL

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO E A RELEVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SOLUÇÃO CONSENSUAL

Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Do surgimento da sociedade de consumo ao superendividamento das populações; 3. A atualização do Código de Defesa do Consumidor: medidas de prevenção e tratamento ao superendividamento. 4. A relevância de políticas públicas voltadas à solução consensual na renegociação de dívidas de consumo; 5. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno do superendividamento do consumidor consubstancia, na atualidade, um problema que atinge largas dimensões sociais, cujo enfrentamento exige desafios significativos, os quais não se restringem ao contexto jurídico, pois, por envolver fatores das mais diversas ordens (econômica, social, educacional, emocional etc.), requer do Estado,

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Professor de Processo Civil, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC (Brasil), Mestrando em Sistemas Alternativos de Resolução de Conflitos pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora – UNLZ (Buenos Aires, Argentina) e Especialista (Pós-Graduação) em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra (Portugal).

como um todo, abordagens inovadoras e eficazes, para fins de prevenção dessa verdadeira mazela social.

A escalada mundial da sociedade de consumo é uma realidade irreversível, pois o aumento de estratégias de publicidade mais agressivas, o comércio eletrônico e a própria facilidade de acesso ao crédito impulsionam a aquisição de bens, essenciais ou não, além de políticas de juros remuneratórios que comprometem financeiramente, de forma decisiva, o consumidor.

No cenário brasileiro, estudos sobre o tema, como aqueles capitaneados pela destacada Professora Claudia Lima Marques, já haviam chamado a atenção para essa problemática, alertando que o Banco Mundial já advertia, desde 2012, para a necessidade de países emergentes, como é o caso do Brasil, adotarem uma legislação para combaterem o superendividamento².

Baseada nesse contexto, a Comissão de Juristas, do Senado Federal, designada para a atualização do Código de Defesa do Consumidor (antes, PLS 283/2012 e, depois, PLC 3515/2015) contemplou, no anteprojeto, um novo capítulo dedicado à prevenção e ao tratamento do superendividamento.

Não obstante a relevância da matéria, o projeto de lei tramitou a passos lentos, até que a chegada repentina e inesperada da pandemia ocasionada pela *COVID-19*, com a imposição de diversas medidas sanitárias, especialmente o distanciamento, escancarou a mazela da pobreza e agravou desigualdades sociais.

Nessa conjuntura emergencial que clamava por respostas governamentais à crise mundial, em maio de 2021 foi apresentado, no

² MARQUES, Claudia Lima; COSTA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor. In *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Coordenação: Alexandre David Malfatti, Paulo Henrique Ribeiro Garcia e Sérgio Seiji Shimura, v. 1, p. 107 — 144, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. Disponível em <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=126216>. Acesso em junho de 2024.

Senado Federal, o Projeto de Lei n. 1.805, de 2021 (como substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 283, de 2012), o qual tramitou em regime de urgência e, após aprovado, deu origem à Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021.

O referido normativo (Lei do Superendividamento) promoveu as alterações necessárias no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, e assim o fez para tratar, destacadamente, da situação em que se encontra o devedor, com um passivo de dívidas em proporções descomunais, não conseguindo se desvencilhar e retornar ao adimplemento.

Embora numa primeira leitura possa parecer que a Lei n. 14.181/2021 trouxe apenas benefícios ao consumidor, uma análise mais acurada e a interpretação sistemática baseada nos três principais vetores do normativo – boa-fé, exceção à ruína e cooperação – permitem extrair que a intenção legislativa foi proteger o próprio sistema de consumo.

Os dispositivos introduzidos pela nova lei objetivam não só o tratamento, mas também a prevenção do superendividamento, que não se limita, como já dito, aos instrumentos jurídicos ora disponibilizados, pois, por envolver fatores das mais diversas ordens (econômica, social, educacional, emocionais etc.), requer do Estado, por meio de políticas públicas efetivas, uma atuação positiva, de modo a desempenhar importante papel na promoção da inclusão social do indivíduo.

O Poder Judiciário, ao seu turno, por integrar esse *establishment*, desenvolve papel decisivo no incremento de ferramentas hábeis a garantir a cidadania e viabilizar assistência aos indivíduos superendividados.

Nesse aspecto, em 2022, o Ministro Luiz Fux, então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, ao prefaciá-la a “Cartilha Sobre o Tratamento do Superendividamento do Consumidor”, consignou que a atuação para a tutela desse assunto necessita da articulação de distintos eixos, “a saber: jurídico, pedagógico (educação financeira), psicológico e econômico-social”:

A atuação do Poder Judiciário, no que concerne à temática, deve conferir, ao cidadão, um amplo acesso à justiça, à luz dos eixos acima indicados e, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa e da necessidade de preservação do

mínimo existencial. Outrossim, sob a perspectiva da Política Judiciária Nacional do tratamento adequado dos conflitos de interesses, **com ênfase nos modos autocompositivos de solução de litígios**, como previsto na própria Lei n. 14.181/2021, torna-se imperiosa a abordagem interinstitucional, dialógica e cooperativa.³ (sem grifo no original)

Assim, longe da intenção de esgotar esse instigante tema nas poucas páginas da presente abordagem, este artigo pretende provocar o leitor acerca da necessidade não só de reflexões mais abrangentes sobre essa Lei do Superendividamento, mas, decisivamente, com igual intensidade, fomentar a relevância das ações integradas entre todos os envolvidos, com a elaboração de políticas públicas eficientes, a fim de promover uma sociedade de consumo economicamente equilibrada e, assim, alcançar a almejada dignidade da pessoa humana.

2. DO SURGIMENTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO AO SUPERENDIVIDAMENTO DAS POPULAÇÕES⁴

A experiência histórica demonstra que uma das mais significantes transformações nos rumos da humanidade se deu com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XVIII, momento a partir do qual o mundo superou o *ethos vivendi* de produção artesanal, marcado por populações que viviam no campo e cujo fruto do trabalho se destinava a consumo próprio, para assumir um processo produtivo em grande escala, com abertura e ampliação de mercados externos.

Ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, houve uma intensificação de invenções mecânicas e tecnologias funcionais que acompanharam

³ CNJ, C. N. D. J. **Cartilha sobre o tratamento do superendividamento do consumidor**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf>.

⁴ Adaptação de capítulo do artigo O SUPERENDIVIDAMENTO E A CULTURA DE CONSUMO, também de autoria deste autor, In: BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi et al. (coord.). Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

o desenvolvimento social e, com ele, um enorme aumento no nível de consumo e na massificação da publicidade.

Esse processo não só implementou grandes indústrias e a fabricação de produtos em série, como também fomentou, ainda mais, a difusão das práticas comerciais. Ampliaram-se os centros urbanos, nos quais o consumo passou a representar, por si só, uma metodologia, um sistema de integração social e, no seio dele, o fenômeno da comunicação instantânea, incapaz de ser controlada por limites territoriais, concorreu, decisivamente, para a concepção e fundação do que o filósofo canadense Herbert Marshall McLuhan denominou de “aldeia global”.⁵

Em que pesem as controvérsias acerca da verdadeira repercussão e relevância do fato ora abordado, ainda assim, reputa-se insuperável não referir à mensagem enviada ao Congresso dos Estados Unidos da América, na data de 15/03/1962, fruto da fala do então presidente John F. Kennedy, acerca de problemas enfrentados pelo consumidor com o crédito, a alimentação, a moradia, entre outros, o que, em décadas atrás, já apresentavam preocupação em relação à tutela dos direitos de consumo da população.

Para muitos, o discurso acima aludido, marcado pela frase “Consumidores, por definição, somos todos nós”, constitui-se em

⁵ O conceito “Aldeia Global”, cunhado por Marshall McLuhan, em sua obra *Understanding Media*, baseia-se em entendimento segundo o qual o mundo perpassou por três grandes revoluções: a primeira seria a descoberta da escrita fonética, na Grécia antiga, marco responsável por transformar o ser humano rústico, tribal em um ser com um melhor desenvolvimento dos sentidos e maior complexidade de pensamentos; a segunda foi marcada pela invenção da imprensa, no século XV, a qual inaugurou o modelo de homem urbanizado, politizado, momento em que se deu o pontapé inicial para primeira a revolução industrial; a terceira, por sua vez, foi a chamada “Era Eletrônica”, deflagrada pela invenção do telégrafo. O advento da nova fase significou a volta ao modelo do homem tribal, com a formação da denominada “Aldeia Global”. Assim, a partir do advento da tecnologia e dos meios de comunicação, o mundo se apresentaria de forma conectada, globalizada, apesar das distâncias, verdadeira formação de uma espécie de aldeia contemporânea, o que oportunizaria uma intensa aproximação e troca cultural entre os povos. Fonte: MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação de massa como extensões do homem (understanding media)*. São Paulo: Cultrix, 1964.

verdadeiro marco no reconhecimento da luta pela defesa do consumidor e, para além disso, tal episódio serve de afirmação de que, naquela época, já se vivenciava a sociedade de consumo⁶.

Políticas como o *American Way Of Life* (Estilo de Vida Americano) promoveram um idealismo consumista que atrelava a ideia do “ser” ao do “ter”. Determinados bens materiais, inclusive os de lazer, como televisão e rádio, passaram a ser reputados como indispensáveis para a vida cotidiana da população.

Logicamente, sem fechar os olhos para os desacertos ocorridos durante esse período da história, é inconcebível imaginar o mundo contemporâneo, verdadeira aldeia global, sem a arena da concorrência e inovação, o que passou a caracterizar as atividades comerciais e industriais, responsáveis, inclusive, por balizar as diretrizes de relações políticas domésticas e internacionais.

Atualmente, não há como negar que o alto nível de consumo mensura o fator de desenvolvimento de determinada nação, aquecendo todas as relações de mercado. A movimentação do respectivo sistema financeiro, e do mercado, passa a exigir produtos cada vez mais funcionais, em termos de qualidade e sofisticação, o que implica não só no crescimento, mas no aperfeiçoamento dos padrões em geral das populações, aprimorando a própria cidadania.

Há sim, em contrapartida, a preocupação com a massificação intensa das práticas de consumo, as quais seguem padrões de condutas conduzidos por estratégias de *marketing*. Tais comportamentos, todavia, no seio da sociedade de consumo, já constam como algo intrínseco à realidade cotidiana.

Nos dias de hoje, não é possível viver em uma sociedade da livre iniciativa sem coexistir com as influências dos anseios consumistas, e é

⁶ IDEC Instituto de Defesa de Consumidores. Os 60 anos do Dia dos Consumidores. Publicado em 09/03/2022. Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/os-60-anos-do-dia-dos-consumidores>> Acesso em julho de 2024.

nessa condição de vulnerabilidade que surge o endividamento exacerbado das populações.

Nesse sistema, como advertiu o sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman na obra “*Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*”, na Era da modernidade líquida, o consumo, que em um momento inicial destinava-se à satisfação das necessidades materiais, passou a assumir feição de status social, com alta carga simbólica, imbricando-se com fatores de ordem emocional, pois, para alguns, a disposição de determinados bens se transformou em uma forma de demonstração de poder e *status*, quiçá refúgio da ausência de valores humanísticos básicos⁷.

No livro “*A felicidade paradoxal*”, Gilles Lipovetsky, ao analisar o desenvolvimento da sociedade, por ele denominada como de hiperconsumo, divide a evolução do capitalismo em três fases: a) produção em série; b) consumo de massa, e; c) consumo emocional, na qual o valor da novidade suplanta o da durabilidade⁸.

Para além desses fatores, essa verdadeira conduta de massas, impulsionada por diversas técnicas de publicidade, adentrou em um comércio digital cada vez mais integrado e de fácil acesso, passando a contar com uma aberta disponibilidade de crédito para a aquisição de bens (sejam eles essenciais para a vida do agente ou não), além de políticas de juros remuneratórios que comprometem financeiramente, de forma decisiva, o consumidor.

A ampliação quantitativa de tomadores de crédito pode ser referenciada como uma das principais causas responsáveis pelo direcionamento irrefletido do consumidor, no rumo de um profundo mar de dívidas.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Lisboa: Edições 70, 2010, In: SCHWARTZ, Fabio De Souza. *Hiperconsumo e inovação – desafios para a qualidade na produção*. Disponível: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ef80af910fa07870>>. Acesso em julho de 2024.

Tal prática pode ser observada com a crise imobiliária ocorrida nos Estados Unidos, cujo ápice verificou-se por volta do ano de 2008, evento resultante da especulação imobiliária causada pela facilidade de acesso ao financiamento de imóveis e empréstimos hipotecários, com a falta de acompanhamento por parte dos investimentos de controle do Estado.

Exemplo semelhante ocorreu na França, no qual a significativa facilitação de crédito, visando principalmente a compra de imóveis residenciais, associada à elevação dos índices de desemprego e a majoração inflacionária, foi um dos motivos que desencadeou o endividamento da população e fundamentou a necessidade de uma legislação para regramento específico das operações creditórias.⁹

Todavia, é preciso ter em mente que o crédito, por si só, não é um fator negativo, pois o acesso a ele é extremamente relevante para o desenvolvimento nacional e influencia na circulação monetária e na economia, promovendo, ainda, a dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, como destaca Sarah da Silva Borja:

O crédito, antes considerado uma expressão da pobreza e prodigalidade, passou a ser reconhecido pelos Estados Unidos da América, precedentemente aos países da Europa Ocidental, como um recurso através do qual é possível conferir aos cidadãos, menos favorecidos, o acesso a mercadorias industrializadas, contribuindo, em última análise, para a dinamização da economia nacional.¹⁰

Dessa forma, é possível afirmar que consumo e o crédito são considerados duas faces da mesma moeda, razão pela qual o equilíbrio entre ambos permite a manutenção de um mercado sadio.

⁹ LIMA, C. C. D. **Tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores.** Revista dos tribunais, São Paulo, 2014. P. 87.

¹⁰ BORJA, S. D. S. F. D. F. **O superendividamento dos consumidores brasileiros: a imprescindível aprovação do projeto de lei n. 3515/2015 para a efetiva proteção dos seus direitos e a promoção da essencial educação.** Salvador: [s.n.], 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia.

Por conta desses fatores, desde o ano de 2012, o Banco Mundial tem expedido alertas, em termos globais, direcionados aos integrantes do respectivo sistema, acerca do vertiginoso crescimento do endividamento das pessoas naturais, mormente nos países emergentes. Os responsáveis pelo setor pertinente, da aludida instituição, por intermédio de circunstanciado relatório, afirmam que o crescimento da dívida, no âmbito dessas populações, tem apresentado os mais altos índices de expansão, em velocidade nunca antes vista, ao menos em um período que abrange os últimos 50 anos¹¹.

A mesma abalizada fonte afirma que o endividamento individual, naqueles países, alcançou o recorde histórico de algo em torno de 170% do PIB, ou, quase US\$ 55 trilhões, em um considerado curto lapso temporal de oito anos (a contar de 2010).

Especificamente no Brasil, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) divulga, regularmente, a PEIC (Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor), na qual veicula informações acerca do quantitativo de famílias endividadadas. De acordo com o estudo alusivo ao mês de julho/2024, 78,5% das famílias, economicamente ativas, encontram-se endividadadas, ou seja, com a renda familiar comprometida. Dessas, 28,8% já possuem débitos em atraso, e outras 12% referem que não terão condições de pagar suas dívidas¹².

Com igual propósito empírico, a plataforma da SERASA divulga, mensalmente, o Mapa da Inadimplência e Negociação de Dívidas no Brasil, o qual veicula dados de milhões de consumidores para indicar tendências e padrões de inadimplência em diferentes regiões e setores da economia.

¹¹ PRESSE, F. Banco Mundial alerta para onda de endividamento de países emergentes. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/12/19/banco-mundial-alerta-para-onda-de-endividamento-de-paises-emergentes.ghtml>>. Acesso em: Julho 2023.

¹² Pesquisas CNC. **Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor**. Disponível em: <<https://pesquisascnc.com.br/pesquisa-peic/>>. Acesso em julho de 2024

De acordo com o último levantamento mensal, referente ao mês de junho/2024, em que pese registrar uma leve queda nos números, 72,5 milhões de brasileiros ainda se encontram em situação de inadimplência, com seus dados negativados em cadastros restritivos, o que corresponde a R\$ 397,5 bilhões em dívidas. O valor médio desses débitos, por pessoa, é de R\$ 5.482,30, e o principal segmento responsável pela inadimplência é o de bancos e cartões de créditos (29,16%), seguido das *utilities* – contas básicas, como água, luz e gás – (21,85%), financeiras (17,69%) e serviços (11,81%)¹³.

Mesmo não sendo o escopo dessa exposição a inadimplência de contratos de crédito no âmbito das empresas que atuam na iniciativa privada, todavia, ante à relevância da informação frente ao próprio sistema de consumo, vale ressaltar que, de acordo com os dados também fornecidos pela SERASA, em abril/2024, a inadimplência atingiu 6,7 milhões de estabelecimentos comerciais, dos quais, quase que a totalidade – 6,3 milhões – referem-se a micro e pequenas empresas¹⁴, o que, sob aspectos econômicos, importa, diretamente, na redução dos negócios jurídicos e, pois, na produção de bens e sua circulação.

Nesse cenário, não obstante alertas já feitos pelo Banco Mundial desde 2012, como já mencionado, a chegada repentina e inesperada da pandemia ocasionada pela *COVID-19*, com a imposição de diversas medidas sanitárias, especialmente a recomendação de distanciamento entre pessoas, causou um choque na economia mundial e escancarou a mazela da pobreza, agravando desigualdades sociais.

O Relatório de Desenvolvimento Mundial de 2022, publicado pelo *World Bank Group*, assim consignou:

¹³ Serasa Limpa Nome. **Inadimplência: causas, consequências e como evitar.** Publicado em 16 de abril de 2024. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/o-que-e-inadimplencia/>>. Acesso em julho de 2024.

¹⁴ Serasa Experian. Indicadores econômicos. Disponível em <<https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>> Acesso em julho de 2024.

Os impactos econômicos da COVID-19 foram especialmente severos nas economias emergentes, onde as perdas de renda causadas pela pandemia revelaram e agravaram fragilidades econômicas preexistentes. À medida que a pandemia avançava em 2020, ficou claro que **muitas famílias e empresas não estavam preparadas para resistir a um choque de renda de tamanha escala e duração.** Estudos baseados em dados pré-crise indicam, por exemplo, **que mais de 50% das famílias — tanto em economias emergentes quanto em avançadas — não tinham capacidade financeira para sustentar seus gastos básicos por mais de três meses caso sofressem perdas de renda.** Da mesma forma, as reservas de caixa das empresas médias eram suficientes para cobrir menos de 55 dias de despesas. **Muitas famílias e empresas em economias emergentes já estavam sobrecarregadas com níveis de dívida insustentáveis antes da crise e passaram a enfrentar dificuldades maiores para honrar as suas dívidas** quando a pandemia e as medidas de saúde pública associadas a ela provocaram um declínio acentuado na renda das famílias e nas receitas das empresas.¹⁵ (sem grifos no original)

A crise mundial, assim, exigiu respostas governamentais rápidas, aptas a surtir efeitos em curto prazo, tais como apoio direto à renda para fazer frente às necessidades de subsistência, as moratórias e suspensão de exigibilidade de dívidas, o impedimento de medidas judiciais constritivas, entre outras.

No Brasil, salienta-se que a Comissão de Juristas do Senado Federal, constituída em 2012 para promover a atualização do Código de Defesa do Consumidor, já preverá, no então PLS 283/2012, um capítulo dedicado à prevenção e ao tratamento do superendividamento, que tramitava a passos lentos, até que, nesse contexto emergencial da COVID-19, o qual clamava por iniciativas imediatas, em maio de 2021,

¹⁵ World Bank Group. Relatório de Desenvolvimento Mundial de 2022. Capítulo 1. Os impactos econômicos da crise da Covid-19. Disponível em <<https://www.worldbank.org/pt/publication/wdr2022/brief/chapter-1-introduction-the-economic-impacts-of-the-covid-19-crisis>>. Acesso em julho de 2024.

então, foi apresentado, ao Senado Federal, o Projeto de Lei n. 1.805, de 2021 (como substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 283, de 2012), que após receber regime de urgência, restou aprovado, dando origem à Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021.

O referido normativo (Lei do Superendividamento) promoveu as alterações necessárias no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, e assim o fez para tratar, destacadamente, da situação em que se encontra o devedor, com um passivo de dívidas em proporções descomunais, não conseguindo se desvencilhar e retornar ao adimplemento.

3. A ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: MEDIDAS DE PREVENÇÃO E TRATAMENTO AO SUPERENDIVIDAMENTO¹⁶

A preocupação com o endividamento das massas consumidoras se fez presente em praticamente todo o mundo, ao menos em sede dos países cujo *establishment* adota as premissas da iniciativa privada.

Assim, a partir da década de oitenta, diversos países, notadamente na Europa, passaram a contemplar, nos seus ordenamentos jurídicos, medidas para prevenção e tratamento do superendividamento, tais como França, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Alemanha, Albânia, Áustria, Estônia, Holanda, Finlândia, Noruega, Suécia. Outros países como Austrália, Nova Zelândia, Reino Unido, Canadá e Estados Unidos também disciplinaram o superendividamento por intermédio de procedimentos coletivos, sob diferentes designações (insolvência, falência, procedimentos de ajustamento das dívidas de consumo, procedimento de tratamento das dívidas)¹⁷.

¹⁶ Adaptação de capítulo do artigo O SUPERENDIVIDAMENTO E A CULTURA DE CONSUMO, também de autoria deste autor, In: BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi et al. (coord.). Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

¹⁷ LIMA, Clarissa Costa de. O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 54

Nos países provenientes do sistema *Common Law*, como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália etc., lançou-se mão de instrumentos funcionais que previnem e impedem o consumidor de se tornar débil a tal ponto de passar a depender do Estado e, assim, prejudicar o sistema de consumo.

Um exemplo desse mecanismo é o *Fresh Start*, que consiste basicamente no perdão total ou parcial das dívidas, permitindo ao devedor que recupere seu *status* econômico-social, sendo que tal medida, de fato, preserva o mercado, muito embora, não verifique a preocupação do Estado com a implementação de uma mudança de mentalidade por parte do consumidor¹⁸, hábil a prevenir, ou evitar, que volte a inadimplir nos mesmos moldes, ou seja, sem capacidade de se programar economicamente, de modo a evitar nova insolvência.

Nesse comparativo, analisam-se os diferentes sistemas utilizados nos países da *Civil Law*, como é o caso de Portugal, França, Bélgica, Brasil e outros Estados, nos quais constatam-se modelos de prevenção ao superendividamento do consumidor, sobretudo de cunho pedagógico, objetivando salvaguardar e modificar a mentalidade do indivíduo.

Trata-se aqui de um método voltado à reeducação financeira e ao adimplemento, mediante a construção de um plano de pagamento coletivo que abranja o conjunto dos credores, do mesmo devedor, ante o universo dos débitos até então apresentados.

Não há um perdão das dívidas, mas, sim, um plano a ser apresentado pelo devedor o qual garantirá um ajustamento dos débitos e a ressalva de sua renda mínima a fim de assegurar suas necessidades básicas.

Sob a perspectiva ora em foco, é, razoavelmente, o que a Lei n. 14.181/2021 trouxe para o sistema jurídico brasileiro, ao efetuar

¹⁸ No âmbito de alguns modelos (europeus), o fenômeno do exacerbado endividamento chega a ser reputado como uma conduta até mesmo doentia, fruto que pode resultar de um descontrolado ímpeto advindo de anseios das mais variadas origens, isso sem olvidar de levar em conta, evidentemente, o poder de persuasão da propaganda, a qual, cada dia mais lastreada em premissas técnicas e científicas, consegue alcançar e manipular o inconsciente coletivo, por via da publicidade comercial.

as significantes modificações que introduziu no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, por muitos festejado como o melhor diploma da espécie de todo o mundo.

Conforme alhures mencionado, no Brasil, também foram concebidas duas fases, como no *Code de la Consommation* francês, uma conciliatória (pré ou para-judicial) e uma necessariamente judicial, igualmente dividida em dois momentos: a) fase de revisão e integração dos contratos individualmente, com a análise de eventuais abusos e nulidades porventura existentes; e b) fase de plano coletivo e compulsório do conjunto de dívidas (art. 104-B), preservando-se o mínimo existencial e o pagamento iniciado somente após o pacto conciliatório acordado com os demais credores. (CNJ, 2022)

Portanto, foi no âmbito do sistema francês que o legislador brasileiro buscou os modelos que vieram a ser introduzidos no nosso país e, não sem motivo, aqui não foi copiada a terminologia “sobreendividamento” da matriz portuguesa, no seio do qual há a atribuição patológica de responsabilidade pelo caótico quadro financeiro, ao próprio inadimplente.

A novel legislação exige uma mudança de mentalidade, pois em que pese não admita o perdão das dívidas, oferece um procedimento que facilita o adimplemento dos débitos de consumo e intensifica a necessidade de uma educação financeira. Pretende-se passar de uma cultura de inadimplência para uma cultura de cumprimento das obrigações e incentivo às práticas consensuais de solução de conflitos.

Em apertada síntese, destacam-se as seguintes inovações trazidas pela Lei n. 14.181/2021:

- a) delimitou, para fins do tratamento previsto na lei, o conceito de superendividamento (art. 54-A);
- b) estabeleceu um procedimento para facilitar o pagamento das dívidas, por meio de audiências de conciliação com todos os credores, com possibilidade de revisão dos contratos (arts. 104-A a 104-C, CDC);
- c) inseriu novos princípios, no que pertine à Política Nacional das Relações de Consumo, tais como o fomento de ações direcionadas à

educação financeira e ambiental como forma de evitar a exclusão social do consumidor (art. 4º, CDC); e

d) previu, ainda, novos instrumentos para a execução dessa política nacional, ao positivar a necessidade de se criarem núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento (art. 5º, CDC).

Para tanto, a Lei n. 14.181/2021 levou em consideração três premissas básicas, as quais devem ser interpretadas de forma sistemática: a boa-fé, a exceção à ruína e o dever de cooperação.

A **boa-fé**, no âmbito da novel legislação, consiste na observância acerca dos legítimos interesses que levaram cada uma das partes a firmar o contrato, em observância ao próprio equilíbrio inerente à relação consumerista.

De forma ostensiva, a boa-fé é mencionada no art. 54-A, do CDC, o qual traz o conceito de superendividamento:

Art. 54-A, “§1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”.¹⁹

Verifica-se, assim, que receberá a tutela do ordenamento somente aquele consumidor que atuou com boa-fé contratual, aplicando-se, aqui, a presunção de que o crédito objeto da dívida foi contratado com a intenção de pagar.

No que se refere à **exceção à ruína**, a concepção é trazida da própria doutrina contratualista. De acordo com Bruno Miragem:

Como desdobramento ou derivação da teoria da base objetiva do negócio jurídico, a ‘exceção da ruína’ tem como fundamento a boa-fé objetiva e está baseada nos deveres de lealdade e cooperação das partes contratantes, impedindo que, em razão de alteração das circunstâncias (desde que

¹⁹ BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990.

objetivas e nunca subjetivas) o patrimônio de um dos contratantes seja sacrificado de forma tal que ele seja levado à ruína (falência). [...] Desse modo, a exceção da ruína caracteriza-se como uma espécie de exceção liberatória do devedor, impondo às partes um dever de adaptação do contrato às novas circunstâncias da realidade, com a finalidade de manter a relação jurídica sem a quebra do sistema, sendo exigível o dever de cooperação mútua para modificar o contrato de modo menos gravoso às partes²⁰.

No âmbito do superendividamento, a adoção dessa teoria é expressada, destacadamente, nos arts. 104-A a 104-C, os quais permitem ao juiz, após a tentativa de conciliação, revisar e/ou integrar os contratos que são objeto do pedido de repactuação de dívidas.

A **cooperação**, por sua vez, impõe um dever, a todos os envolvidos, de tentar repactuar, de cooperar ativamente para auxiliar o consumidor a evitar o estado de irremediável inadimplência.

Esse instituto, sem dúvida, pode ser considerado a pedra de toque do novo sistema introduzido para o tratamento do superendividamento.

Ao estabelecer (i) uma fase conciliatória obrigatória (art. 104-A), (ii) penalidades para o credor que deixar de comparecer, injustificadamente, à audiência de conciliação (art. 104-A, §2º), (iii) deveres ao consumidor, quando aprovado o plano de pagamento (art. 104-A, §4º, IV), e (iv) priorizar o pagamento àqueles credores que fizeram acordo, o legislador reforça a importância das práticas autocompositivas, o que pressupõe o engajamento de todos os atores implicados no superendividamento.

Percebe-se, com isso, que, embora numa primeira leitura possa parecer que a Lei n. 14.181/2021 trouxe apenas benefícios ao consumidor, uma análise um pouco mais acurada e a interpretação sistemática dessas três categorias – boa-fé, exceção à ruína e cooperação, permitem extrair que a intenção legislativa foi proteger o próprio sistema de consumo.

²⁰ MIRAGEM, B. **Direito Civil, direito das obrigações**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

4. A RELEVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SOLUÇÃO CONSENSUAL NA RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDAS DE CONSUMO

Como visto no capítulo anterior, assimiladas as diretrizes inseridas na Lei. n. 14.181/2021, compreende-se que as soluções para as questões relacionadas ao enfrentamento do superendividamento não se restringem à atuação técnico-jurídica, ou isolada, do Poder Judiciário, pois exigem uma espécie de “intervenção global”, consistente num conjunto de ações a serem desempenhadas por vários segmentos sociais e instituições, em atendimento, principalmente, ao dever de cooperação.

Para tanto, uma das linhas mestras da Lei n. 14.181/2021 foi a alteração do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, para incluir como princípios a serem observados pela Política Nacional de Relações de Consumo: a) o “IX – fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores”, e b) “X - a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor”²¹.

De igual modo, o art. 5º, que dispõe sobre os instrumentos que o Poder Público deve se valer para executar a Política Nacional de Relações de Consumo, foi incrementado para incluir a previsão objetiva de: a) “VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural”, e b) “VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”²².

Assim, de diversas formas, a Lei do Superendividamento atribui ao Estado a responsabilidade de desempenhar um protagonismo decisivo para a reinclusão social do consumidor excluído do sistema de consumo, o que efetivamente só ocorrerá mediante a formulação e a implementação de

²¹ BRASIL. Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021. **Lei de prevenção e tratamento do superendividamento**, 2021.

²² BRASIL. Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021. **Lei de prevenção e tratamento do superendividamento**, 2021.

políticas públicas eficazes que garantam resultados tangíveis e sustentáveis, a médio, curto e longo prazo.

Para fins conceituais, as políticas públicas podem ser compreendidas como “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”²³, ou, ainda, como “os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais”²⁴.

Assim, concebidas como uma agenda de governo, ou como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais, mais do que mecanicidade e sistematização, as políticas públicas necessitam de efetividade, no escopo de garantir a fruição de direitos básicos previsto na Constituição Federal.

Em relação ao superendividamento, essa concepção reclama o amadurecimento de todos os operadores do direito envolvidos, no sentido de compreender que, tanto na esfera pessoal, como no âmbito do sistema de consumo, a incidir sobre a coletividade de cidadão, é imprescindível a realização de parcerias interinstitucionais, algumas delas a serem desenvolvidas de maneira articulada, para efetivar o que o legislador previu.

Os tribunais, como órgãos responsáveis pela administração da justiça, têm a oportunidade de ampliar seu impacto para além das salas de audiência, agindo na promoção desse viés educativo como agentes de transformação social.

Nesse ponto, no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atualmente segundo órgão na referida hierarquia, foi criado no ano de 2004, por força da Emenda Constitucional n. 45²⁵,

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

²⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

²⁵ A EC 45/2004 introduziu diversas mudanças na organização e no funcionamento dos Tribunais.

intitulada Reforma do Judiciário e, à época, recebeu severas críticas por grande parte da magistratura nacional, pois a instalação do CNJ soava como um órgão eminentemente correicional que comprometeria a independência funcional dos juízes.

Não tardou por se dissolver toda essa cautela. Como bem consignado pelo amigo e Ministro Luis Felipe Salomão, em missiva alusiva aos 18 anos do Conselho, passo a passo, mediante as pautas que foram sendo criadas e a seriedade com a qual os temas foram tratados, os integrantes do Conselho firmaram precedentes importantes para conferir não só a respeitabilidade desse órgão, como também a confiança da sociedade nos próprios magistrados²⁶.

Na atualidade, o CNJ, para além das atribuições conferidas pela Constituição da República, é importante ator no contexto de assegurar a eficiência dos serviços judiciais e viabilizar a uniformização da prestação jurisdicional. É responsável por elaborar, fomentar e disseminar práticas vocacionadas à modernização, à celeridade e à efetividade das funções/atividades desempenhadas pelos órgãos do Poder Judiciário.

A considerar tais atribuições e seu protagonismo como ente de gestão e fomento de políticas judiciárias, na seara administrativa do Poder Judiciário, a edição da Lei n. 14.181/2021 ensejou a criação de um Grupo de Trabalho (GT do Superendividamento), instituído pelo então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Luiz Lux, por intermédio da Portaria n. 55, de 17 de fevereiro de 2022, cujas atividades foram prorrogadas pelos Presidentes seguintes, Ministra Rosa Weber e Ministro Luis Roberto Barroso²⁷.

²⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. CONJUR. **Os 18 anos do Conselho Nacional de Justiça. Publicado em: 13 de junho de 2023. Disponível em:** <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-13/luis-felipe-salomao-18-anos-conselho-nacional-justica/>>. Acesso em julho de 2024.

²⁷ Portaria Nº 55 do CNJ, de 17/02/2022. Institui Grupo de Trabalho para aperfeiçoar os fluxos e procedimentos administrativos para facilitar o tramite dos processos de tratamento do superendividado. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4378>> Acesso em: 30/07/2024.

Dentre as principais atividades desempenhadas pelo Grupo de Trabalho, merecem destaques aquelas alusivas ao incremento dos fluxos e procedimentos administrativos para facilitar o trâmite dos processos de tratamento do superendividado e a apresentação de propostas de recomendações, provimentos, instruções, orientações e outros atos normativos, destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário²⁸.

Ponto alto de uma das iniciativas já concretizadas pelo Grupo de Trabalho foi a elaboração e disponibilização da *Cartilha sobre o Tratamento do Superendividamento do Consumidor*, lançada na 384ª Sessão Ordinária do CNJ, cujo material contempla diretrizes, orientações, fluxos de trabalhos (procedimentais), além de exemplos de convênios e expedientes úteis à prática judicial e extrajudicial para a gestão das demandas relacionadas ao superendividamento. O documento estabelece diretrizes mínimas e procedimentos uniformes para o enfrentamento do tema, ou seja, fornecer um instrumental prático, a título de orientação, sem caráter vinculante²⁹.

Vale mencionar que a composição heterogênea do Grupo de Trabalho, o qual conta com integrantes e colaboradores oriundos de distintos órgãos e instituições relacionadas à prevenção e tratamento do superendividado, tem permitido que os assuntos sejam debatidos e aperfeiçoados a partir de diversos vieses, tanto sob a perspectiva da defesa do consumidor, como, também, levando em consideração as ponderações do mercado financeiro, resultando disso deliberações equilibradas e medidas efetivas.

Assim, norteadas pelas balizas antes mencionadas, o GT examina, acompanha e promove a disponibilização de ações, estudos e projetos que abordam os aspectos materiais e processuais das questões relacionadas ao superendividamento, com ênfase no estímulo às soluções consensuais.

²⁸ Art. 3º da Portaria Nº 55 do CNJ, de 17/02/2022.

²⁹ CNJ, C.N.D.J. **Cartilha sobre o tratamento do superendividamento do consumidor**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf>.

Isso porque o legislador da Lei n. 14.181/2021 elegeu, com primazia, o uso da conciliação e da mediação com ferramentas estratégicas fundamentais no procedimento de repactuação de dívidas, partindo da premissa de que as soluções negociadas, consensuais, atendem tanto aos interesses do consumidor quanto aos dos credores.

Renegociar as dívidas, portanto é a fase inicial e mais vantajosa, pois objetiva evitar que se avance para a segunda etapa, na qual é permitida a revisão e integração dos débitos remanescentes. (arts. 104-A e 104-B, CDC)

Não é demais lembrar que os instrumentos autocompositivos oferecem uma via alternativa e menos adversarial para a resolução de disputas de todas as espécies, pois ao facilitarem o diálogo, permitem a construção do deslinde pelas próprias partes envolvidas, aumentando a probabilidade de que elas aceitem a solução negociada e se sintam mais satisfeitas com o resultado.

Especificamente no procedimento do superendividamento, a autocomposição, por meio de uma conciliação global, com a presença de todos os credores do consumidor, viabiliza a construção de um plano coletivo que não comprometa a subsistência do devedor, minimizando os impactos negativos para ele e sua família e, ao mesmo tempo, oportuniza que todos esses credores tenham igual chance de reembolso.

Entre as medidas que podem ser ajustadas, pode-se citar, de forma exemplificativa: dilação de prazos, redução de encargos, suspensão ou extinção de ações judiciais em curso, data a partir da qual será providenciada a exclusão dos dados do consumidor de cadastros de inadimplentes etc.

Nessa fase conciliatória, merece destaque a importância dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania)³⁰

³⁰ Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), previstos na Resolução n. 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, são unidades do Poder Judiciário a que compete, preferencialmente, a realização das sessões e audiências de conciliação e de mediação a cargo de conciliadores e mediadores, bem como o atendimento e a orientação aos cidadãos.

para fazer frente ao grande volume de audiências que se anunciara desde o advento da Lei n. 14.181/2021, pois o tratamento do superendividamento, na forma como idealizado na lei, exigiria a ampliação das estruturas, não necessariamente físicas, mas principalmente no tocante à rede de atores envolvidos no atendimento global.

Assim, no seio do Grupo de Trabalho do CNJ, ao se discutir a proposta de criação de Núcleos de Atendimento ao Superendividado (NAS), comando inserido no art. 5º, VII, do CDC, sugeriu-se que tais núcleos funcionassem junto aos CEJUSC'S, aproveitando-se, na medida do possível, as unidades já existentes. E esse, então, foi o teor da Recomendação n. 125/2021-CNJ³¹.

Conforme Relatório do Programa Justiça em Números 2024 [ano referência 2023], a Justiça Estadual conta com 1.930 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) instalados, cujas estruturas podem ser utilizadas para o funcionamento dos Núcleos anteriormente referidos, sem maiores ônus aos cofres públicos.

Outrossim, o art. 104-C do CDC³², o qual convencionou-se designar de “conciliações administrativas”, atribuiu aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Procons (estados/municípios/DF); Ministério Público e Procuradorias do Estado; Delegacias de Defesa do Consumidor; Organizações Cíveis de Defesa do Consumidor que atuam integradas com a Senacon, etc – a competência para a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, mediante a celebração de convênios específicos entre os referidos órgãos e as instituições credoras ou suas associações.

Dentro dessa rede, a Defensoria Pública atua, por exemplo, com a prestação de assistência jurídica gratuita aos consumidores superendividados

³¹ BRASIL, Recomendação n. 125, de 24 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original1456372022010761d854a59e2f5.pdf>> Acesso em julho de 2024

³² BRASIL. Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021. **Lei de prevenção e tratamento do superendividamento**, 2021.

que não possuem condições de contratar um advogado. A título ilustrativo, cite-se a iniciativa desenvolvida no estado do Rio Grande do Sul³³, diga-se, berço e pioneiro no tratamento do superendividamento.

Os PROCONS, por sua vez, além de desempenharem função orientadora na defesa dos consumidores em geral, por estarem capilarizados praticamente em todo o território nacional e, conseqüentemente, atingirem maior parcela da população, destacam-se como órgãos estratégicos e imprescindíveis no desenvolvimento das políticas públicas alusivas ao enfrentamento do superendividamento.

Com essa premissa em mira, recentemente, os representantes do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça e Segurança Pública, respectivamente, Ministro Luís Roberto Barroso e Ministro Ricardo Lewandowski, firmaram o Acordo de Cooperação Técnica n. 057/2024, o qual estabelece parceria mútua entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, a fim de implementar os comandos da Lei n. 14.181/2021, especialmente no que pertine ao funcionamento dos Núcleos de Conciliação e Mediação de conflitos oriundos de superendividamento, bem como as iniciativas voltadas à prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural, mediante cooperação entre os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs e os canais de atendimento dos PROCONS³⁴.

Ressalta-se, ainda em sede do Poder Executivo, a relevância do Ministério da Economia, ao qual incumbe, mediante ação conjunta

³³ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Capacitação sobre superendividamento e a atuação da DPE/RS em contratos bancários é realizada pela Câmara de Conciliação Cível. Publicado em: 18/08/2023. Disponível em: <<https://www.defensoria.rs.def.br/capacitacao-sobre-superendividamento-e-a-atuacao-da-dpe-rs-em-contratos-bancarios-e-realizada-pela-camara-de-conciliacao-civel>>. Acesso em julho de 2024.

³⁴ CNJ. Acordo de Cooperação Técnica nº 057/2024. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/03/acordo-de-cooperacao-tecnica-57-2024-assinado.pdf>> Acesso em julho de 2024.

com o Banco Central do Brasil, regulamentar e supervisionar as instituições financeiras, assegurando que elas sigam as normas da Lei do Superendividamento.

No desempenho dessa função, notadamente orientadora e educativa, no ano de 2022, o Banco Central lançou, em ação conjunta com o Grupo de Trabalho do CNJ, o Guia de Excelência na oferta de produtos e serviços financeiros. Conforme consta do material encartado, o Guia visa subsidiar o processo de educação financeira, colaborando para a melhor compreensão dos produtos e serviços contratados pelos consumidores e para decisões mais bem fundamentadas, contribuindo, assim, para a prevenção do superendividamento e para a redução de conflitos entre consumidores e instituições financeiras³⁵.

Nesse ponto, ainda que se peque pelo excesso, vale repetir que a educação para o consumo é uma estratégia fundamental a fim de mitigar os riscos do superendividamento e criar uma cultura de responsabilidade financeira.

O implemento de iniciativas voltadas ao consumo consciente confere aos cidadãos conhecimentos acerca da importância de planejar adequadamente seu orçamento, evitando, com isso, compras impulsivas e excessivas que extravasam o consumo consciente.

Por fim, não se deve olvidar do importante protagonismo dos tribunais, no que diz respeito à atuação dos seus órgãos jurisdicionais, os quais, no desempenho das suas atividades judicantes, realizam a interpretação da novel e virtuosa legislação, com a estrita observância da segurança jurídica.

³⁵ Banco Central do Brasil. Guia de Excelência na Oferta de Produtos e Serviços Financeiros – Operações de Crédito/Banco Central do Brasil. Brasília: BCB, 2022, volume I, 3ª edição 29 p. ISBN 978-85-99863-268 Disponível em:<https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/guia_de_excelencia/guia_de_excelencia_oferta_de_produtos_servi%C3%A7os_financeiros.pdf>. Acesso em julho de 2024.

A jurisprudência a ser produzida nesse campo, sem dúvida, deve garantir estabilidade para as negociações e, assim, refletir na consolidação de práticas mais eficientes.

O papel do Tribunal pode se manifestar de diversas maneiras, pois sempre terá o objetivo de fornecer suporte e promover medidas que visam mitigar o impacto do superendividamento, mas o ponto crucial na efetividade dessa política de prevenção demanda uma atuação colaborativa desses entes com outros órgãos institucionais, formando um microsistema de proteção do consumidor que abre caminho para a implementação de uma dinâmica de crédito mais justo e sustentável.

Em síntese, os órgãos judiciários, nos quais está inserida a Corte da Cidadania, desempenham um papel fundamental na prevenção ao superendividamento do consumidor, cabendo a eles interpretar a legislação de forma a proteger os direitos dos consumidores, promover a estabilidade nas decisões judiciais, estimular métodos consensuais de resolução de conflitos e estabelecer parâmetros para a repactuação de dívidas. Essas ações, sem embargos, contribuem para um ambiente jurídico mais favorável à prevenção e solução adequada dos casos de superendividamento.

Enfim, essas são algumas das muitas frentes de trabalho que demonstram a importância de políticas públicas articuladas para o enfrentamento do superendividamento. Em razão do seu caráter multifacetado, forçoso se inferir que as finalidades e objetivos estabelecidos pela Lei n. 14.181/2021 exigem uma atuação proativa, perene e progressiva do Poder Público, mediante um planejamento sistemático e permanente de ações e iniciativas, sobretudo a considerar que o fenômeno do superendividamento se amplia cotidianamente no contexto socioeconômico brasileiro e, ainda, o curto período de vigência da lei.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como mencionado no início deste arrazoado, o fenômeno do superendividamento do consumidor consubstancia, na atualidade, um problema que atinge largas dimensões sociais, cujo enfrentamento exige desafios significativos, os quais não se restringem ao contexto

jurídico, pois, por envolver fatores das mais diversas ordens (econômica, social, educacional, emocional etc.), requer do Estado, como um todo, abordagens inovadoras e eficazes, para fins de prevenção dessa verdadeira mazela social.

A Lei do Superendividamento (Lei n. 14.181/2021), sem embargos, representa um marco histórico na defesa do consumidor brasileiro, estabelecendo mecanismos para prevenir e remediar o endividamento excessivo.

Todavia, a par dos importantes avanços inseridos no sistema de proteção do consumidor, o sucesso das medidas previstas na Lei n. 14.181/2021 reclama o engajamento de todos os atores envolvidos, não somente mediante o incremento de iniciativas e projetos, mas, principalmente por intermédio da promoção do aperfeiçoamento da cultura consumerista, com uma consistente mudança de mentalidade, consubstanciada na compreensão de que, muito além de facilitar a recondução do devedor, o objetivo é preservar e manter a higidez do mercado de consumo, como um todo, resguardando-se o próprio *establishment*, a contar de práticas responsáveis, adequadas e atentas à boa-fé de todos os atores do sistema.

As leis exigem, cada vez mais, personagens atuantes com perfis colaborativos, proativos, habilitados a se utilizarem das ferramentas autocompositivas como verdadeiros vetores na busca da tão desejada paz social e da concretização da dignidade da pessoa humana.

Com o superendividamento não foi diferente. Ao estabelecer, com primazia, um procedimento para repactuação global das dívidas, o legislador brasileiro partiu da premissa de que as soluções negociadas consensuais atendem tanto aos interesses do consumidor quanto aos dos credores, pois permitem a construção de um plano coletivo que não comprometa a subsistência do devedor, minimizando os impactos negativos para ele e sua família e, ao mesmo tempo, oportuniza que todos esses credores tenham igual chance de reembolso.

Essa modificação confirma que, felizmente, caminha-se, a passos largos e firmes, para a consolidação de uma nova visão acerca dos mais

variados métodos de solução de conflitos, que não mais os reputa apenas como campo de batalha entre as partes.

Aliás, no Brasil, a implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, marcada pela edição da Res. n. 125/20210, é uma conquista irreversível no que pertine às práticas consensuais de solução das controvérsias, pois por intermédio de uma transformação de mentalidades, busca substituir a cultura da sentença pela da pacificação.

Nessa busca por essa mudança de mentalidades, a Lei do Superendividamento atribuiu ao Estado a responsabilidade de desempenhar um protagonismo decisivo para a reinclusão social do consumidor excluído do sistema de consumo, o que efetivamente só ocorrerá mediante a formulação e a implementação de políticas públicas eficazes que garantam resultados tangíveis e sustentáveis, a médio, curto e longo prazo.

Outrossim, a atuação conjunta dos tribunais com os demais órgãos institucionais brasileiros será fundamental para garantir a efetividade da lei e proteger os consumidores superendividados, o que demanda um planejamento sistemático e permanente de ações e iniciativas. O senso pragmático venceu e ganhou, com isso, aquele segmento da população brasileira formada pelos menos favorecidos economicamente.

No mais, aparadas as poucas arestas ainda restantes, reforça-se a esperança de que se está caminhando para a valorização da solução amigável entre os litigantes, com a verdadeira mudança de mentalidade dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

Banco Central do Brasil. Guia de Excelência na Oferta de Produtos e Serviços Financeiros – Operações de Crédito/Banco Central do Brasil. Brasília: BCB, 2022, volume I, 3ª edição 29 p. ISBN 978-85-99863-268 Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/guia_de_excelencia/guia_de_excelencia_oferta_de_produtos_servi%C3%A7os_financeiros.pdf>. Acesso em julho de 2024.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BORJA, S. D. S. F. D. F. **O superendividamento dos consumidores brasileiros**: a imprescindível aprovação do projeto de lei n. 3515/2015 para a efetiva proteção dos seus direitos e a promoção da essencial educação. Salvador: [s.n.], 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990.

BRASIL. Portaria Nº 55 do CNJ, de 17/02/2022. Institui Grupo de Trabalho para aperfeiçoar os fluxos e procedimentos administrativos para facilitar o tramite dos processos de tratamento do superendividado. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4378>> Acesso em: 30/07/2024.

BRASIL. Recomendação Nº 125, de 24 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original1456372022010761d854a59e2f5.pdf>> Acesso em julho de 2024

BRASIL. Lei de prevenção ao superendividamento do consumidor. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14181.htm>. Acesso em: Fevereiro 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **O superendividamento e a cultura de consumo**. In. BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi et al. (coord.). *Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

CNJ, C. N. D. J. **Cartilha sobre o tratamento do superendividamento do consumidor**, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf>>.

CNJ. Acordo de Cooperação Técnica nº 057/2024. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/03/acordo-de-cooperacao-tecnica-57-2024-assinado.pdf>> Acesso em julho de 2024.

CNJ, C. N. D. J. Cartilha sobre o tratamento do superendividamento do consumidor. Brasília: [s.n.], 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf>>. Acesso em: Janeiro 2024.

CONCILIAJUD. Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais. **CCMJ**, 2024. Disponível em: <<https://conciliajud.cnj.jus.br/ccmj>>. Acesso em: Fevereiro 2024.

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Capacitação sobre superendividamento e a atuação da DPE/RS em contratos bancários é realizada pela Câmara de Conciliação Cível. Publicado em: 18/08/2023. Disponível em: <<https://www.defensoria.rs.def.br/capacitacao-sobre-superendividamento-e-a-atuacao-da-dpe-rs-em-contratos-bancarios-e-realizada-pela-camara-de-conciliacao-civel>>. Acesso em julho de 2024.

GRINOVER, A. P. **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-97-00234-8. Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC.

IDEC Instituto de Defesa de Consumidores. Os 60 anos do Dia dos Consumidores. Publicado em 09/03/2022. Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/os-60-anos-do-dia-dos-consumidores>> Acesso em julho de 2024.

KLEIN, S. Com 78% das famílias endividadas, taxa fica estável em março, aponta pesquisa. **CNN Brasil**, 2023. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/com-78-das-familias-endividadas-taxa-fica-estavel-em-marco-aponta-pesquisa/>>. Acesso em: Julho 2023.

LIMA, C. C. D. Tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. **Revista dos tribunais**, São Paulo, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Lisboa: Edições 70, 2010, In: SCHWARTZ, Fabio De Souza. Hiperconsumo e inovação – desafios para a qualidade na produção. Disponível: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ef80af910fa07870>>. Acesso em julho de 2024.

MARQUES, C. L. Dever de cooperação no tratamento do superendividamento dos consumidores: evitar a ruína através da conciliação ou revisão-sanção dos contratos. In: BUZZI, M. A. G.; MARQUES, C. L.; ANDRADE, T. N. X. C. E. J. L. D. **Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais**. Itaipava: Foco, 2024. p. 145-172.

MARQUES, Claudia Lima; COSTA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor. In *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Coordenação: Alexandre David Malfatti, Paulo Henrique Ribeiro Garcia e Sérgio Seiji Shimura, v. 1, p. 107 — 144, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=126216>>. Acesso em 29 de junho de 2024.

MCLUHAN, Marshall. Os meios de comunicação de massa como extensões do homem (understanding media). São Paulo: Cultrix, 1964.

MIRAGEM, B. **Direito Civil, direito das obrigações**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PESQUISAS CNC. Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. Disponível em: <<https://pesquisascnc.com.br/pesquisa-peic/>>. Acesso em julho de 2024

PRESSE, F. Banco Mundial alerta para onda de endividamento de países emergentes. **G1**, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/12/19/banco-mundial-alerta-para-onda-de-endividamento-de-paises-emergentes.ghtml>>. Acesso em: Julho 2023.

SALOMÃO, Luis Felipe. CONJUR. Os 18 anos do Conselho Nacional de Justiça. Publicado em: 13 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-13/luis-felipe-saloma-18-anos-conselho-nacional-justica/>>. Acesso em julho de 2024.

SANTOS, A. Á. F. D.; PEREIRA, A. R. Diálogo e cooperação Internacional: um caminho possível à efetivação da lei 14.181/2021 a partir da análise da atuação do grupo de trabalho instituído pela portaria 55/2022 da presidência do CNJ.. In: BUZZI, M. A. G., et al. **Superendividamento do consumidor: aspectos materiais e processuais**. São Paulo: Foco, 2024. p. 363-378.

SERASA. Indicadores econômicos. **SERASA EXPERIAN**, 2023. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>>. Acesso em: Julho 2024.

Serasa Limpa Nome. Inadimplência: causas, consequências e como evitar. Publicado em 16 de abril de 2024. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/o-que-e-inadimplencia/>>. Acesso em julho de 2024.

SERASA. Mapa da Inadimplência e Negociação de Dívidas no Brasil. **SERASA Limpa Nome**, 2023. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renogociacao-de-dividas-no-brasil/>>. Acesso em: Julho 2023.

World Bank Group. Relatório de Desenvolvimento Mundial de 2022. Capítulo 1. Os impactos econômicos da crise da Covid-19. Disponível em <<https://www.worldbank.org/pt/publication/wdr2022/brief/chapter-1-introduction-the-economic-impacts-of-the-covid-19-crisis>>. Acesso em julho de 2024.

O PARADOXO DA PRESCRIÇÃO: reflexões
sobre as dificuldades do tema e sugestões
para seu aprimoramento legislativo a partir de
precedentes do Superior Tribunal de Justiça

Marco Aurélio Bellizze Oliveira
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**O PARADOXO DA PRESCRIÇÃO:
reflexões sobre as dificuldades do tema e sugestões para seu
aprimoramento legislativo a partir de precedentes do
Superior Tribunal de Justiça**

***THE PRESCRIPTION PARADOX:
reflections on the difficulties of the topic and suggestions
for its legislative improvement based on precedents from
Superior Court of Justice***

Ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira¹

Devemos fazer planos para a liberdade, e não só para a segurança, ainda que pela única razão de só a liberdade poder tornar a segurança segura.
Karl Popper

Sumário: Introdução. 1 Natureza jurídica da prescrição 1.1. Extinção da ação ou do direito? As primeiras dificuldades dogmáticas em torno da prescrição 1.2. A prescrição como exceção de direito material 1.3. Um novo Código, antigas respostas e novas perguntas. 2. Problemas e soluções na

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Vice-presidente da Comissão de Juristas para reforma e atualização do Código Civil. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá em 2003.
gab.bellizze@stj.jus.br

aplicação da prescrição 2.1. A identificação do termo inicial da prescrição: as perspectivas objetiva e subjetiva da *actio nata* 2.2. A pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa: a extensão do art. 206, §3º, IV do Código Civil 2.3. O prazo prescricional da pretensão de reparação civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É paradoxal que a figura voltada para proporcionar segurança e estabilidade às relações jurídicas² seja um dos temas mais controvertidos na doutrina, na jurisprudência e até mesmo na legislação brasileiras³. A prescrição é, de fato, um tema sensível, difícil, tormentoso e não configura um exagero afirmar que é uma das principais fontes de insegurança jurídica no direito brasileiro⁴. Mas, se é verdade que as dúvidas sobre esse instituto

² NAVES, Nilson Vital. *Prescrição e decadência no direito civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, abr. 1964, pp.164-187.

³ François-Xavier Licari fez a mesma observação sobre o status da prescrição extintiva na França, considerando paradoxal que a instituição considerada mãe da segurança jurídica tivesse se tornado um objeto de litígio. LICARI, François-Xavier. Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères récentes ou en gestation (Louisiane, Allemagne, Israël). *Revue internationale de droit compare*, v. 4, 2009, p. 739-784, p.741.

⁴ Pertinente registrar a observação de Julio Gonzaga Andrade Neves em tese de doutorado dedicada ao tema da prescrição: “Os monografistas centrais do século passado em matéria de prescrição não foram atualizados sob o novo Código. Apenas recentemente novos trabalhos monográficos do tema foram registrados, com objetivos investigativos específicos: assim se deu em sede de tese livre docência dedicada ao tema espinhoso do início do prazo prescricional, mas que também ofereceu contribuição histórica e a outros pontos centrais da dogmática, ou em obra dedicada à interação entre prescrição e nulidades. Esforços coletivos ajudam a manter o tema vivo. Os debates dos manuais, acessados pelos operadores do cotidiano, seguem marcados por um processualismo profundamente desatualizado, em um círculo vicioso de reflexões superadas. As obras mais úteis tornaram-se os comentários ao Código, com as limitações naturais desse tipo de publicação. A ausência de diálogo com a produção romano-germânica moderna evitou a incorporação de críticas necessárias e reproduziu debates adormecidos. O resultado desse cenário é um corpo jurisprudencial – em particular, do Superior Tribunal de Justiça – forçado a carregar um peso que deveria recair sobre a doutrina. Esperar das cortes uma construção dogmática holística da prescrição (ou de qualquer instituto de

não podem ser consideradas novidade no cenário jurídico nacional, não é menos certo que essa instabilidade precisa ser reduzida.

Nesse sentido, a Comissão de juristas criada em 28 de agosto do ano corrente pelo Presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, com o intuito de promover a atualização da Lei n. 10.406/2002 tem importantes desafios, mas também uma oportunidade singular⁵ de se debruçar sobre o tema e promover ajustes para que se possa extrair da prescrição maior segurança jurídica⁶.

Este artigo é voltado para a contribuição dos debates sobre a prescrição no âmbito da reforma do Código Civil, apontando os principais pontos de dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da prescrição, bem como as sugestões que, no modesto entendimento deste articulista, são aptas a proporcionar maior estabilidade das relações jurídicas, facilitando a interpretação e aplicação mais uniforme da prescrição pelos órgãos do Poder Judiciário, ou mesmo a observância dos prazos pelo cidadão para o exercício livre e seguro de suas pretensões.

Direito Privado) é sempre um erro; esperá-lo de cortes superiores brasileiras, com o nível de sobrecarga que a sociedade impõe a esses julgadores, é um erro especialmente grave. Passados anos de Código Civil, os pontos centrais da dogmática prescricional seguem sem solução”. ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *A prescrição no Direito Civil brasileiro: natureza jurídica e eficácia*. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, 281 páginas, p.20-21.

⁵ Alemanha e França também experimentavam as dificuldades inerentes à insegurança jurídica acerca da prescrição antes das respectivas reformas legislativas no Direito das obrigações. Cf. ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *A prescrição no Direito Civil brasileiro...cit.*, p. 21-22; CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da EMERJ*, v.7, n. 27, 2004, pp.108-124.

⁶ A fala do presidente do Senado Rodrigo Pacheco na cerimônia de assinatura do ato de criação da Comissão de Reforma do Código Civil, destacou: “o desafio de fazer conciliar a necessidade de atualização e da modernização de um estatuto, de uma lei ou de um Código, com a necessidade da preservação da segurança jurídica. [...] Porque, de fato, a segurança jurídica se impõe ao Brasil e se obriga tê-la não só no Judiciário, mas também no Legislativo. A segurança jurídica não se faz só por decisões judiciais que sejam estáveis, mas também com legislações que sejam estáveis”.

1. NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO

1.1. Extinção da ação ou do direito? As primeiras dificuldades dogmáticas em torno da prescrição

Os primeiros conceitos de prescrição formulados pela doutrina brasileira marcaram a cisão entre a corrente que a compreendia como causa de extinção da ação em razão da inércia de seu titular por um determinado tempo⁷ e a corrente que vislumbrava na prescrição a perda de um direito ou da faculdade de alegá-lo em razão do decurso do tempo⁸. Luiz F. Carpenter, autor de trabalho dedicado ao tema, definiu-a como “um modo de extinção dos direitos em geral, salvo os imprescritíveis, em razão de que, violados, o respectivo titular ou sujeito deixou morrer, pelo decurso do tempo, a ação que os restabeleceria”⁹; e acrescentou na sequência que ela “fere diretamente a ação, e só por via de consequência o direito”.

A despeito dos debates sobre o tratamento jurídico unificado dos fenômenos temporais envolver também outros institutos¹⁰, ganhou

⁷ “[p]rescrição é a extinção de uma ação ajuizável em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso” CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Da prescrição e da decadência*. 2 ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 26. Em sentido semelhante Clóvis Bevilacqua: “prescrição é a perda de ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo”. Cf. BEVILAGUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1951, v. 1, p.458.

⁸ NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, v. 2, p. 306; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.496;

⁹ CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição*. 3 ed. Atual. e notas Arnold Wald. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, v.1, p.95-96.

¹⁰ Nos trabalhos mais antigos dedicados ao tema, discutia-se se a prescrição era um conceito unitário, que referenciava tanto a extinção das ações, ou obrigações, ou direitos – a depender da corrente -, como a aquisição da propriedade (=usucapião); ou se o conceito era dualista, negando que sob a prescrição fossem tratados os institutos de extinção da ação (ou da obrigação ou do direito) e da usucapião. Cf. CARPENTER,

especial atenção da doutrina civilista a distinção entre a prescrição e a decadência¹¹. A falta de uma opção clara do legislador no Código Civil de 1916 e o emprego descuidado de alguns termos jurídicos, exigiram um esforço doutrinário para identificar quais prazos eram decadenciais e quais eram prescricionais¹².

Em alguma medida as posições da doutrina brasileira sobre a prescrição, e mesmo o esforço para distingui-la da decadência, ecoavam as mesmas controvérsias objeto do debate internacional. Em trabalho acadêmico, o saudoso ministro Nilson Naves fez referência ao critério

Luiz F. *Da prescrição...cit.*, p.16-76; CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Op. cit.*, p. 19-21. Contemporaneamente, os prazos aquisitivos e extintivos não são tratados sob disciplina única, nem mesmo emprega-se o termo 'prescrição' para situações outras que não os casos de extinção ou liberação de vínculos jurídicos por decurso do tempo. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos jurídicos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t.1, p.146

¹¹ “A falta de critério legal e a controvérsia doutrinária acerca da conceituação da prescrição tornavam tormentosa a diferenciação entre esta e a decadência. Para os que viam na prescrição a extinção apenas da ação, era mais fácil distingui-la da decadência, porque esta, ao contrário daquela, funcionava como causa de extinção do direito, que por sua própria natureza deveria ser exercido em certo prazo, sob pena de caducidade. Se, todavia, tanto a prescrição como a decadência se apresentam como causa de extinção do direito subjetivo, torna-se penosa e quase impossível uma distinção precisa entre as duas figuras extintivas”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil...cit.*, p. 150.

¹² “No direito brasileiro a questão ainda se torna mais complexa e erizada de obstáculos, pois o nosso Código Civil [1916] engloba indiscriminadamente, sob uma mesma denominação e subordinados a um mesmo capítulo, os prazos de prescrição e os prazos de decadência, dando-lhes, conseqüentemente, tratamento igual. Por vezes, ainda, o mesmo Código faz uso de terminologia absolutamente inadequada em face dos pronunciamentos da jurisprudência e da doutrina”. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, ano 3, abr. – jun. 2016, pp. 343-375, p. 344. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 11, jul-set 2002, pp. 67-77, p.76-77.

sucessivo, proposto por Jorge Giorgi com o fim de distinguir a prescrição e a decadência, segundo o qual a primeira extingue a ação e, por consequência o direito, ao passo que a segunda fulmina o direito e, depois, a ação¹³. Câmara Leal fez referência às correntes alemã e ítalo-francesa, indicando que a primeira defendia que o objeto da prescrição era a ação, ao passo que a segunda entendia que a prescrição recaia sobre a obrigação e os direitos que lhe são correlatos¹⁴.

Nesse contexto, ganhou destaque o artigo de Agnelo Amorim Filho sobre o tema, no qual o autor criticou os critérios que fazem a distinção com fundamento nos efeitos (o entendimento majoritário à época era que a prescrição extingue a ação ao passo que a decadência fulmina o direito), em lugar da causa¹⁵. Para remediar o problema, o autor propôs um critério a partir da classificação dos direitos subjetivos realizada por Giuseppe Chiovenda¹⁶, assentando que os direitos à uma prestação, que ensejam a interposição de uma ação condenatória, estão sujeitos à prescrição; ao passo que os direitos potestativos¹⁷, marcados pela sujeição

¹³ NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência...*cit.*, p.171-172.

¹⁴ CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Op..cit.*, p.22.

¹⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico...*cit.*, p. 345. A mesma perplexidade tinha Santi Romano. Cf. VASCONCELOS, Eneas Romero de. A prescrição e a decadência no Código Civil. *Revista Jurídica da FA7*, v. 7, 2010, pp.77-90, p.85.

¹⁶ O autor italiano classificou os direitos subjetivos e potestativos conforme sejam pressupostos de ação condenatória ou constitutiva, respectivamente. AMORIM FILHO, Agnelo. *Op. cit.*, p. 352.

¹⁷ “Figura fundamental nas relações privadas, ao direito potestativo não se contrapõe dever ou prestação. Ao contrário da dinâmica do direito subjetivo, a satisfação do seu titular dá-se pela interferência na esfera jurídica de outro titular, que se submete, pura e simplesmente, ao seu exercício. Por esse motivo também designado de direito formativo, traduz o poder unilateral de constituição, alteração ou extinção de relação jurídica. Constituem-se exemplos de direitos potestativos e prerrogativa de resilição ou extinção contratual, a opção de compra e venda, o direito de arrependimento oferecido ao consumidor”. Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Editorial da Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, jul-set 2020, pp. 13-15, p.13.

do sujeito passivo independentemente de sua vontade e cuja tutela se dá pelas ações constitutivas, são sujeitos à decadência¹⁸.

O critério proposto pelo professor paraibano ganhou tamanha notoriedade que foi utilizado como parâmetro para separar os prazos de prescrição e decadência no processo de formulação do Código Civil de 2002¹⁹. Entretanto, essa distinção é apenas um dos muitos aspectos intrincados da prescrição. Os debates sobre a natureza jurídica da prescrição já ocorriam na vigência do Código Civil de 1916, e vão além de

¹⁸ “[...] fixada a noção de que a violação do direito e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção como aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria (isto é, os direitos de uma prestação), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os de segunda categoria, isto é, os direitos potestativos (que são, por definição, direitos sem pretensão, ou direitos sem prestação, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação), não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional”. AMORIM FILHO, Agnelo. *Op. cit.*, p. 356.

¹⁹ O critério apresentado por Agnelo Amorim Filho foi muito aplaudido e, para muitos, foi o critério eleito pelo legislador do Código Civil de 2002 para separar os prazos prescricionais e decadenciais, tratando dos primeiros de forma exaustiva nos arts. 205 e 206 da Parte Geral. Contudo, parcela da doutrina admite que “o método científico não é identificável em todos os prazos existentes em Direito Civil, apenas de que, por análise empírica, a maioria dos prazos realmente nele se encaixe; afinal, a teoria foi desenvolvida com base no entendimento dominante na jurisprudência e doutrina da época sobre a natureza dos prazos, o qual, em geral, foi mantido pela nova codificação. Esse critério não foi recepcionado pelo legislador e não pode haver qualquer comando de obrigatoriedade em segui-lo, por isso ele não é absoluto, como querem alguns, que chegam a afirmar a sua prevalência sobre o texto legal”. AMORIM, Tatiana Tenório de. Prescrição e decadência – análise da distinção à luz da teoria geral do direito civil. *Revista Fórum de Direito Civil*, ano 2, n. 4, set.-dez. 2013, pp.77-104, p.89-90; SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013, p.181; AZÁRIO, Márcia Pereira. A Parte Geral do Código Civil de 2003: análise crítica da sua manutenção e abordagem de algumas inovações relacionadas ao tratamento legal das pessoas jurídicas, à prescrição e à decadência e ao regramento da prova. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57, jun. 2004, pp.69-97, p.88-89.

distingui-la da decadência. Compreender o que é, qual o objeto e como funciona a prescrição são questões elementares, cujas respostas começaram a ser consolidadas na doutrina de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda até alcançarem os debates da Comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Código Civil de 2002, que expressamente posicionou-se sobre o tema.

1.2. A prescrição como exceção de direito material

A definição de exceção é bastante desafiadora, muito em razão da polissemia do termo²⁰, que encontra sentidos diferentes²¹ conforme o ramo jurídico que o tenha sob enfoque²². Além disso, o termo é mais

²⁰ Em artigo sobre o tema, Otavio Luiz Rodrigues Júnior encontra seis referências ao termo, apenas nos artigos do Código Civil. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Exceções no Direito Civil: um conceito em busca de autor? In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. (org.). *Prescrição e decadência: estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Juspodium, 2013, pp.411-422. Para além do Direito Privado, muitos são os sentidos atribuídos ao termo, mesmo em outras áreas da Ciência Jurídica. Cf. PRADO, Augusto César Lukascheck. *Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização*. Mestrado– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, 375 páginas, p. 121-126.

²¹ “Com efeito, atualmente o termo exceção pode significar: (a) defesa, num sentido amplo e abstrato, assim entendido o direito pré-processual (constitucional) que assiste ao demandado de resistir à postulação que lhe é dirigida; (b) defesa, num sentido restrito e concreto, assim entendida qualquer defesa concretamente exercida pelo réu num determinado processo; (c) um determinado tipo de defesa”. Cf. OLIVEIRA, Rafael. Delimitação conceitual de exceção substancial e distinção entre exceções e objeções substanciais. *Revista de Processo*, v. 36, n. 193, mar. 2011, pp.27-51, p. 31-32

²² “Noções como pretensão, ação, prescrição e exceção terão, cada qual, conceitos materiais e processuais cunhados sob mesmo signo, mas de matriz técnica diversa. Essas zonas cinzentas podem parecer de consideração antiquada aos sabores contemporâneos, afinal, desde o século XIX é dado assente à comunidade jurídica a autonomia da ciência processual frente àquela material, ou, para formular a mesma verdade e por ângulo mais concreto, a autonomia do direito processual de ação frente ao direito substantivo que se afirma ter, em juízo ou fora dele. A superação desse inicial dissabor talvez se dê com uma reformulação da premissa: não é tanto *desde* o século XIX que esse é o estado da arte,

explorado por processualistas do que pelos civilistas²³, em que pese seja muito importante para o direito material²⁴. Isso porque a compreensão do sentido, alcance e forma de atuação das exceções substanciais é pressuposto para o estudo de institutos centrais do Direito, inclusive da prescrição²⁵, sobretudo após a roupagem dada ao conceito por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda²⁶.

mas *apenas desde* o século XIX. Institutos muitos, e a prescrição não é diferente, foram talhados pelo cinzel dos milênios. Se não é dado ao jurista a confusão entre direito material e processual – e obviamente não lhe é, de fato, dado incorrer nesse erro técnico –, igualmente não lhe é recomendado supor que a adequada compreensão de conceitos contemporâneos possa se dar isoladamente e sob as modernas classificações, quando a história mostra que nasceram de único ventre”. ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *Op. cit.*, p. 24. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, v. 47, jul-set. 1987, p.109-123.

²³ No caso das exceções, elas estão no título da obra que marcou a autonomia da relação jurídica de direito processual, e que tratou, inclusive, das distinções entre exceções processuais e materiais. Cf. BÜLLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

²⁴ “No particular, como alhures, a linguagem reveste-se inevitavelmente da ambiguidade inerente à consideração de questões que, pertinentes ao direito material, adquirem relevância prática no processo”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão...*cit.*, p. 76. Cf. OLIVEIRA, Rafael. Delimitação conceitual de exceção substancial...*cit.*, 27-51.

²⁵ “O que a prescrição faz é dar ao devedor um escudo com que paralisar, caso queira, a arma usada pelo credor. Ela se enquadra dogmaticamente entre as exceções materiais ou substanciais – em linguagem processual, defesas de mérito de queo juiz não pode conhecer de ofício, mas somente quando alegadas pelo réu”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p.75. No mesmo sentido: PRADO, Augusto César Lukascheck. *Op. cit.*, p.21.

²⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Exceções no Direito Civil...*cit.*, passim.; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 51, 2010, pp. 101-120, p.107.

A exceção não difere de tantos outros institutos jurídicos que têm suas raízes no Direito Romano²⁷. A *exceptio* surgiu no contexto jurídico do processo formulário²⁸, desenvolvido no período clássico, a partir de séc. III a. C. Ela foi um dos mecanismos inseridos pelos pretores nas fórmulas, para temperar os rigores do *ius civile* ao permitir que certas matérias, não previstas nas *legis actiones*, fossem alegadas pelo réu como defesa²⁹. Importante destacar, desde logo, que não se tratava de uma defesa qualquer, mas a afirmação de um fato que obstava a produção de efeitos jurídicos decorrentes dos fatos inicialmente alegados, contendo ou encobrindo a eficácia do direito do autor, sem negá-lo, contudo³⁰.

A *praescriptio*, segundo Câmara Leal, decorre da forma latina para o significado de ‘escrever antes’ ou ‘escrever no começo’, e recebe esse nome porque, nas ações temporárias, criadas pelo pretor, era inserida uma pré-

²⁷ “Os romanos, pela sua índole de juristas práticos, eram completamente afastados de abstrações de natureza teórica, mas com uma intuição que povo algum até hoje teve, a ponto de, ainda que afastados das abstrações, terem por via de aplicação prática, criado as linhas fundamentais de todo o Direito do mundo ocidental, nas suas figuras mais complexas. Basta que os senhores atentem para a circunstância de que todos os conceitos fundamentais do Direito das Obrigações, que dentro do Direito Privado é, sem dúvida, o ramo mais complexo, se assentam estrutural e basicamente no velho Direito Romano”. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito subjetivo...cit.*, p. 109-110.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. 4 ed. Atual. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: RT, 2013, t. 6., p. 68.

²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1977, t. 1, p.340.

³⁰ “Uma das possibilidades de defesa do réu consistia em tentar impedir que o juiz examinasse a *intentio* (pretensão do demandante). Para isso servia a chamada *praescriptio pro reo*, que era uma cláusula escrita na parte superior da fórmula, com a qual o pretor pedir ao juiz que, antes mesmo de apreciar a *intentio*, analisasse a existência de circunstâncias favoráveis ao réu. Entendendo-as justificadas, isso prejudicava a pretensão do demandante, constituindo uma espécie de *denegatio actionis*”. Cf. OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p.29

inscrição que determinava a absolvição do réu caso o prazo de duração da ação já estivesse extinto³¹. Essa relação, por muito tempo, levou parte da doutrina a defender que a prescrição extinguiu a ação, apontando para o aspecto processual do instituto.

Lembrando, porém, da posição de Windscheid³², no debate com Muther, a *actio* romana era bastante diferente da ação processual na concepção atual³³. Isso porque aquela era uma fonte criadora de direitos, ao passo que esta é uma forma de buscar sua tutela pelo Estado. Na explicação de José Carlos Moreira Alves, para Windscheid a ação romana

³¹ CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Op.cit.*, p. 17-18.

³² Ainda segundo Moreira Alves, Muther insistia que a *actio* era análoga a ação processual moderna, e defendia que ela era independente do direito subjetivo e não constituía uma parte dele. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito subjetivo...cit.*, p. 120-121.

³³ “Em 1856, Bernhard Windscheid, professor da Universidade de *Greifswald* (na época, fazendo parte do Estado sueco), escreveu um livro intitulado “A “*actio*” do direito romano do ponto-de-vista do direito hodierno”. Essa obra pretendia ser uma tradução à linguagem jurídica da atualidade, da idéia que os romanos exprimiam com a palavra “*actio*”; isto é, queria o autor demonstrar que êsse vocábulo tinha um significado bem diferente da atual palavra ação, significado êsse que só pode ser captado com fidelidade se se tiver a exata compreensão do espírito do direito romano. E êste, dizia Windscheid, não era um sistema de direitos subjetivos, mas um sistema de “*actiones*”: quer dizer, sempre segundo a idéia daquele romanista, o ordenamento jurídico romano não dizia ao indivíduo: “Você tem êste e aquele direito”, mas “você tem esta e aquela *actio*”. A “*actio*” era, nesse sistema, não o próprio direito subjetivo, nem o direito ao processo e aos resultados dêste (ação), mas a faculdade de impor a própria vontade em via judiciária; e, assim como existem hoje direitos de variadas espécies, existiam também variadíssimas ações típicas, com as quais procurava o ordenamento jurídico romano tutelar a vontade dos indivíduos em tôdas as circunstâncias em que fosse possível ela precisar e merecer essa tutela. Toda essa construção, dizia Windscheid, devia-se ao senso eminentemente prático dos juristas romanos, os quais levavam em conta o fato de que se é seguro de que um bem é devido a alguém só quando existe uma força suficientemente eficaz para lhe proporcionar de fato êsse bem, mesmo subtraindo-o a quem opõe resistência, mas devia-se também à particular posição do magistrado romano, o qual não era sujeito aos ditames do direito material, podendo antes negar o seu apoio àquele a quem o “*jus civile*” reconhecia um direito, ou vice-versa”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Polêmicas do Processo Civil. Revista dos Tribunais*, v.60, n. 424, fev. 1971, pp.21-33, p.22; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 69-70.

era “como um elemento intermediário, entre o direito subjetivo e a ação; e ele chamou a isso de ‘pretensão’, ‘*anspruch*’ em alemão”³⁴, para referir-se ao “direcionamento de um poder contra alguém”. Ela é o poder ou potencialidade de exigir algo de alguém, daí porque é considerada um elemento importante para compreender o que é a prescrição³⁵³⁶, uma vez que é um pressuposto dela³⁷.

A prescrição, por sua vez, foi definida por Pontes de Miranda como “[...] a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”³⁸, alcançando não apenas a ação, mas também a pretensão, encobrendo sua eficácia³⁹. Foi na pena do autor alagoano que a prescrição recebeu, na doutrina brasileira, o tratamento de uma exceção de direito material⁴⁰.

³⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo...*cit.*, p. 118-120.

³⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo...*cit.*, p. 121-122; SIMÃO, José Fernando. *Prescrição...cit.*, p.178.

³⁶ Tratando das exceções, Pontes de Miranda destaca que “[d]e ordinário, à pretensão do credor opõe-se a [exceção] do devedor. Porém não é necessário que a exceção só consista em encobrir a eficácia da pretensão; pode só encobrir a eficácia da ação, ou de outra exceção; e pode ir além: encobrir a eficácia do direito mesmo, ou de algum ou alguns dos seus elementos ou efeitos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado... cit.*, p. 81. Não obstante, tratando-se de exceção de prescrição, o autor é categórico: “A prescrição não atinge, *de regra*, somente a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta (*aliter*, alegação de compensação, que depois estudaremos), ou outra manifestação pretensional”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p.221.

³⁷ “Exceção não é pretensão, se bem que houvesse quem a considerasse e chamasse contrapretensão [...]. Em verdade, a exceção é defensiva, ao passo que agressiva a pretensão, uma das razões por que não há de admitir que se tenha como exceção o direito de impugnação ou a ação de anulação”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 223.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 219.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 221-222.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, *passim.*

Coube a ele elucidar que a exceção de direito material se contrapõe “à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção”⁴¹, ela não extingue direito (nem pretensão, ação ou outra exceção), pois atua encobrindo ou encapsulando a eficácia⁴².

Com essas lições, Pontes de Miranda resgatou um dos aspectos da *exceptio* no direito romano, que é justamente afim ao direito material e se coaduna perfeitamente à prescrição. É importante ressaltar, desde logo, que Pontes de Miranda não negava a exceção de direito processual, o mérito de sua obra, contudo, foi evidenciar que a exceção de direito material e a exceção de direito processual são duas classes de exceções⁴³, que não se confundem⁴⁴.

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 63-64.

⁴² “A exceção é a possibilidade jurídica de preavalecimento da eficácia de algum direito sobre a de outro ‘encobrindo-a’. De ordinário, vai contra a pretensão; porém seria erro dizer-se que é o poder de denegar-se o cumprimento de pretensão. Primeiro, porque pode ir contra a compensação, que é exercício de direito formativo, ou contra outra exceção. Segundo, contra exceções independentes”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 65.

⁴³ “A exceção, em direito material, contrapõe-se à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção. O excipiente exerce pretensão à tutela jurídica, como o que diz ter direito, pretensão e ação: ele o diz; por isso, excepciona. Alegada em juízo, é *res in iudicium deducta*; inconfundível, pois, com o direito ou a pretensão à tutela jurídica. Se há de ser postulada na defesa, ou em reconvenção, ou em incidente processual, isso é assunto de direito processual, que aqui não vem ao caso. Nem se há de dizer que toda exceção pressupõe processo, ou juízo, em que se oponha. Tem-se de abstrair tudo isso se se quer o conceito de exceção no direito material. O que importa é o seu conteúdo. A exceção também pode ser oposta extrajudicialmente. Exige-se a prova de o ter sido”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 63.

⁴⁴ “As exceções processuais dizem apenas ao próprio processo, haja ou não exceção substancial. As exceções substanciais se operam de igual forma, haja ou não ação processual. Reconduzir exceções de direito processual e exceções substanciais a uma categoria uma, uma espécie de guarda-chuva conceitual, é se perder em artificialismos contemporâneos para guardar simetria de conceitos históricos”. ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *Op. cit.*, p. 32.

Desde então, o caráter de direito material da exceção ganhou adesão⁴⁵, não apenas porque sua origem está muito mais atrelada ao campo material – embora a divisão entre direito processual e direito material fosse estranha aos romanos⁴⁶ – mas, sobretudo, porque esse reconhecimento tem implicações práticas relevantes, como a sua eficácia extrajudicial⁴⁷. Em síntese, exceção substancial, ou exceção de direito material, é uma classe de “contradireitos que se opõem à situação jurídica ativa afirmada pelo

⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Op. cit.*, passim; PRADO, Augusto César Lukascheck. *Op. cit.*, p. 143; SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p.185; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p.35-38; VASCONCELOS, Eneas Romero de. A prescrição...*cit.*, p.83.

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 63.

⁴⁷ Sobre o exercício extrajudicial das exceções, discorre Pontes de Miranda: “[a]lgumas nascem fora de toda a eficácia da relação jurídica, como, por vezes, o direito de retenção. [...] A exceção *non adimpleti contractus* pode ser exercida antes de nascer a pretensão; porque vai contra o direito. [...] A exceção é contradireito, mas apenas encobre outro, ou encobre a pretensão, ou a ação, ou a exceção, a que se opõe. Vista como efeito negativo, é direito à recusa da prestação extrajudicial e judicialmente, ou só judicialmente, porém, se aí confinássemos o conceito, deixaríamos de apontar outro efeito da exceção, que é o de obstar a compensação, ou às exceções, ou à justiça de mão própria, quando a lei permite. [...] Nos casos de justiça por si mesmo, há o resqúicio do justicamento pelas próprias mãos + a exigência pelo titular de pretensão. Tanto basta para se ter de reconhecer que as exceções lhe podem ser opostas. De modo que a justiça ou o desforço pessoal deixa de ser ‘legal’, se a exceção, invocada, deveria ter sido acolhida. [...] A exceção pode ser exercida tanto em juízo quanto fora dele. Levou-se longo tempo até se compreender que, pelo conceito de exceção de direito material, não poderia ela ser dependente de intencção de pleito. A exceção é *res in iudicium deducta*, se há processo; se não há, opõe-se cá fora, na vida extrajudicial. [...] As exceções podem exercer-se extrajudicial ou judicialmente, pelo ato de recusa (ato jurídico, *stricto sensu*, e não negócio jurídico). Sempre que o titular exerce o direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, extrajudicialmente, também o titular da exceção ou da réplica pode opô-la extrajudicialmente [...]. Se o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, é exercida extrajudicialmente, por meio de manifestação de vontade ao obrigado, o exercício da exceção, ou da réplica, segue a mesma via, em manifestação de vontade ao exercente do direito, pretensão, ação, ou exceção. A lei não exige forma especial”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p.62;64;66;80;170.

demandante, visando a neutralizar-lhe, temporária ou definitivamente, os efeitos”⁴⁸.

A prescrição se insere nesta categoria jurídica, porque constitui um contradireito, já que, verificados os elementos de seu suporte fático, ela confere ao seu titular um direito capaz de afastar a eficácia da pretensão⁴⁹. Ela pressupõe uma pretensão, uma ação ou um direito ao qual se opõe⁵⁰, não para extingui-lo, vale mais uma vez reforçar, mas para conter a sua eficácia⁵¹. Outrossim, considerá-la uma exceção de direito material significa que ela não é um meio de defesa qualquer, mas um argumento específico, que não nega o direito do autor, mas retira-lhe a eficácia⁵².

A Reforma promovida pela Lei n. 11.280/2006 reavivou a discussão acerca da natureza jurídica da prescrição como exceção de direito material. Isso porque, para a doutrina as exceções têm que ser exercidas

⁴⁸ OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁹ “A exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exerce com vistas a elidir as consequências jurídicas pretendidas pelo autor” Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p.285.

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 65.

⁵¹ “A exceção é contradireito, mas apenas encobre outro, ou encobre a pretensão, ou a ação, ou a exceção, a que se opõe. Vista como efeito negativo, é direito à recusa da prestação extrajudicial e judicialmente, ou só judicialmente, porém, se a[i] confinássemos o conceito, deixaríamos de apontar outro efeito da exceção, que é o de obstar à compensação, ou às exceções, ou a justiça de mão própria, quando a lei a permite. [...] A exceção pressupõe que o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, contra que se opõe, já haja nascido e subsista”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 64. “Conclusivamente, quanto ao já exposto, pode-se qualificar o suporte fático da prescrição como integrado pela existência de pretensão, o que reverbera na existência do próprio direito subjetivo, aliada à inércia que somente se justificará caso não existam causas que interrompam, suspendam ou impeçam seu transcurso, assim como a previsão de um prazo para exercício do direito, ou da pretensão. Tempo, pretensão e inércia”. Cf. STEINER, Renata. A ciência do lesado e o início do prazo prescricional. *Revista de Direito Privado*, v. 50, 2012, pp.75-92, item 2.1.

⁵² OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 33-34.

por seu titular, o excipiente⁵³. Entretanto, a referida lei revogou o art. 194 do Código Civil e deu nova redação ao § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, possibilitando que a prescrição fosse conhecida pelo juiz ‘de ofício’, sem alegação da parte, o que, para muitos, foi considerada uma afronta ao direito de renúncia da prescrição⁵⁴.

Parcela da doutrina entendeu que a nova lei não tinha “o condão de alterar a natureza do instituto”, pois é apenas uma consequência da política judiciária para redução de processos, e que é possível conciliar a normativa processualista e a natureza civilista do instituto, desde que seja instaurado e observado o contraditório⁵⁵. Além disso, a distinção entre institutos jurídicos deve ser de caráter ontológico, e não a partir de efeitos ou consequências jurídicas que decorrem da lei, e não de sua natureza inerente. Nesse sentido, a doutrina admitiu, com acerto, que “é possível que às exceções se aplique o regime jurídico das objeções, permitindo-se que, quando discutidas em juízo, o magistrado possa conhecê-las de ofício”, bem como “admite-se que às objeções se aplique o regime jurídico das exceções”, e mencionando inclusive exemplos em ambos os sentidos, concluiu tratar-se de questão contingencial submetida ao direito positivo⁵⁶.

⁵³ “As exceções têm de ser exercidas. Não porque estejam incluídas no rol do que se há de alegar em juízo, e sim porque falta, para a eficácia, que o titular do *ius exceptionis* o exerça. O exercício delas consiste em declaração de vontade. Aquele direito preexiste ao exercício; mais, ainda que o juiz o conheça, não o pode proclamar. Eis por que, de regra, a prescrição não pode ser declarada, se o beneficiado por ela não a opõe. Só o titular ou o que tenha poderes de representação pode exercer o *ius exceptionis*”. Os atualizadores da obra, em comentário sobre a Lei n. 11.280/2006, indicam que “a necessidade de exercício da exceção, como explica Pontes de Miranda neste parágrafo, deve ser entendida doravante como uma leitura teórica dissociada do quanto está positivado na legislação em vigor”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 213-214.

⁵⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil...*cit.*, p.112.

⁵⁵ SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p. 234 e 236.

⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p.50-51.

1.3 Um novo Código, antigas respostas e novas perguntas

O tratamento legislativo da prescrição no Código Civil de 1916 foi mais alvo de críticas do que de aplausos⁵⁷. A ausência de um tratamento específico para a prescrição e outro para a decadência dificultou a atividade do intérprete⁵⁸ e favoreceu a insegurança jurídica quanto a contagem e efeito dos prazos.

Na preparação do Código Civil de 2002 houve notória preocupação da comissão responsável pelo anteprojeto em conferir tratamento distinto a estes institutos⁵⁹, optando por inserir na Parte

⁵⁷ “Uma grande deficiência do Código velho se fazia sentir no tratamento dos prazos extintivos, já que eram todos eles englobados sob o nomen iuris de prescrição e, por isso, literalmente se regiam pelos mesmos princípios e regras”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil ...cit.*, p.148; “É verdade que na vigência do Código Civil de 1916 a confusão continuou reinando, porque o diploma não adotou qualquer critério de distinção entre prescrição e decadência. Pelo contrário, o art. 178 daquele Código utilizava o termo *prescreve*, e a doutrina e a jurisprudência levaram décadas para demonstrar que, na realidade, em diversos incisos, o dispositivo continha prazos de natureza decadencial”. SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p.157.

⁵⁸ Vale registrar que a ausência da distinção entre a prescrição e a decadência no Código Civil de 1916 não foi uma opção do Clóvis Bevilacqua, pois no projeto, ambos os institutos foram preservados, recebendo a prescrição tratamento em um único artigo da Parte Geral, enquanto a decadência era abordada de forma dispersa, por diversos dispositivos nas Partes Geral e Especial. Durante a tramitação da lei, na Câmara dos Deputados entendeu-se que a presença de ambos os institutos dificultaria sobremaneira a identificação dos mesmos e todas as referências à decadência foram suprimidas, restando apenas a prescrição. SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p.157.

⁵⁹ Miguel Reale, ao mencionar a atenção para a operabilidade no novo Código Civil, destaca a opção por soluções normativas que facilitassem a interpretação e aplicação das normas pelo operador do Direito, eliminando dúvidas que teriam persistido na legislação anterior. O primeiro exemplo dado pelo supervisor das Comissões de Elaboração e do Anteprojeto e de Revisão do Código Civil nesse sentido é exatamente a distinção entre a prescrição e a decadência, com esforços para identificar quais eram os casos de uma e de outra e, enumerando as hipóteses em que aplica-se a primeira em rol *numerus clausus*. Cf. REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Anais do Congresso “EMERJ Debate o Novo Código Civil”, Seminário “O Novo Código Civil e as Recentes Reformas no CPC”, realizado em 11.06.2002*, pp. 38-44, p.42. O mesmo

Geral “apenas, aos prazos de prescrição [...] os de decadência deverão ser colocados na Parte Especial”⁶⁰. Entretanto, ainda que louvando a opção do legislador⁶¹, a doutrina nacional foi identificando, com o vagar dos anos, hipóteses de prazos prescricionais na Parte Especial do Código Civil⁶².

destaque é feito por Josaphat Marinho, que foi o Senador designado Relator-Geral da Comissão Especial quando o então Projeto de Lei que viria a tornar-se o Código Civil de 2002: “[...] o Projeto inova em vários aspectos da Parte Geral, a exemplo: [...] i) no critério de diferenciar a prescrição e a decadência. Regula os casos de prescrição, quanto às causas que a impedem ou suspendem, às que a interrompem, aos distintos prazos (arts. 188-204). A propósito da decadência, a par de outras regras específicas, estabelece: “Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição” (art. 206). É claro o objetivo de evitar confusão entre as duas formas extintivas de direitos, que tanto proliferou sob o Código atual. Por isso o Professor Miguel Reale acentua que “não haverá dúvida nenhuma: ou figura no artigo que rege as prescrições, ou então se trata de decadência”. MARINHO, Josaphat. O projeto do novo Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, abr.-jun. 2000, pp.5-13, p.7.

⁶⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro*. Subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.

⁶¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p.110-111; VASCONCELOS, Eneas Romero de. *Op. cit.*, p.88.

⁶² São exemplos elencados pela doutrina: a pretensão da ação de petição de herança (art. 1824, do CC), a sobrepilha de bens sonogados (art. 2.022, do CC); O prazo para abatimento do preço, pois embora o art. 445 do CC fale em ‘decaimento do direito’, trata-se de um direito a uma prestação; as pretensões oriundas da compra e venda de imóvel cuja área não corresponder às dimensões descritas estão sujeitas ao prazo decadencial (arts. 500 e 501 do CC); a pretensão de indenização/reparos contra o empreiteiro (art. 618, parágrafo único, do CC); a ação de indenização do transportador contra o remetente por informações falsas ou descrições inexatas dos bens transportados (art. 745, CC). Cf. AMORIM, Tatiana Tenório de. Prescrição e decadência...*cit.*, p.84-85. Também a resolução do contrato é considerada pela doutrina um direito formativo extintivo, ou direito potestativo, mas está submetido ao prazo prescricional. Cf. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: RT, 2022, RB 5.1. e 5.4. Sobre a natureza do prazo para exercícios decorrentes de doação inoficiosa, de vício redibitório e da compra e venda *ad mensuram* entende ser prazo decadencial: SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p. 242-245 e 251-261.

Os efeitos da prescrição também foram debatidos pelos membros da comissão, e apenas na última revisão do Anteprojeto acolheram a tese de que a pretensão é o objeto da prescrição, aproximando-se, assim, da teoria alemã (*Anspruchsverjährung*)⁶³. Nota-se que essa opção foi mantida no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, com rejeição das emendas que pretendiam alterá-la⁶⁴, e alvo dos seguintes comentários da Comissão Revisora:

Desde que o Projeto – para evitar a discussão sobre se a ação prescreve, ou não – adotou o vocábulo ‘pretensão’, para indicar que não se trata do direito subjetivo público abstrato de ação, era preciso dizer o que entendia por *pretensão*. Daí o art. 187, que tem a virtude de indicar que a prescrição se inicia no momento em que há violação do direito. Em se tratando dos denominados direitos potestativos, como são eles invioláveis, não há que falar em prescrição, mas, sim, em decadência. *Para aperfeiçoar-se* o texto do art. 187, pode-se retirar o adjetivo ‘subjetivo’, pois, se se alude à violação de direito, não é preciso dizer que se trata de direito subjetivo, porque só o direito subjetivo pode ser violado, já que o direito potestativo é insusceptível de violação e, portanto, de pretensão.’

‘A expressão ‘ação’ usada pelo Código Civil é atacada pelos processualistas que salientam que ação, sendo direito subjetivo público abstrato, independe do direito material, e não prescreve. Acentuam que o que prescreve é o direito. Outros aludem à ação em sentido material. Para evitar a discussão, e para atender à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, usou-se, no Projeto, do termo

⁶³ “Ademais – e para evitar a controvérsia sobre se a ação prescreve -, adota o art. 215 do Anteprojeto a tese da prescrição da pretensão (*Anspruch; pretesa*)”. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral...cit.*, p.86-87. Ao final da página 87, em nota não numerada, o autor complementa: “Essa proposta não foi acolhida, de início, pela Comissão Elaboradora e Revisora, motivo por que, no Anteprojeto de 1972, persiste a alusão de prescrição da *ação*. Mais tarde, quando da última revisão do Anteprojeto (que se transformou no Projeto encaminhado ao Congresso), vingou a tese sustentada, no texto, de que o que prescreve é a *pretensão* (*Anspruch*)”.

⁶⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral...cit.*, p. 157-158.

‘pretensão’, que diz respeito a figura jurídica do campo do direito material, e se conceituou o que, no Projeto, se entende por essa expressão (art. 187). Procurou-se sanar, assim, uma falha de ordem técnica do Código Civil.

Os atualizadores do VI tomo do Tratado de Direito Privado, observaram que o legislador do Código Civil de 2002, ao referir-se à pretensão como objeto da prescrição (art. 189), tratou da *actio* em sentido material, tal como descrita por Savigny no “Sistema de Direito Romano Atual”, e do conceito de pretensão exposto por Pontes de Miranda⁶⁵. Essa afirmação é confirmada por José Carlos Moreira Alves, o responsável pela Parte Geral do anteprojeto do Código Civil de 2002, ao verificar que foi mantida a opção da comissão de apontar a pretensão como objeto da prescrição⁶⁶:

Como se sabe – e a esse propósito são dignas de ser lidas as páginas escritas por Pugliese (*Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, n. 43, p. 253 e s.) – não é bem definido, na doutrina, o conceito de pretensão.

O Projeto considera como pretensão o que Savigny denominava *ação em sentido substancial ou material*, em contraposição à *ação em sentido formal ou processual*. Com efeito, escreve Savigny (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. Scialoja, v. 5, §205, p. 5):

‘Il rapporto qui descritto nascente della lesione del diritto si chiama *diritto ad agire* od anche *azione*, quando si riferisca questa espressione alla semplice facoltà dell’offeso: la si adopera infatti anche per designare l’effettiva attività dell’offeso, la quale si manifesta in forma determinata, nel qual caso essa significa il fatto stesso dell’agire e quindi (ne presupposto del processo scritto) è sinonima di citazione o libello introduttivo. Qui può parlarsi soltanto dell’azione in quel primo (sostanziale) significato della parola, cioè del diritto

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 228.

⁶⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral...cit.*, p. 157, nota de rodapé n.7.

d'agire: l'azione nel secondo significato (formale), ossia l'atto, mercè cui si fa valere il diritto, colle sue condizioni e forme, spetta alla teoria della procedura⁶⁷.

Observa Pugliese (*Actio*, cit., p. 253, nota 1) que, em verdade, Windscheid, ao conceber a pretensão (*Anspruch*), nada mais fez do que dar a denominação de pretensão ao que Savigny chamava *ação em sentido material*, e isso porque Windscheid a 'concepe como um direito do chiedere l'eliminazione della violazione di un diritto primário (in special modo di un diritto reale) e pertanto come una figura diversa sai da codesto diritto (il quale ne sarebbe il fondamento), sia *dall'actio* (la quale sarebbe condizionata ala mancata soddisfazione dell'*Anspruch*)'⁶⁸ (*Actio*, cit., p.253).

Regelsberger (Pandekten, erster Band, Leipzig, 1893, §52, III, p.213-14) também salienta que 'Der mit Klage verfolgbare Anspruch heisst bei den Römern gleichfalls *Actio* (im materiellen Sinn)' (Pretensão susceptível de se perseguir com ação se chama, entre os romanos, do mesmo modo, *actio* em sentido material').

⁶⁷ Tradução livre: 'A relação aqui descrita nasce da violação do direito e se chama *direito de agir* ou mesmo *ação*, quando se refira esta expressão à simples faculdade do ofendido: na verdade ela é também usada para designar a efetiva atividade do ofendido, a qual se manifesta de forma determinada, caso que significa o próprio fato de propor a ação e, portanto (como pressuposto do processo escrito) é sinônimo de citação ou chamamento introdutório. Aqui só se pode falar de ação naquele primeiro sentido (substancial) da palavra, isto é, do direito de agir: a ação no segundo significado (formal), ou seja, o ato graças ao qual o direito é exercido, com suas condições e formas, cabe à teoria do processo'.

⁶⁸ Tradução livre: 'concebe como um direito de solicitar a eliminação da violação de um direito primário (especialmente de um direito real) e, portanto, como uma figura diversa deste direito (que seria o seu fundamento), e da ação (a qual seria condicionada à falha da *Anspruch*)'.

Conquanto o legislador brasileiro tenha se alinhado à teoria alemã da pretensão (*Anspruch*)⁶⁹, opção festejada pela doutrina nacional⁷⁰, a concepção brasileira sobre a pretensão acabou se afastando das suas origens⁷¹. Outrossim, o louvável esforço da comissão de revisão não evitou a propagação de desentendimentos que fizeram do conceito de pretensão um dos mais intrincados no direito brasileiro⁷², a ponto de considerar que nenhum conceito foi dado pelo legislador⁷³.

⁶⁹ RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. A singularidade interruptiva da prescrição civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 49, jul-dez 2006, pp.133-144, p. 133-134; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 106.

⁷⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p.109;.

⁷¹ “Não há correspondência entre o conceito de pretensão do art. 189 e o quanto desenvolvido nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1900 e o que restou aprovado em sua redação final”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Op. cit.*, p. 418.

⁷² “Pretensão não é palavra contraditória na terminologia legal brasileira. Não a contém o Código Civil de 1916, nem – salvo omissão involuntária – qualquer das inúmeras leis que o modificaram ou que regularam em separado matérias específicas. Ela aparece no texto de diploma recente, a Lei nº 10.352, de 26.12.2001, que deu nova redação ao art. 527 do Código de Processo Civil, a fim de atribuir ao relator do agravo de instrumento, no tribunal, competência para ‘definir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal’ (nº III). Logo se vê que o sentido, aí, é particular: ‘pretensão recursal’ nada mais significa que aquilo que o agravante visa a obter mediante o julgamento do recurso. [...] O novo Código Civil, baixado pela Lei nº 10.406, de 10.1.2002, e destinado a entrar em vigor em 11.1.2003, usa a palavra no art. 189, para designar o objeto da prescrição: ‘Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206’. Sem consagrar propriamente uma definição, o texto ministra aos estudiosos indicações que os devem guiar na construção dogmática”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p.67-68.

⁷³ “O elemento comum a ambas as normas [art. 189 do CC/2002 e §194, I, BGB] reside em identificar a pretensão como o objeto da prescrição. Ao contrário do legislador brasileiro, porém, o alemão animou-se a oferecer uma definição da pretensão (*Anspruch*), cujo núcleo consiste num ‘direito de exigir’”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p.68. Em semelhante sentido: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p.106.

Apesar de o legislador brasileiro não ter conceituado a pretensão, diferente do que fez o alemão, a doutrina brasileira empenhou-se em atribuir-lhe um sentido semelhante ao que pode ser encontrado no BGB. Assim, há um razoável consenso de que a pretensão seria “o poder de exigir uma prestação de outrem”⁷⁴. Em contraste com o direito subjetivo, que é o equivalente à situação jurídica ativa, destituída de exigibilidade, da possibilidade de exercício e produção de efeitos na esfera jurídica alheia; a pretensão é o que torna dinâmica a situação jurídica, pois é o poder de exigir a prestação e, com isso, exercer as potencialidades que o direito subjetivo confere ao seu titular.

A opção legislativa e a construção doutrinária desenvolvidas a partir de então confirmam a natureza jurídica da prescrição como uma exceção de direito material. Entretanto, se esse esforço apaziguou a discussão sobre a natureza jurídica da prescrição, muitas outras controvérsias permaneceram e tantas mais surgiram sobre a prescrição no Código Civil de 2002.

Em certa medida, algumas dificuldades foram causadas pela permanência de critérios desenvolvidos na vigência da legislação anterior⁷⁵ a orientar a aplicação da prescrição em situações que já deveriam ser reguladas pela nova lei⁷⁶, especialmente no que concerne a identificação dos prazos de prescrição conforme a natureza da pretensão⁷⁷. Sobre essa questão, que será abordada adiante, já tivemos a oportunidade de nos manifestar em defesa do atual sistema, que prevê um rol de prazos específicos no art. 206, e, ainda, um prazo geral no art. 205 do Código Civil, lógica que deve ser observada.

⁷⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p.106.

⁷⁵ A classificação em direitos pessoais e reais não tem relevância para fins de identificação do prazo prescricional.

⁷⁶ Também na doutrina essa resistência foi percebida. Cf. VASCONCELOS, Eneas Romero de. *Op. cit.*, p.83.

⁷⁷ BELLIZZE OLIVEIRA, Marco Aurélio. Questões polêmicas sobre a prescrição. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 123-166, p. 126-127.

A propósito, essa nova forma de disposição dos prazos prescricionais impõe a revisão do preceito de que as normas que introduzem casos especiais de prescrição devem ser interpretadas de maneira estrita, porque limitam o gozo de direitos⁷⁸. Isso porque, na linha perfilhada pelo Código Civil de 2002, a prescrição não tem qualquer efeito extintivo, tanto menos sobre um direito, uma vez que ela atua encapsulando a eficácia da pretensão. Nesse sentido, é necessário abandonar uma perspectiva de que a prescrição seria um benefício legal em favor do devedor que não honra seus compromissos, ou uma punição a quem não zela por seus direitos. O verdadeiro fundamento da prescrição no sistema jurídico brasileiro atual é a segurança jurídica,⁷⁹ “[...] é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida”, na medida em que “a proteção, que se contém nas regras jurídicas sobre prescrição, corresponde à experiência humana de ser pouco provável a existência de direitos, ou ainda existirem direitos, que por longo tempo não foram invocados”⁸⁰.

No que concerne ao texto da lei, a redação final do art. 189 do Código Civil sugere que (i) a pretensão nasce da violação do direito e (ii) a prescrição extingue a pretensão⁸¹. Contudo, essas afirmativas podem conduzir a conclusões equivocadas, que prejudicam o entendimento da

⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, item 284, p. 222.

⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Actio nata e prescrição – Parecer. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 24, abr.-jun. 2020, pp.199-223, p.211-214.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p.219.

⁸¹ A atual redação do §194, 1 e §214 do BGB são mais felizes por evitarem essas conclusões: §194 objeto da prescrição (1) O direito de exigir de outrem um *facere* ou um *non facere* (*‘Pretesa’ – Anspruch*) é sujeito à prescrição. §214 – Efeitos da prescrição (1) Decorrido o prazo prescricional, o devedor tem o direito de recusar a (realizar) a prestação. (2) A prestação executada para satisfazer uma pretensão prescrita não pode ter o reembolso solicitado, ainda que tenha sido executada na ignorância do prazo prescricional. O mesmo aplica-se ao reconhecimento da pretensão feito em contrato pelo devedor ou a uma garantia por ele eventualmente prestada.

doutrina acerca da prescrição e contribuem apenas para a escassez de consensos e segurança na matéria⁸².

Considerar a violação do direito um pressuposto necessário do nascimento de qualquer pretensão é uma conclusão incorreta, pois “a pretensão, enquanto poder de exigir uma prestação de outrem, surge independentemente de qualquer violação ao direito que lhe é correspondente”⁸³. Admitir o contrário incorreria em negar a existência das pretensões inibitórias, cujo escopo é, justamente, evitar a violação de um direito ou mesmo a prática de um ato ilícito.

José Carlos Barbosa Moreira, criticando o dispositivo, explicou que tal raciocínio não se aplica às pretensões de direitos reais⁸⁴, às quais Pontes de Miranda já acrescentava as pretensões pessoais de abstenção⁸⁵.

⁸² STEINER, Renata. A ciência do lesado...*cit.*, item 2.1.

⁸³ A doutrina menciona vários exemplos para confirmar o equívoco de considerar que a pretensão nasce, apenas, com a violação do direito, como: o advento do termo para a devolução de uma importância mutuada não representa a violação do contrato ou do direito do credor mutuante. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p.115.

⁸⁴ “O proprietário, sem sombra de dúvida, tem o poder de exigir que outrem – seja quem for – lhe respeite a propriedade, se abstenha de praticar ato que a lese; por exemplo: contra a vontade do dominus, ocupe a casa, ou a destrua no todo ou em parte; ou dela retire o que quer que seja. Essa pretensão (à abstenção) é anterior a qualquer direito lesivo, o qual talvez jamais ocorra. Sem dúvida, praticado que seja ato lesivo, nasce para o infrator uma obrigação, v.g. a de restituir a coisa subtraída, ou de ressarcir o dano por ela sofrido. Ai, contudo, já se está diante de outra pretensão. Não parece de bom alvitre confundir as duas figuras, ou reduzi-las a uma única. Há a pretensão à abstenção e a pretensão à restituição, ou em termos gerais à reparação do dano causado por quem, devendo abster-se, não se absteve. O fato de nascer a segunda não cancela a existência, anterior, da primeira. Em suma: a despeito de sua letra, o art. 189 não pode ser entendido como se excluísse a possibilidade de pretensões que precedem a violação, ou até prescindem dela”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 71-72. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 240-241.

⁸⁵ Tal como nas pretensões fundadas em direitos reais, as prestações pessoais de abstenção, quando violadas dão origem à outra pretensão de reparação, restituição ou indenização, que não se confunde com a primeira, que é a pretensão de abstenção. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* p. 241.

No intuito de melhor direcionar a interpretação do referido dispositivo legal, foi editado o Enunciado 14 da I Jornada de Direito Civil que rechaça a tese de que o surgimento da pretensão se dá com a violação do direito subjetivo⁸⁶, bem como direciona a literalidade do artigo aos casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer. Em nota, os atualizadores do Tomo VI do Tratado de Direito Privado observam que a recusa antecipada ao cumprimento, que ocorre antes do nascimento da pretensão, também enfraquece a conclusão de que a pretensão nasce com a violação do direito⁸⁷.

Em síntese, ainda que a violação de um direito subjetivo enseje o nascimento de uma pretensão, nem toda pretensão é oriunda da violação de um direito subjetivo. O risco de uma interpretação literal e precipitada do art. 189 do Código Civil é limitar a compreensão sobre o que vem a ser a pretensão.

A extinção da pretensão pela prescrição, de igual modo, não parece uma conclusão acertada⁸⁸. Lembre-se, a propósito, da lição de Pontes de Miranda apontando que a prescrição atua encobrendo a eficácia da prestação, e não subtraindo sua existência⁸⁹. Mais do que um adorno teórico, essa afirmação se relaciona à natureza jurídica da prescrição, e é corroborada pela possibilidade de renúncia, prevista no art. 191⁹⁰ do Código Civil, e pela irrepetibilidade do pagamento de dívida prescrita, estabelecida no art. 882 do mesmo diploma legal. Esses equívocos acabam atrapalhando a compreensão da natureza da prescrição como uma exceção

⁸⁶ “1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer”

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 212.

⁸⁸ STEINER, Renata. *Op. cit.*, item 2.1

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 61-69. No mesmo sentido: AMORIM, Tatiana Tenório de. *Op. cit.*, p. 100.

⁹⁰ SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p. 193.

de direito material⁹¹, a despeito das escolhas expressamente feitas pelo legislador em 2002.

Um terceiro aspecto, não menos importante que os anteriores, é a significativa redução dos prazos prescricionais promovida pelo Código Civil de 2002⁹². A adequação dos prazos está sujeita ao contexto social e civilizacional em que a norma é elaborada e deverá ser aplicada, por isso compete ao legislador definir sua extensão temporal, mesmo na ausência de critérios científicos para tanto⁹³.

Não é difícil perceber como a sociedade e as relações, inclusive jurídicas, se tornam mais dinâmicas e, em certo sentido, até mesmo instantâneas, a cada dia. Ainda no início da década de 1950 observou Pontes de Miranda “a vida corre célere – mais ainda na era da máquina”⁹⁴,

⁹¹ “Da equívoca afirmação de uma peremptória extinção da pretensão, decorre um embaraço à compreensão de que a prescrição seria não uma causa extintiva, peremptória em sua aplicação, mas uma exceção substancial a ser oposta pelo interessado”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p.111.

⁹² AZÁRIO, Márcia Pereira. A Parte Geral do Código...*cit.*, p.89-90.

⁹³ Claus Wilhelm Canaris comenta que o fundamento para as exceções ao regime geral da prescrição no direito alemão após a reforma de 2002 é a natureza do bem jurídico em causa, a classificação e o valor particular que alguns bens jurídicos da próprios da personalidade, foi o critério legislativo para a distinção. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Contenuti fondamentali e profili sistematici del *gesetz zur modernisierung des schuldrechts**. Trad. Marcello Farneti e Sonja Haberl . In: CRISTOFATO, Giovanni de (a cura di). *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni con testo italiano delle norme del BGB interessate dalla riforma e nota bibliografica*. Padova: Cedam, 2003, pp.7-96, p. 93.

⁹⁴ “Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade. Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia prestacional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina. Os prazos do Código Comercial correspondem à concepção de vida já ultrapassada; porém o mesmo já se pode dizer de alguns prazos do Código Civil. A vida corre célere – mais ainda na era da máquina”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 219-220.

ao comentar sobre os prazos prescricionais do Código Comercial de 1850 e os estabelecidos no Código Civil de 1916. O que dizer do tempo na era da internet, da inteligência artificial e da revolução digital?

Dessa forma, se o âmbito de definição dos prazos prescricionais é, por excelência, o legislativo, as propostas de ajustes na matéria são adequadas no contexto de atualização da lei civil⁹⁵. Além disso, considerando que o fundamento da prescrição é a garantia da segurança jurídica, o encurtamento dos prazos por iniciativa legal tende a ser bem recebido⁹⁶, assim como ajustes que proporcionem certeza quanto a identificação e duração do prazo correspondente a cada pretensão.

Conforme já mencionado, o Código Civil de 2002 promoveu a redução do prazo geral de prescrição para 10 (dez) anos⁹⁷ no art. 205. Entretanto, ela não foi suficiente para simplificar a aplicação dos prazos prescricionais às respectivas pretensões, pois “o prazo geral é soterrado de especiais”⁹⁸, em uma lista com diversas exceções elencadas ao longo

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 239.

⁹⁶ “Efetivamente, a substancial redução dos prazos prescricionais operada pelo Código Civil de 2002, em cotejo com o diploma de 1916, não representou, como açodadamente poderia se supor num primeiro momento, menor proteção ao direito ameaçado ou lesado, de modo a limitar o exercício da cidadania, na defesa dos direitos. [...] Por conseguinte, a eleição de prazo razoável e suficiente, condizente, inclusive, com a revolução tecnológica produzida nos meios de comunicação e de informação, tal como proposto pelo Código Civil de 2002, em sua base empírica e científica, corrobora, indiscutivelmente, para a efetivação dos direitos”. BELLIZZE OLIVEIRA, Marco Aurélio. *Questões polêmicas...cit.*, p. 124-125.

⁹⁷ Na versão original do Código Civil de 1916, o prazo geral de prescrição era de 30 (trinta) anos para as ações pessoais, e de 10 (dez) a 20 (vinte) anos para as ações reais, conforme corresse entre presentes ou ausentes (estes considerados os que moravam em cidades distintas). Em 1955 a Lei n. 2.437/1955 reduziu os prazos das ações pessoais para 20 (vinte) anos e o prazo das ações reais entre ausentes para 15 (quinze) anos, mantido o prazo decenal para as ações reais entre presentes. Com o Código atual, aplica-se o prazo geral de 10 (dez) anos indistintamente para pretensões originadas de posições jurídicas pessoais ou reais, entre presentes ou ausentes”. Cf. ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *Op. cit.*, p.19.

⁹⁸ ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *Op. cit.*, p.19.-20.

dos parágrafos do art. 206, entre as quais encontram-se: pretensões de hospedeiros e fornecedores, de segurado contra o segurador, de peritos e tabeliães, de acionistas e credores quando a sociedade é liquidada, prestações alimentares, aluguéis, prestações vencidas de rendas, prestações acessórias pagáveis em período não maior do que um ano, enriquecimento sem causa, pretensões de reparação civil, restituição de lucros e dividendos recebidos de má-fé, de títulos de crédito, cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, pretensões de profissionais liberais e do vencedor em relação ao vencido quanto à restituição das despesas em juízo. São 23 (vinte e três) hipóteses especiais apenas no referido dispositivo, sem mencionar casos específicos da Parte Especial ou previstos na legislação extra Código⁹⁹.

⁹⁹ “Usar o prazo geral, contudo, é uma exceção no cotidiano. O Código elenca vinte e uma regras especiais, abrangendo tudo desde a reparação civil ao enriquecimento sem causa, da cobrança de aluguéis aos valores líquidos previstos em instrumento público ou particular. O prazo geral é soterrado de especiais e, aqui, começam as razões para crítica ao texto legislativo. Como se disse na primeira linha deste estudo, a prescrição tem seus pés fincados na segurança jurídica. Não casualmente, o esforço legislativo geral é de simplificação de seu regime, a bem do adequado planejamento do particular. O Código se distancia muito desse objetivo quando (i) cria duas dezenas de regras específicas em seu corpo central, ainda mais do que as 18 (dezoito) positivadas em 1916; e (ii) as cumula, sem esclarecer o regime defluente dessa ligação, com outras regras prescricionais insertas em diplomas de grande relevância como o Código de Defesa do Consumidor (art. 27), Decreto n. 20.910/32 (art. 1º a 10) a Lei das S.A. (v.g. art. 287). Esse problema se agrava quando se tem em conta que figuras centrais do Direito Privado foram referidas em matéria de prazos especiais, sem delimitação exata de seu espectro normativo. Apenas para exemplificar, o Código cogita de (i) prazo trienal de ‘reparação civil’ (CC, art. 206, §3º, V) sem esclarecer se cuidar apenas de responsabilidade aquiliana (como faz com nitidez o *Codice*, art. 2.947); e (iii) prazo igualmente trienal atinente a ‘enriquecimento sem causa’ (CC, art. 206, §3º, IV) sem explicar se a disciplina repousa apenas sobre a figura excepcional da parte especial (CC, art. 884 e ss) ou sobre todos os desdobramentos normativos naturais decorrentes do enriquecimento injustificado, como a tutela restitutória de pagamento indevido (CC, art. 876 e ss.)”. ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *Op. cit.*, p.19-20

Esse panorama se assemelha àquele descrito por Claus-Wilhelm Canaris no direito alemão, anterior à reforma de 2002¹⁰⁰. A solução proposta na *Schuldrechtsmodernisierung*¹⁰¹ foi a combinação de um sistema subjetivo de prazos prescricionais, caracterizado por determinar o início da fluência do prazo prescricional quando o credor toma ou deveria tomar conhecimento das circunstâncias que constituem a reclamação e de quem é o devedor, com o sistema objetivo¹⁰², cuja referência é o instante em que

¹⁰⁰ “Na realidade, a prescrição constituía uma das piores partes do nosso Código Civil. O prazo regulamentar da prescrição era de 30 anos (de acordo com o §195 da antiga versão do CCA) sendo, portanto, um período muito longo. O aspecto mais crítico, entretanto, era que esse prazo de prescrição estava sujeito a diversas exceções cujas justificativas, na maioria das vezes, eram obscuras e fundamentadas em tradições históricas, sem fundamentos racionais. Portanto, não seria possível apenas reduzir o prazo para um período inferior a 30 anos. Ao invés disso, a solução a ser encontrada deveria basear-se em um modelo muito mais simples que conseguisse reduzir, significativamente, o número de diferentes prazos em vigor”. CANARIS, Claus Wilhelm. *O novo direito das obrigações...cit.*, p.110-111.

¹⁰¹Embora a mudança tenha ocorrido no contexto da modernização do direito das obrigações, a prescrição é tratada na Parte Geral do BGB, assim como no Brasil. Na verdade, a reforma do direito alemão envolveu a prescrição, inexecução e execução deficiente de obrigações e contratos de venda de bens e prestação de serviços, mesmo que não relacionados ao direito do consumidor. Cf CANARIS, Claus Wilhelm. *O novo direito das obrigações...cit.*, p. 108.

¹⁰²“No centro da Reforma, certamente está a drástica diminuição do prazo geral de prescrição, a ser aplicado quando inexistente outra previsão específica: no regime anterior, tal se dava em 30 (trinta) anos; o atual, em 3 (três) anos, contados a partir do termo do ano em que reunidas as condições para sua implementação. A notável redução foi compensada com a inclusão de requisito subjetivo ao início do cômputo do prazo, outrora inexistente. Fala-se, então, de abandono do sistema objetivo anterior, em favor de um sistema subjetivo. Em outras palavras, o conhecimento do ofendido acerca da lesão a direito passou a ser requisito expresso da configuração do início do prazo prescricional, não se podendo falar de termo a quo sem a confluência deste elemento”. STEINER, Renata. *Op. cit.*, item 4.

nasce a pretensão¹⁰³. As exceções à regra geral diminuíram¹⁰⁴ e as novas disposições conduziram a uma considerável simplificação e uniformização do regime normativo da prescrição¹⁰⁵ no ordenamento alemão.

No Brasil, a definição do termo inicial da prescrição está tradicionalmente relacionada à teoria da *actio nata*¹⁰⁶ sob o viés objetivo, que tem maior prestígio doutrinário¹⁰⁷ e jurisprudencial¹⁰⁸. Nessa vertente,

¹⁰³“De acordo com a nova lei, a prescrição só começa a contar quando o credor toma conhecimento ou deveria tomar conhecimento, com exceção dos casos de negligência grosseira, das circunstâncias que constituem a reclamação e a identidade do devedor (§199, I, do CCA). Isso permite uma redução drástica da duração do prazo – especificamente, para um período de três anos (§195 do CCA). No entanto, esse modelo apresenta uma deficiência, qual seja, que o início da prescrição não é certo, podendo ser postergado indefinidamente. Como consequência, o sistema subjetivo deve ser complementado pelo sistema objetivo. Isso significa que o prazo de prescrição, que começa com o conhecimento do credor, tem de estar relacionado a outro prazo que começa assim que nasce o direito de pleitear. Esse prazo objetivo adicional na nova legislação alemã é de dez anos (§199, III do CCA). Logo, de modo geral, o pleito prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o credor toma conhecimento da sua existência, ou não o faz devido a uma negligência grosseira, havendo porém um prazo máximo de dez anos a contar da data em que passa a existir o direito de pleitear. Essa solução é uma combinação dos sistemas objetivo e subjetivo, não representando nenhuma novidade na legislação alemã pois, na realidade, já vigorava da forma praticamente idêntica na área de responsabilidade civil (em consonância com o +852 da antiga versão do CCA). Portanto, o que constituía uma exceção tornou-se a regra”. CANARIS, Claus Wilhelm. *O novo direito das obrigações...cit.*, p. 111.

¹⁰⁴Prescindem do prazo objetivo tem duração de trinta anos nos casos de violação dos direitos à vida, à saúde, à integridade física ou a liberdade, sendo que nos demais casos o prazo é decenal. Os direitos relativos à bens imóveis prescrevem em dez anos CANARIS, Claus-Wilhelm. *Contenuti fondamentali e profili sistematici...cit.*, p.88

¹⁰⁵CANARIS, Claus-Wilhelm. *Contenuti fondamentali e profili sistematici...cit.*, p.89.

¹⁰⁶SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p. 204.

¹⁰⁷NERY JUNIOR, Nelson. *Actio nata e prescrição ...cit.*, p.205-206; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p.118.

¹⁰⁸STJ, Recurso Especial 2.078.357/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 3.10.2023, *DJe* 9.10.2023; STJ, Recurso Especial 1848369/MG, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 13.12.2022, *DJe*

considerada a regra geral do Código Civil, o início da contagem do prazo prescricional não está condicionado à ciência do lesado¹⁰⁹. Contudo, há na própria legislação hipóteses em que o início da fluência do prazo

06.03.2023; STJ, Recurso Especial 1611929/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 16.08.2022, *DJe* 14.12.2022; STJ, Recurso Especial 1681253/PR, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 6.12.2022, *DJe* 9.12.2022; STJ, Recurso Especial 1777499/RS, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 22.11.2022, *DJe* 6.12.2022; STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 1260418/MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 26.10.2022, *DJe* 24.11.2022; STJ, Recurso Especial 1919523/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 21.06.2022, *DJe* 23.06.2022; STJ, Recurso Especial 1758298/MT, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 03.05.2022, *DJe* 05.05.2022; STJ, Recurso Especial 1897367/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 08.02.2022, *DJe* 02.03.2022; STJ, Recurso Especial 1959271/CE, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 08.02.2022, *DJe* 14.02.2022; STJ, Recurso Especial 1901454/PR, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 08.02.2022, *DJe* 10.02.2022; STJ, Recurso Especial 1840570/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 16.11.2021, *DJe* 23.11.2021; STJ, Recurso Especial 1460053/PE, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 28.09.2021, *DJe* 01.10.2021; STJ, Recurso Especial 1810399/GO, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 06.04.2021, *DJe* 26.04.2021; STJ, Recurso Especial 1861289/SP, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 24.11.2020, *DJe* 16.03.2021; STJ, Recurso Especial 1861295/SP, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 24.11.2020, *DJe* 12.03.2021; STJ, Recurso Especial 1842120/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 20.10.2020, *DJe* 26.10.2020; STJ, Recurso Especial 1844138/PE, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 22.09.2020, *DJe* 9.10.2020; STJ, Recurso Especial 1784737/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 25.08.2020, *DJe* 02.10.2020; STJ, Recurso Especial 1859409/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 16.06.2020, *DJe* 25.06.2020; STJ, Recurso Especial 1735017/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 11.02.2020, *DJe* 14.02.2020; STJ, Recurso Especial 1719131/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 11.02.2020, *DJe* 14.02.2020.

¹⁰⁹“Não se inspira a prescrição na culpa e tampouco na má-fé. Só o decurso do tempo e a falta de exercício da pretensão bastam, objetivamente, para configurar a prescrição”. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. Prescrição da pretensão de herança. *Revista dos Tribunais*, v. 110, n. 1026, abr. 2021, p. 192.

prescricional está condicionado à ciência do detentor da pretensão¹¹⁰, como nos contratos de seguro (art. 206, § 1º, II, do Código Civil)¹¹¹, na reparação de danos por infração à ordem econômica¹¹² (art. 46 –A, §§ 1º e 2º da Lei n. 12.529/2011)¹¹³ e na reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor).

Na doutrina, há quem defenda a recepção do elemento subjetivo no suporte fático da prescrição¹¹⁴. Uma corrente mais moderada sustenta que o início da contagem do prazo depende da natureza da pretensão cuja eficácia a prescrição encobrirá: se for uma pretensão contratual, o mero descumprimento é suficiente para que comece a fluir a prescrição; nas hipóteses de ilícito civil, porém, a prescrição só pode ser contabilizada a partir da ciência do dano-prejuízo pelo lesado¹¹⁵.

A subcomissão responsável pela atualização da Parte Geral do Código Civil filiou-se à vertente subjetiva da teoria da *actio nata*, porém de forma temperada. Na proposta, a regra geral para o início da contagem do prazo é o momento em que o titular do direito tem, ou

¹¹⁰Exemplo é o prazo de prescrição da pretensão do segurado contra o segurador, prevista no art. 206, §1º, II, a e b, do Código Civil de 2002. Na legislação especial menciona-se o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação é específica das relações consumeristas.

¹¹¹STJ, Recurso Especial 2.063.132/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/6/2023, *DJe* de 19/6/2023; STJ, Recurso Especial 1.970.111/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/3/2022, *DJe* de 30/3/2022; STJ, Recurso Especial 1.757.934/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/2/2020, *DJe* de 13/2/2020;

¹¹²Na hipótese de reparação de danos por prática anticoncorrencial não reconhecida pelo CADE como cartel, a Quarta Turma aplicou o prazo do art. 206, §3º, V, do Código Civil, porém considerando o termo inicial como a data da ciência do fato danoso, nos moldes da Lei 12.529/2011. Cf.: STJ, Recurso Especial 1.971.316/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2022, *DJe* de 14/12/2022.

¹¹³STJ, Recurso Especial 2.095.107/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 3/10/2023, *DJe* de 6/10/2023.

¹¹⁴STEINER, Renata. *Op. cit.*, item 5.

¹¹⁵SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p. 209-216.

deveria ter, conhecimento do dano sofrido e de seu causador. As exceções são dispostas nos parágrafos do artigo 189-A, e consistem em hipóteses de violação de direito absoluto ou de obrigação de não fazer, com a fluência do prazo prescricional iniciando na data em que ocorre o ilícito, e, ainda, na pretensão de revisão de um negócio jurídico, com o prazo prescricional começando a contar do momento da celebração do primeiro pacto, ressalvadas as disposições de lei especial. Interessante notar que os precedentes mencionados para fundamentar a opção pelo viés subjetivo da *actio nata* são, em sua grande maioria, oriundos da Primeira Seção, voltada para a solução das lides que envolvem relações jurídicas de Direito Público¹¹⁶, sendo apenas um oriundo de debate na Terceira Turma¹¹⁷ do Superior Tribunal de Justiça.

Na raiz da discussão sobre o critério objetivo e subjetivo da *actio nata* está a essência da prescrição, a identificação dos elementos de seu suporte fático¹¹⁸. A corrente fiel às ideias de Pontes de Miranda classifica a prescrição como um ato-fato jurídico, dispensando a voluntariedade do titular da pretensão para o decurso do prazo prescricional. A inércia do titular da pretensão é apreendida pela norma como um dado objetivo, sendo irrelevante investigar se esse titular tinha ou não conhecimento da lesão ao

¹¹⁶STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.106.366/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, j. 10.06.2020, *DJe* 26.6.2020; STJ, Agravo Interno no Recurso Especial 1.928.752/TO, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 21.06.2021, *DJe* 23.6.2021; STJ, Recurso Especial 1.802.521/PE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 16.05.2019, *DJe* 30.5.2019; STJ, Recurso Especial n. 1.895.936/TO, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 13/9/2023, *DJe* 21/9/2023

¹¹⁷STJ, Recurso Especial n. 1.460.474/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 28/8/2018, *DJe* 3/9/2018.

¹¹⁸A Subcomissão de Parte Geral da Comissão de Juristas para Reforma e Atualização do Código Civil identificou essa questão como um ponto sensível no tema da prescrição e, certamente será abordado. Registro, ainda, que entre as propostas recebidas, constam sugestões para adotar a vertente subjetiva da teoria da *actio nata* em algumas hipóteses ou mesmo como regra geral.

seu direito¹¹⁹. Por outro lado, a vertente subjetiva insiste que a inércia do titular do direito só pode ser considerada quando ele tem conhecimento do dano e da sua pretensão, porque seria contrário ao direito punir aquele que sequer sabia que teve o seu direito violado, já que a inércia pressupõe exercício de vontade, que, por sua vez, deve ser informada.

Além do teor técnico, não se pode perder de vista os valores que subjazem a cada uma dessas correntes interpretativas. Exigir a presença do elemento subjetivo no suporte fático da prescrição não é uma opção teórica desprovida de consequências, tampouco o é dispensá-lo.

Admitir que a inércia do titular do direito esteja qualificada pelo prévio conhecimento sobre a sua pretensão reforça a justiça e a ética na aplicação da norma jurídica, afinal, pode ser considerado inerte aquele que não tem ciência de sua própria pretensão? Por outro lado, condicionar a fluência da prescrição à ciência do lesado implica fragmentar o início do prazo casuisticamente, o que conduz a maior insegurança jurídica, bem como ao risco de perpetuação da pretensão, tornando-a imprescritível na prática. Além disso, em certa medida, premia-se o comportamento negligente de quem não teve zelo e cuidado por seu patrimônio jurídico. De outro modo, dispensar a ciência do lesado é opção que prima pela segurança jurídica e estabilidade das relações. Porém, possibilita que pretensões sejam deseficacizadas sem que o seu titular tenha alcançado reais condições de exercê-la. Ambas escolhas possuem seus bônus e ônus no sistema jurídico.

Existem, ainda, possibilidades intermediárias de combinação entre essas vertentes, cada qual capaz de atender, em certa medida, os primados da justiça e da segurança. Uma delas é a construção de um sistema híbrido, combinando prazos objetivos e subjetivos para cada pretensão, à semelhança do que foi realizado no ordenamento jurídico alemão. Nesse sentido, tanto se pode adotar a efetiva ciência do lesado como a possível ciência, considerando as hipóteses em que ele deveria tomar conhecimento do dano, mas não o fez.

¹¹⁹STEINER, Renata. *Op. cit.*, item 2.2.

Outra alternativa é incrementar as exceções legais que já existem, e identificar situações em que o início da prescrição terá como pressuposto a ciência do lesado, seja por meio de um rol taxativo ou por meio da descrição de parâmetros que justifiquem essa excepcionalidade. Um terceiro caminho possível é aperfeiçoar as hipóteses de interrupção e suspensão da prescrição, para que acomodem as situações excepcionais sem que os requisitos para início da prescrição tenham que mudar. Em ambos os casos, a jurisprudência é uma ferramenta importante para indicar situações e critérios de exceção, já que a atividade jurisdicional está mais próxima da concretude e especificidade do que a legislativa, cujo grau de abstração e generalidade é, necessariamente, maior.

A escolha, conforme já adiantado, caberá ao legislador. Este artigo, porém, é voltado para subsidiar o debate legislativo com apontamentos sobre os pontos de maior debate jurisprudencial e sugestões também amparadas nas decisões judiciais que enfrentam alguns dos aspectos mais delicados e dúbios sobre a prescrição. A seguir, serão expostos os problemas e as soluções colhidas da análise da atividade jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, a começar pela definição do termo inicial da prescrição.

2. PROBLEMAS E SOLUÇÕES NA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO

2.1. A identificação do termo inicial da prescrição: as perspectivas objetiva e subjetiva da *actio nata*

Colhem-se na jurisprudência diversas situações em que a ciência do titular do direito acerca de sua violação torna-se o ponto crucial do debate jurídico sobre a prescrição¹²⁰, como bem ilustram os resultados de

¹²⁰O Ministro Herman Benjamin utilizou, com felicidade, uma estrutura piramidal para ilustrar a aplicação dos aspectos objetivo e subjetivo na teoria da *actio nata* pela jurisprudência: “Na jurisprudência sobre o termo inicial da prescrição, proveitoso pedir de empréstimo simbolismo geométrico para sistematizá-la em “modelo piramidal da *actio nata*”, no qual a ampla base da pirâmide acolhe nua e seca violação do direito subjetivo (teoria objetiva, o regime comum ou critério geral); logo acima, a ciência da

uma breve pesquisa nos acórdãos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça¹²¹. Pela constatação de que a ciência da lesão e de sua extensão só foi alcançada pelos titulares do direito no curso da ação popular, afastou-se a prescrição¹²²; nas pretensões de indenização por violação de direitos autorais¹²³, por danos causados pela negligência do Ofício de Notas¹²⁴, por danos ambientais de contaminação do solo e das águas¹²⁵ e também por danos causados pelo alagamento de áreas na construção de usinas hidrelétricas¹²⁶ a prescrição só teve início com a ciência do lesado. Digno de nota que muitas destas situações estão relacionadas a pretensões de responsabilidade civil extracontratual.

violação, se houver previsão legal expressa (teoria subjetiva legislada da *actio nata*); mais no alto, ciência pura da violação (teoria subjetiva ordinária da *actio nata*); após, ciência inequívoca da violação (teoria subjetiva superlativa da *actio nata*); e, no topo, na parte mais estreita da pirâmide, ciência inequívoca não só da violação em si, mas do dano e do autor do dano (teoria subjetiva hipersuperlativa da *actio nata*)” Cf. STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1551978/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 11.02.2020, *DJe* 26.06.2020.

¹²¹Pesquisa realizada no repositório de jurisprudência do STJ em 31.10.2023, com os termos: “*prescrição*” “*actio nata*”, que resultou em 1.185 acórdãos de todos os órgãos do Tribunal. Foram selecionados apenas acórdãos proferidos em Recurso Especial, que tratassem do termo inicial da prescrição, publicados entre 2020 e a data da busca.

¹²²STJ, Recurso Especial 1770890/SC, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. 18.08.2020, *DJe* 26.08.2020.

¹²³STJ, Recurso Especial 1645746/BA, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. 06.06.2017, *DJe* 10.08.2017; STJ, Recurso Especial 1785771/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18.08.2020, *DJe* 26.08.2020.

¹²⁴STJ, Recurso Especial 1347715/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 25.11.2014, *DJe* 04.12.2014.

¹²⁵STJ, Recurso Especial 1354348/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 26.08.2014, *DJe* 16.09.2014.

¹²⁶STJ, Recurso Especial 1751540/MA, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 12.11.2019, *DJe* 22/11/2019; STJ, Recurso Especial 1860411/RO, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 1/12/2020, *DJe* 18/12/2020.

Todavia, há também exceções no marco inicial da prescrição da pretensão indenizatória que tem um contrato como pano de fundo. Em regra, a restrição ao direito de propriedade imposta pelo Poder Público é de cinco anos, a partir da publicação da norma que institui a restrição. Esse marco inicial foi excepcionado para que fosse considerado o laudo de inviabilidade de construção, pois verificou-se que, mesmo após identificar a área de proteção ambiental, o próprio ente estatal autorizou o parcelamento de lotes na área, gerando legítima expectativa no particular adquirente¹²⁷. O cooperado que foi indevidamente excluído dos quadros da cooperativa e aguardou o julgamento de ação declaratória para exercer a pretensão indenizatória não teve contra si a fluência do prazo da prescrição durante o trâmite da primeira ação¹²⁸. Na pretensão autoral fundada em enriquecimento sem causa, em razão do pagamento adiantado pelo aluguel de espaço publicitário que não poderia mais ser utilizado por determinação judicial, o prazo prescricional considerado foi a data do trânsito em julgado da ação civil pública em que se discutiu a legalidade da estrutura publicitária tal como construída¹²⁹. A ciência inequívoca da lesão ao direito foi também o critério aplicado para definir o início da prescrição da pretensão de indenização por perda de uma chance exercida pelo cliente em desfavor do patrono que perdeu o prazo para interposição de um recurso¹³⁰. Ainda na relação entre mandante e mandatário, a pretensão deste para cobrar honorários inicia, em regra, quando este toma ciência da

¹²⁷STJ, Recurso Especial 1575943/DF, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 19.05.2020, *DJe* 02.06.2020.

¹²⁸STJ, Recurso Especial 1494482/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 24.11.2020, *DJe* 18.12.2020.

¹²⁹STJ, Recurso Especial 1881165/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. 09.03.2021, *DJe* 12.03.2021.

¹³⁰STJ, Recurso Especial 1622450/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. 16.03.2021, *DJe* 19.03.2021.

morte do primeiro, exceto se houver condição suspensiva, como a previsão de cláusula *quota litis*¹³¹ no contrato de prestação de serviços¹³².

Além da ciência do dano, há casos em que o Tribunal considerou a possibilidade de exercício efetivo da pretensão pelo lesado para considerar o curso do prazo de prescrição. Assim o fez com a pretensão de indenização pelos danos causados por ex-síndico à massa falida, cujo prazo prescricional só foi iniciado com a assunção da administração por novo síndico¹³³.

Em outras situações, a intimação pessoal foi tomada como o termo inicial do curso da prescrição. É o caso do perito que não foi cadastrado nos autos digitalizados e, por essa razão, não teve ciência do trânsito em julgado da decisão que definiu o responsável pelo pagamento dos honorários periciais, também não teve sua pretensão encapsulada pela prescrição, uma vez reconhecido o seu direito de intimação pessoal¹³⁴. O mesmo critério foi o fundamento para julgar procedente a Ação Rescisória n. 6.102/SC¹³⁵, considerando que o prazo inicial da pretensão anulatória do processo de demarcação de terras da Marinha deve ser contabilizado a partir da ciência dos interessados, que no caso não ocorreu ao fim do procedimento administrativo, já que não foram intimados pessoalmente, embora fossem identificados e tivessem domicílio conhecido e certo.

A certeza processual conferida pelo trânsito em julgado da ação de bens reservados foi determinante para fixar o termo inicial da prescrição da pretensão de reaver os bens sonogados pela inventariante, uma vez

¹³¹A cláusula *quota litis* é própria de contratos de prestação de serviços advocatícios e estipula que um percentual da vantagem financeira obtida pelo mandante será destinado ao mandatário.

¹³²STJ, Recurso Especial 1605604/MG, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. 20.04.2021, *DJe* 26.04.2021.

¹³³STJ, Recurso Especial 2037094/PR, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 25.04.2023, *DJe* 30.05.2023.

¹³⁴STJ, Recurso Especial 1916316/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 8.11.2022, *DJe* 16.11.2022.

¹³⁵STJ, Ação Rescisória 6102/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, j. 9.11.2022, *DJe* 9.12.2022.

que a citação dos demais herdeiros, e mesmo a realização da audiência de instrução em que foi comprovada a inviabilidade de a inventariante adquirir, sozinha, o imóvel, não foram suficientes para demonstrar a ciência inequívoca da lesão ao direito de herança¹³⁶.

A prescrição da pretensão de herança quando o reconhecimento da filiação ocorre após a morte do genitor é uma situação que suscitou muitos debates sobre o termo inicial da prescrição. Sob o viés subjetivo, o herdeiro só teria condições de pleitear o seu quinhão após ter a certeza de seu estado de filiação, que decorre de direito personalíssimo e imprescritível. Por outro lado, admitir que a partilha dos quinhões possa ser questionada a qualquer tempo por um novo herdeiro, submete a sucessão e o direito de todos os demais à insustentável insegurança jurídica. A divergência entre essas perspectivas está no cerne da Súmula n. 149¹³⁷, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 1963, quando ainda detinha a competência para deliberar sobre o direito infraconstitucional¹³⁸.

Em 2018 houve esforço legislativo voltado para a pacificação da questão. Trata-se do Projeto de Lei n. 195/2018, que tomou por base o julgamento do Recurso Especial n. 1.475.759/DF¹³⁹, no qual o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade foi considerado o termo inicial da prescrição. Na proposta original, essa seria a data em que a prescrição começaria a fluir, sempre que ela fosse posterior ao trânsito em julgado da ação de partilha. O projeto foi arquivado em dezembro de 2022, nos termos do §1º do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal¹⁴⁰.

¹³⁶STJ, Recurso Especial 1698732/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 12.05.2020, *DJe* 18.05.2020.

¹³⁷“É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

¹³⁸ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 69-70.

¹³⁹STJ, Recurso Especial 1475759/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17.05.2016, *DJe* 20.05.2016.

¹⁴⁰Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação

Em muitas ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão sob o viés subjetivo, conferindo maior proteção àquele que, tardiamente, descobre seu *status* de filho e também de herdeiro¹⁴¹. Entretanto, a Segunda Seção, por maioria, admitiu como termo inicial da prescrição da petição de herança a data de abertura da sucessão, que coincide com a da morte do *de cuius*, prestigiando a perspectiva objetiva da teoria da *actio nata*¹⁴². Devem ser destacadas as considerações do relator, ministro Antonio Carlos Ferreira, sobre a possibilidade de o eventual herdeiro proteger seus direitos desde a abertura da sucessão, pleiteando o reconhecimento e a reserva de quinhão e quanto aos efeitos *ex tunc* da ação declaratória de filiação, o que leva a concluir que a pretensão nasceu com a abertura da sucessão, já que o estado de filiação sempre existiu. A esses fundamentos, a Ministra Nancy Andrighi acrescentou que as

eventuais injustiças produzidas pela determinação objetiva do termo inicial dos prazos prescricionais são mitigadas ou temperadas pelas regras atinentes à suspensão, à interrupção, e ao impedimento dos prazos prescricionais.

no Senado, exceto: [...] § 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

¹⁴¹STJ, Recurso Especial 33858/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 28.11.1995, DJ 05.02.1996; STJ, Recurso Especial 1475759/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17.05.2016, *DJe* 20.05.2016; STJ, Recurso Especial 1368677/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 5.12.2017, *DJe* 15.02.2018; STJ, Recurso Especial 1381655/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 13.08.2013, *DJe* 06.11.2013; STJ, Recurso Especial 16137/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 21.02.1995, DJ 27.03.1995; STJ, Recurso Especial 1762852/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, j. 18.05.2021, *DJe* 25.05.2021; STJ, Recurso Especial 1605483/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 23.02.2021, *DJe* 01.03.2021;

¹⁴²STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 1260418/MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 26.10.2022, *DJe* 24.11.2022.

Embora a matéria esteja pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a oscilação anterior ao julgado da Segunda Seção, que também se refletia na doutrina, ainda causa certa insegurança nas instâncias ordinárias, de modo que o tema foi afetado para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, sob o número 1.200, em junho deste ano.

Além de identificar exceções à regra da aplicação objetiva da teoria da *actio nata* que não encontram previsão legal, existe nos tribunais uma séria preocupação com a configuração excepcional e pontual do viés subjetivo desta teoria. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, alguns julgamentos ilustram bem as balizas que asseguram a excepcionalidade da teoria subjetiva da *actio nata*.

Nesse sentido foram as considerações da ministra Maria Isabel Gallotti nos Recursos Especiais 1.861.289/SP¹⁴³ e 1.861.295/SP¹⁴⁴, nos quais debateu-se a prescrição da pretensão de reparação civil pelo uso não autorizado da imagem de atletas de futebol em jogos eletrônicos. O acórdão recorrido afastou a prescrição sob o fundamento de que a violação ao direito do atleta era contínua, já que os jogos lançados em 2011, 2012 e 2014 permaneciam disponíveis no mercado, e que não era possível verificar o momento em que o autor da ação teve efetiva ciência da ofensa.

Nas considerações da ministra Gallotti, acompanhadas pela maioria dos ministros da Quarta Turma, distinguiram-se os casos em que foi aplicada a vertente subjetiva da teoria da *actio nata* pelo Superior Tribunal de Justiça da hipótese em julgamento, uma vez que o critério da ciência do lesado seria excepcional e cabível somente nas situações em que a natureza e a extensão do dano não podem ser identificadas num momento específico, a exemplo das lesões incapacitantes por erro médico, que se manifestam muitos anos após a realização do procedimento. Para a ministra, a possibilidade de identificar a conduta ilícita e a extensão

¹⁴³STJ, Recurso Especial 1861289/SP, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 24.11.2020, *DJe* 16.03.2021.

¹⁴⁴STJ, Recurso Especial 1861295/SP, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 24.11.2020, *DJe* 16.03.2021.

do evento danoso no momento do lançamento e distribuição dos jogos não justifica a adoção do critério excepcional, mas ao contrário, atrai a aplicação da regra geral que se apoia em dado objetivo para contagem do prazo prescricional, mesmo porque o lançamento e distribuição de cada versão do jogo é precedido de ampla publicidade e divulgação.

De igual modo, a permanência do jogo no mercado não renovaria o prazo prescricional, sob o risco de esvaziar o instituto, tornando a pretensão imprescritível na prática, e também pela ausência de uma conduta continuada da empresa que desenvolve e distribui o produto no mercado em determinado momento.

Outra baliza importante para limitar o cabimento da análise subjetiva no curso da prescrição pode ser extraída do Recurso Especial 1837425/PR¹⁴⁵, que afastou a aplicação da teoria da *actio nata* para fins de usucapião na hipótese em que a violação ao direito de propriedade só teria sido conhecida após o trâmite de ação demarcatória. Considerando que tal violação poderia ter sido notada desde que foram construídas cercas na propriedade dos lesados, o colegiado afastou a análise subjetiva para fins de contabilizar a prescrição. Além disso, o acórdão consignou que não há prescrição de direito real pelo seu não uso, mas o nascimento de um direito real de propriedade para outrem quando preenchidos os requisitos da usucapião, dentre os quais não consta a ciência da posse pelo antigo proprietário.

Em síntese, no direito brasileiro hoje

convivem [...] a determinação legal que define prescrição a partir de um critério apenas e tão somente objetivo, com os temperamentos jurisprudenciais a respeito da necessidade de análise da ciência como forma de obtenção de resultados mais justos¹⁴⁶.

¹⁴⁵STJ, Recurso Especial 1837425/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 13.06.2023, *DJe* 22.06.2023.

¹⁴⁶STEINER, Renata. *Op. cit.*, item 3.3.

De modo geral, essa excepcionalidade é orientada por hipóteses em que a manifestação do dano não é imediata à prática da conduta que violou o direito, ou seja, quando os efeitos da violação só podem ser percebidos posteriormente em relação à sua ocorrência.

A aplicação da prescrição na vigência do Código Civil de 2002 encontra desafios, muitas vezes, na identificação da natureza da pretensão em questão, tendo em vista a extensa lista de prazos específicos disposta nos parágrafos do art. 206. Não é objeto deste artigo discorrer sobre cada uma delas, mas apenas abordar aquelas que ensejaram maiores debates, sempre com o intuito de indicar aspectos que podem ser aprimorados no regime prescricional do Código Civil. Elas serão tratadas nos tópicos seguintes.

2.2. A pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa: a extensão do art. 206, §3º, IV do Código Civil

O enriquecimento sem justa causa é fonte de obrigação de restituição, reconhecida pelo art. 884 do Código Civil, e já há muitos anos pela doutrina¹⁴⁷ e pela jurisprudência¹⁴⁸. Não obstante, a abrangência

¹⁴⁷“Também não deveria argumentar com a falta de fundamento para a ação, visto como a inexistência de fonte principal (a lei) é suprida, normalmente, pelas fontes subsidiárias, integrantes: a analogia, o costume e os princípios gerais. Para pedir é indispensável mostrar que o direito subjetivo, de quem pede, tem assento no direito objetivo, seja a lei, seja uma fonte subsidiária. Nos sistemas em que há dispositivo expresso, o fundamento é a própria disposição de lei. Onde não há, como entre nós, é força recorrer às fontes supletivas, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil”. ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa, *Revista dos Tribunais*, v. 259, ano 46, maio 1957, pp. 3-36, p. 14.

¹⁴⁸STF, Recurso Extraordinário 78.809/PR, rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, j. 15.06.1976, DJ 20.08.1976, p. 7259; STF, Recurso Extraordinário 96.843/SC, rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, j. 11.05.1982, DJ 06.08.1982, p. 7676; STF, Recurso Extraordinário 92.885/MG, rel. Min. Clóvis Ramallete, Primeira Turma, j. 16.02.1982, DJ 16.04.1982, p. 3407; STJ, Recurso Especial 11.025/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. 29.10.1991, DJ 24.02.1992, p. 1868; STJ, Recurso Especial 30.077/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 18.04.1995, DJ 05.06.1995, p.16669; STJ, Recurso Especial 383.536/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 21.02.2002, DJ 29.04.2002, p. 251.

do instituto ainda não foi completamente explorada¹⁴⁹. Isso se deve à amplitude dos requisitos identificados no dispositivo legal, o que, inclusive, levou o legislador a conferir subsidiariedade ao instituto¹⁵⁰.

O responsável pela inclusão do enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002 foi Agostinho Alvim, para quem a causa está relacionada à ideia de contrapartida, contraprestação, ou seja, aquilo que pode explicar o enriquecimento¹⁵¹. Na perspectiva desse autor, ainda que sejam escassos os casos que reclamam solução pela ação *in rem verso*, não se deve negá-la, pois “o sentimento elementar de justiça reclama a ‘*condictio sine causa*’ em termos amplos”, sob pena de “emperrar o progresso do Direito no remediar das injustiças”¹⁵².

Mesmo na vigência do Código Civil de 1916, e muito antes de iniciar os trabalhos preparatórios do anteprojeto que viria a se tornar o Código Civil de 2002, Agostinho Alvim já defendia a aplicação do sistema tradicional, “que procura coibir o enriquecimento sem causa, onde quer que se apresente”, concluindo que “tal proibição informa todo o sistema”¹⁵³ e que “o ponto de vista da existência da ação de ‘*in rem verso*’, com caráter subsidiário, é hoje, inquestionavelmente, o vencedor, ainda na ausência de texto expresso”¹⁵⁴.

Em termos conceituais, o enriquecimento sem causa é o deslocamento patrimonial entre duas ou mais pessoas sem a correspondente causa jurídica que o justifique¹⁵⁵. A despeito da imprecisão da noção

¹⁴⁹NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.9.

¹⁵⁰ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento...*cit.*, p 3; MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 8, n. 25, abr.-jun 2004, pp. 24-33, p. 25.

¹⁵¹ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p.25.

¹⁵²ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁵³ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁴ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p.13-14.

¹⁵⁵GOMES, Julio Manoel Vieira. *O conceito de enriquecimento, enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Coimbra: Editora Porto, 1998, p.222-223.

de causa, “na teoria do enriquecimento injustificado, tem o sentido de contraprestação, de retribuição a uma vantagem proporcionada”¹⁵⁶. Não é a causa ilícita, como bem distingue Giovanni Ettore Nanni, mas a ausência da qualidade de justa, legítima, aprovada ou mesmo aceita pelo sistema jurídico¹⁵⁷, segundo a teoria da atribuição jurídica dos bens¹⁵⁸, que caracteriza o instituto.

A doutrina nacional considera o enriquecimento sem causa ora um preceito corretivo de deslocções patrimoniais desprovidas de contraprestação¹⁵⁹, o que, inclusive, retoma suas origens romanas nas *condictiones*¹⁶⁰, por vezes uma regra jurídica a ser diretamente aplicada ao caso concreto, e em outras, ainda, uma cláusula geral¹⁶¹. Essa natureza híbrida ou incerta representa um empecilho na compreensão e, especialmente, na aplicação do instituto, pois o princípio da subsidiariedade da ação de enriquecimento indireto tem sua origem na incerteza do conceito de causa e no receio de que o princípio do enriquecimento sem causa subvertesse os

¹⁵⁶NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento...cit.*, p. 103.

¹⁵⁷NANNI, Giovanni Ettore. *Op. cit.*, p. 104-107.

¹⁵⁸“Em geral, pode-se dizer que o sistema jurídico, ao atribuir às pessoas os direitos absolutos, oponíveis erga omnes, como são os direitos da responsabilidade (ao nome, imagem, corpo, liberdade, trabalho, etc.) e os direitos reais (em especial a propriedade), está reservando a elas, e só a elas, o aproveitamento econômico dos bens, ainda que imateriais, a que dizem respeito tais direitos, é nisto que consiste a ordenação jurídica dos bens. [...] Como diz Larenz, há que se respeitar ‘a atribuição dos bens conforme ao direito’; uma aquisição “foi feita sem fundamento jurídico quando, segundo a atribuição ou coordenação dos bens, corresponde a outra pessoa.” Cf. NORONHA, Fernando. *Enriquecimento sem causa*. In: Doutrinas essenciais Obrigações e Contratos, jun. 2011, pp. 1085-1122, v. 1, item 2.2 [recurso eletrônico].

¹⁵⁹ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p 3-4; NANNI, Giovanni Ettore. *Op. cit.*, p. 393-394; AGUIAR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, n. 775, mai-2000, p.29.

¹⁶⁰ALVIM, Agostinho *Op. Cit.*, p 8-9.

¹⁶¹MOREIRA, Mario Thiago. Aplicação do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico civil brasileiro: o caso da sub-rogação das seguradoras. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, jan-dez. 2013, pp.803-830, p. 805-811.

demais princípios do direito, segundo informou Fernando Noronha, com amparo nas lições de Jacques Flour e Jean Luc Aubert¹⁶².

Sem prejuízo do debate específico, e necessário, quanto à classificação normativa desta figura no direito brasileiro, a regra contida no inciso IV, § 3º do art. 206 do Código Civil, ao estabelecer um prazo específico de prescrição para as pretensões de enriquecimento sem causa, sugere um certo grau de concretude e confere determinada densidade ao instituto, já que a pretensão é a possibilidade de exigência de uma prestação, uma posição jurídica subjetiva ativa¹⁶³, a situação jurídica na

¹⁶² O princípio da subsidiariedade tem uma explicação mais histórica do que lógica. Quando, no final do séc. XIX, começaram a ser definidos em França os princípios do enriquecimento sem causa, receou-se que o novo instituto pudesse subverter os demais princípios de direito, porque parecia que o enriquecimento sem causa poderia ser sempre invocado. Parecia que a ação de in rem verso iria suplantar todas as outras ações. O equívoco do princípio da subsidiariedade. Discorrendo sobre o caráter subsidiário da ação de in rem verso, Flour e Aubert dizem ‘que ele só tem justificação nos casos de enriquecimento indireto; nos demais, há um equívoco, se não uma confusão’. Na verdade, escrevem, ‘as soluções mais ligadas ao caráter subsidiário deveriam ser mais diretamente justificadas por esta constatação mais simples que, em todos os casos considerados, o enriquecimento tem uma causa, na medida em que é justificado por uma regra de direito positivo: a validade, salvo disposições particulares, de contratos lesivos; a exigência de uma prova escrita dos atos jurídicos; a instituição da prescrição extintiva’. A confusão, escrevem ainda, “explica-se pela incerteza que durante muito tempo reinou sobre a noção de causa. Os enriquecimentos que acabam de ser referidos são desprovidos de contrapartida; na acepção clássica da palavra, eles eram, assim, sem causa. Para rejeitar, apesar disso, as pretensões dos empobrecidos, como a lógica impunha, foi preciso inventar uma outra condição. Esta foi precisamente o caráter subsidiário da ação, consistindo em subordinar o seu exercício à ausência de qualquer outra via de direito aberta ou que pudesse ter estado aberta ao demandante. Se, pelo contrário, definirmos a causa como o título, convencional ou legal, que justifica o enriquecimento, a subsidiariedade... sobrepõe-se inutilmente (*fait double emploi*) à condição da ausência de causa”. NORONHA, Fernando. *Enriquecimento...cit.*, item 4.5 [recurso eletrônico].

¹⁶³ “Os conceitos de pretensão, ação e direito subjetivo são intimamente ligados. Na realidade, varia o conceito de pretensão e varia o conceito de ação, conforme o conceito que se adote de direito subjetivo.” MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito subjetivo... cit.*, p. 113.

qual o direito subjetivo é dotado da viabilidade de exercício ¹⁶⁴, em uma perspectiva dinâmica. Nesse sentido, ao menos no referido dispositivo legal, o enriquecimento sem causa assume contornos de uma regra que confere proteção jurídica ao direito subjetivo de reaver uma parcela patrimonial que, injustificadamente, isto é, sem uma causa reputada suficiente pelo ordenamento jurídico, foi incorporada ao patrimônio de outrem.

A propósito, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão apontou três teorias para explicar o enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e, c) a teoria da divisão do instituto¹⁶⁵.

Segundo o autor, a teoria unitária da deslocação patrimonial é contemporânea ao surgimento do BGB e defende que “a cláusula geral de enriquecimento sem causa institui uma pretensão de aplicação direta” cuja aplicação exige, apenas e tão somente, “a verificação de detenção injustificada de um enriquecimento à custa de outrem” ¹⁶⁶. Ancorada na doutrina de Savigny, essa vertente do enriquecimento sem causa admite que a partir do deslocamento patrimonial sem causa entre empobrecido e enriquecido constituir-se-á uma pretensão de restituição, independente da forma jurídica da qual esse deslocamento patrimonial se revista.

O fundamento da restituição abrangeria tudo o que saiu de determinado patrimônio para outro, de modo que todas as categorias de enriquecimento sem causa estariam abrangidas nessa concepção, dispensando, portanto, uma tipologia de pretensões a partir do enriquecimento. Em síntese: “o fundamento comum a todas as pretensões

¹⁶⁴“A pretensão seria algo a mais do que o direito subjetivo, que é categoria eficaz de cunho *estático*. Quem tem em mãos um direito subjetivo é titular de uma situação jurídica ativa que é *estática* por estar destituída, ainda que em princípio, de um *poder* de exigibilidade, de uma *possibilidade* de atuação sobre a esfera jurídica alheia para se exigir um cumprimento. Justamente para diferenciar o momento estático do momento *tensionado*, parece adequado adotar, para a segunda situação, quando já há *pré-tensão*, o termo *pretensão*”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁵MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. O enriquecimento...*cit.*, passim.

¹⁶⁶MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p.25.

de enriquecimento residiria na oposição entre a aquisição de uma vantagem e a legitimidade de sua manutenção”, de modo que “[f]undamental em matéria de enriquecimento sem causa é antes o conceito unitário de deslocação patrimonial, entendida como uma transmissão de bem de uma pessoa para outra, efetuada diretamente mediante uma deslocação de valor entre dois patrimônios”¹⁶⁷

A lei apenas elencaria exemplos de alguns típicos casos de enriquecimento sem causa, mas não limitaria o reconhecimento da pretensão de restituição nele fundamentada, que está calcada em dois pressupostos: (i) o deslocamento patrimonial direto entre duas pessoas, produzindo o enriquecimento de uma e correlato empobrecimento de outra; e (ii) a ausência de causa jurídica para tal deslocamento patrimonial.

A teoria da ilicitude, por sua vez, tem como base a obra de Fritz Schulz para quem o fundamento “do instituto do enriquecimento não reside na deslocação patrimonial sem causa jurídica, mas antes numa ação contrária ao direito, que o autor considera ser o conceito central na dogmática do instituto”¹⁶⁸. Na perspectiva inaugurada por Schulz, a tônica do enriquecimento sem causa se desloca para o ilícito, pois, “existiria um princípio de aplicação geral de que ninguém deveria obter um ganho por intervenção ilícita num direito alheio, expressos em diversos preceitos do Código”. Com efeito, quem quer que “efetuasse uma intervenção objetivamente ilícita no direito alheio deveria restituir o resultado dessa intervenção”. Há uma aproximação entre o instituto do enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil, já que a obrigação de restituir passa a ser identificada, sob essa ótica, como uma sanção para comportamentos ilícitos. Em resumo, para essa corrente “o enriquecimento sem causa deixa assim de ser visto como fundado nas deslocações patrimoniais sem causa e passa a ser considerado com base na violação de um direito alheio”¹⁶⁹.

¹⁶⁷MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p.25.

¹⁶⁸MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁹MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 26.

A terceira e última teoria apontada por Menezes Leitão, e à qual ele se filia¹⁷⁰, é a doutrina da divisão do instituto, desenvolvida a partir dos trabalhos de Walter Wilburg e Ernst Von Caemmerer. Esses autores dividem o instituto do enriquecimento sem causa em duas categorias principais: uma relativa a situações de enriquecimento gerada com base em uma prestação do empobrecido e outra abrangendo as situações de enriquecimento não-fundadas na prestação, atribuindo-se, nesta última, papel preponderante ao enriquecimento por intervenção¹⁷¹.

Essa linha implica um rompimento do tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa, uma vez que ele não mais se sujeita aos mesmos princípios e a uma ordenação sistemática, pois cada grupo de casos é reconduzido a um fundamento. Dessa forma, o enriquecimento por prestação se aproxima do direito dos contratos, na medida em que é inserido no regime da transmissão dos bens. O enriquecimento por intervenção é visto antes como anexo a um prolongamento da eficácia do direito de propriedade, alocando-se sob o guarda-chuva da proteção jurídica dos bens¹⁷².

Para Walter Wilburg as restituições fundadas numa prestação sem causa e em enriquecimento sem prestação não tem o mesmo fundamento, e estão submetidas a pressupostos diversos, de modo que seria equivocado reconduzi-las a um princípio comum. O enriquecimento por prestação teria como base um ato voluntário do autor, realizado, contudo, em erro sobre a sua causa jurídica. O enriquecimento não fundado em prestação seria voltado a recuperação de um direito – normalmente de propriedade, sendo, por isso, considerado um prolongamento da eficácia desse direito. O conceito de causa, submetido ao enriquecimento por prestação¹⁷³, seria

¹⁷⁰MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁷¹MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁷²MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 26-27.

¹⁷³“Efetivamente, a prestação, para considerar-se justificada, deveria ser fundada numa obrigação, sem a qual teria de ser restituída ao empobrecido, sendo a realização da prestação sem causa jurídica que determina a aplicação do enriquecimento por

a “ligação a uma relação obrigacional que a prestação visava extinguir, verificando-se a ausência de causa jurídica quando esse efeito não fosse atingido”¹⁷⁴.

Na perspectiva de Ernst Von Caemmerer,

a proibição do enriquecimento injustificado consiste apenas numa máxima de justiça comutativa que se encontra a um nível de abstração tal, que carece de preenchimento pelo julgador, efetuado pela integração ao caso numa categoria específica de enriquecimento sem causa.

Ele, então, organizou uma série de casos de enriquecimento sem causa distinguindo entre o enriquecimento por prestação (*Leistungskondiktio*), enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktio*), enriquecimento por liberação de uma dívida paga por terceiro (*Rückgriffskondiktio*) e enriquecimento resultante de despesas efetuadas em coisa alheia (*Verwendungskondiktio*). Esse grupo de casos não é exaustivo, pois poderiam surgir novas categorias, porém representa um ponto de partida para a construção de diversas pretensões de enriquecimento, que se distinguiriam pelo seu objeto, conteúdo e extensão¹⁷⁵.

Em síntese o enriquecimento sem causa comportaria grupos de casos que envolvem tanto o enriquecimento por uma prestação como por uma intervenção indevidas, porque desprovidas de fundamento ou causa jurídica, que direcionaram ao patrimônio de um sujeito acréscimo que a outro era destinado. Assim, é a ausência de uma razão jurídica para justificar o deslocamento patrimonial que caracteriza e distingue as hipóteses subjacentes a figura em questão daquelas que envolvem o negócio jurídico

prestação. No enriquecimento não baseado numa prestação, esse raciocínio já não teria, porém, aplicação”. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁴MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁵MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 27-28.

e a responsabilidade civil, estando bem delimitados cada um dos institutos que constituem fontes das obrigações no direito brasileiro¹⁷⁶.

A inserção do sistema tradicional, tal como defendia Agostinho Alvim, teve inspiração no Direito Alemão como demonstra o cotejo entre a redação dos arts. 884¹⁷⁷ e 885¹⁷⁸ do Código Civil e o §812¹⁷⁹ do BGB. Na análise de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, a teoria da divisão do instituto¹⁸⁰ é a que melhor compreende a extensão do enriquecimento sem

¹⁷⁶“As obrigações negociais nascem de compromissos assumidos no âmbito da autonomia privada, a responsabilidade civil (em sentido estrito) tem por causa a danificação de bens alheios e o enriquecimento sem causa nasce de benefícios auferidos com a intervenção não justificada na esfera jurídica alheia”. NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, item 1 [recurso eletrônico].

¹⁷⁷Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

¹⁷⁸Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

¹⁷⁹§ 812. Direito de restituição. (1) Qualquer pessoa que obtenha algo sem justificação legal através dos serviços de outrem ou de qualquer outra forma às suas custas é obrigada a devolvê-lo. Esta obrigação também existe se a causa jurídica deixar de ser aplicável posteriormente ou se o resultado pretendido de um serviço baseado no conteúdo do negócio jurídico não ocorrer. (2) O reconhecimento contratual da existência ou inexistência de uma obrigação também conta como serviço.

¹⁸⁰Segundo o autor a teoria da divisão do instituto divide as hipóteses de enriquecimento sem causa em duas categorias que não são reconduzíveis a um mesmo princípio comum. São elas: i) o enriquecimento sem causa decorrente de uma prestação do empobrecido e ii) o enriquecimento por intervenção, que não está fundado em uma prestação. A vedação ao enriquecimento sem causa seria uma máxima de justiça comutativa a ser preenchida pelo julgador a partir do caso concreto, ao passo que a causa seria a ausência de eficácia extintiva de uma prestação em relação a uma obrigação. Cf. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 26-28.

causa, inclusive no direito brasileiro¹⁸¹, pois acomoda a polissemia atribuída ao termo causa¹⁸² e permite a aplicação mais adequada do instituto,

¹⁸¹“Entendemos, portanto, que a cláusula de enriquecimento sem causa, constante no art. 884 do Código Civil brasileiro [...] apresenta-se como demasiado genérica, não permitindo o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa uma adequada subsunção aos casos concretos. Haverá de estabelecer uma tipologia de categorias que efetue, pela integração do caso em uma delas, a referida subsunção. Defendemos, por isso, a doutrina da divisão do instituto”. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁸²Em artigo muito interessante, Luciano de Camargo Penteadou destacou a importância da causa no Direito Brasileiro, ainda que comumente se diga que o Código Civil não se filiou a teoria da causa. O autor destaca que a causa é “o necessário não essencial” que permite identificar o tipo contratual, sendo ainda mais decisiva no julgamento de contratos atípicos, em vista da ausência de um fundamento normativo perfeitamente apto à subsunção do suporte fático concreto. Sobre os sentidos que a palavra ‘causa’ recebe no direito contratual, o de ‘causa razoável’ é o que se relaciona ao instituto do enriquecimento sem causa. Sobre ela escreveu o autor: “A causa razoável é um *quid* necessário para dar juridicidade ao acordo. [...] Trata-se de saber qual é a vestimenta que torna um acordo um contrato, porque acredita-se que nem todas as convenções humanas em sociedade são jurídicas, no sentido de gerar uma obrigação no sentido técnico do termo e, portanto, a consequente pretensão e ação. Não está vigente o aforisma de que *ex nudo pacto actio oritur*, mas o de que *ex nudo pacto, actio non oritur*. A origem da ação, portanto, depende essencialmente e existencialmente de um elemento do pacto, que o torna, em verdade, contrato. Este elemento é a causa contratual no sentido de causa razoável. É ela que dá a aura de juridicidade ao acordo. [...] A causa contratual deverá ser, além de razoável, isto é, apta a desencadear a vinculação jurídica obrigacional, sinalagmática, e isto sempre, embora a sinalagmaticidade de causa não se confunda com o adjetivo empregado ao se qualificar um contrato como pertencente à categoria dos ‘contratos sinalagmáticos’. A causa sinalagmática diz de um ir e vir de fluxo prestacional que deve, ao fim da relação contratual, manter um equilíbrio, uma certa relação de proporção. Nos contratos que envolvem prestações de um lado e de outro, a causa sinalagmática consiste, justamente, neste nexo de interdependência entre as prestações (para explicar de uma forma sucinta, a composição de preço contra coisa faz deles a causa sinalagmática da venda). Esta reciprocidade das prestações dadas ou prometidas, que fundam os deveres jurídicos indica a existência da causa. [...] Até aqui, fica claro que o benefício patrimonial dado ou prometido, ou a entrega (nos contratos reais), compõem um dever obrigacional e, deste modo, fazem com que ele exista entitativamente. Sem um desses três elementos, em situações contratuais, não há que se falar em contrato. O mesmo é inexistente. A causa sinalagmática dá juridicidade

respeitando o seu caráter subsidiário, sem invocá-lo como um “cripto argumento”, destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884”¹⁸³. A propósito, o próprio Agostinho Alvim defendia que se o empobrecido, “abandonando a ação de Direito comum, propusesse a subsidiária, tomando sobre si o ônus de provas os seus requisitos, inclusive o injustificado enriquecimento, não deveria ser repelido, só por isso”¹⁸⁴.

Considerando que a causa jurídica deve estar presente não apenas no momento da transferência patrimonial, mas deve também subsistir

aos acordos. Como afirmou o grande Serpa Lopes: ‘A sua [da causa] inexistência importa na inexistência do negócio jurídico’. [...] De qualquer maneira, este é um sentido importante da causa, porque determina o que vai e o que não vai ser tutelado pelo sistema de direito. O que está dentro do campo contratual e o que a ele fica não submetido, ou seja, tecnicamente, inexistente, depende da verificação da presença de uma causa razoável. A ação para recuperar o pago em virtude de um contrato em que não houvesse causa seria, outrossim, a de pagamento indevido ou a de enriquecimento sem causa. Uma das *condictio sine causa*, que no Código Civil se garantem, respectivamente, nos arts. 876 e 884”. PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, n. 20, ano 5, out-dez. 2004, pp. 235-265, p.244-246.

¹⁸³“Uma análise mais cuidada do regime do enriquecimento sem causa permite, porém, concluir que a denominada ‘regra da subsidiariedade’ não tem um alcance absoluto. A ação de enriquecimento não parece pressupor que o empobrecido tenha perdido a propriedade sobre as coisas obtidas pelo enriquecimento, pelo que ela pode concorrer com a reivindicação. Também é manifesto que a ação de enriquecimento poderá concorrer com a responsabilidade civil, sempre que esta não atribua uma proteção idêntica à da ação de enriquecimento. Não parece assim que a regra do art. 886 consagre uma subsidiariedade geral da ação de enriquecimento, mas antes uma incompatibilidade de pressupostos entre as situações referidas e essa ação. Efetivamente, se a lei determina a subsistência do enriquecimento é porque lhe reconhece justa causa e, se atribui algum direito ao empobrecido em consequência da situação ocorrida, fica excluída a obtenção de enriquecimento à custa de outrem. Não parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra como um ‘cripto argumento’, destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884”. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁴ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 14.

enquanto fundamento para sustentá-la após concluída, conforme se extrai do art. 885 do Código Civil e da lição de Caio Mário da Silva Pereira¹⁸⁵, o reconhecimento da nulidade de um negócio jurídico, ou de parte dele, com a supressão ou a readequação de cláusula contratual que venha a ser declarada nula, pode ocasionar pretensão de enriquecimento sem causa, uma vez que retira a validade, ou seja a aptidão jurídica daquela cláusula ou contrato, para produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes.

A validade é a chancela conferida pelo ordenamento jurídico à vontade das partes. Ela indica que o ato cumpre os requisitos legalmente exigidos para alcançar a almejada eficácia jurídica, e que aquela vontade das partes é passível de acolhimento e proteção jurídica. Por conseguinte, a invalidade, embora não retire a existência nem a eficácia do negócio, afasta a sua higidez jurídica, a autorização para que aqueles efeitos pretendidos ocorram e, caso tenham ocorrido, determina que sejam extintos. Pode-se, então, considerar que a invalidade retira a juridicidade antes presente, ou presumivelmente presente, na causa que justificava a transferência patrimonial ocasionada por aquele negócio nulificado parcial ou completamente.

Assim, ainda que o contrato continue existindo, não será mais válido, o que equivale à afirmação de que a causa pode até subsistir, mas ela não tem mais a juridicidade, a aptidão de justificar os efeitos operados, que, por isso, devem se desfazer. Essa é a razão pela qual as partes devem ser reconduzidas ao estado em que se encontravam antes de realizar o negócio desprovido de validade.

Admitindo que a extensão do provimento jurisdicional perseguido na ação de anulação ou de nulidade não se confunde com a repercussão

¹⁸⁵“O sistema jurídico não admite [...] que alguém obtenha um proveito econômico às custas de outrem, sem que esse proveito decorra de uma causa juridicamente reconhecida. A causa para todo e qualquer enriquecimento não só deve existir originariamente, como também deve subsistir, já que o desaparecimento superveniente da causa do enriquecimento de uma pessoa, às custas de outra, também repugna o sistema”. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11 ed. atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 537-538, v. 3.

financeira dela decorrente¹⁸⁶, uma vez que esta última depende de pedido expresse, comprovação da violação ao direito subjetivo e de sua extensão¹⁸⁷, a pretensão de anulação está sujeita ao prazo decadencial, enquanto a de condenação à restituição ao *status quo* tem cariz condenatório e, portanto, submete-se ao prazo prescricional. Mas qual deles?

No Superior Tribunal de Justiça, algumas correntes se formaram sobre essa questão. Ainda em 2009, a Terceira Turma apreciou qual seria o prazo prescricional aplicável à pretensão de repetição de indébito contra associação prestadora de serviços médico hospitalares por cobrança indevida de valores, e decidiu que não era aplicável o prazo estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, por não se tratar de pretensão de reparação de danos causados por fato do produto ou serviço, mas de repetição de uma cobrança excessiva, que teve início ainda na vigência do Código Civil de 1916. Por razões de direito intertemporal, foi aplicado o prazo de vinte anos previsto no Código anterior, embora a relatoria tenha registrado que “de acordo com o art. 206, § 3º, IV, do CC/02, o prazo prescricional para o exercício da pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa passou a ser de 3 (três) anos”¹⁸⁸, o que indica que o raciocínio indicado no art. 2.028 foi realizado considerando este prazo.

No semestre seguinte do mesmo ano, os ministros da Primeira Seção afastaram o prazo prescricional do diploma consumerista para as ações de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos¹⁸⁹. Na ocasião, o voto do relator, ministro Teori Zavascki fez menção expressa ao Recurso Especial n.1.032.952/SP, julgado anteriormente pela Terceira Turma, inclusive com a transcrição do

¹⁸⁶ “[...] pois não há dever moral de se cumprir o que foi contratado nulamente, por defeito de forma, ou por outra causa de nulidade”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 123.

¹⁸⁷ BELLIZZE OLIVEIRA, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁸⁸ STJ, Recurso Especial 1032952/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 17.03.2009, *DJe* 26.03.2009.

¹⁸⁹ STJ, Recurso Especial 1113403/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. 09.09.2009, *DJe* 15.09.2009.

excerto do voto que considerava o prazo trienal à pretensão de repetição de indébito, para ações a serem julgadas com aplicação do Código Civil de 2002. Não obstante, a Seção de Direito Público não adentrou o mérito da discussão sobre a especificidade da ação, indicando apenas a aplicação do Código Civil e, dando provimento ao recurso para reestabelecer o prazo de vinte anos aplicado pela instância ordinária.

Em 2011, coube novamente à Terceira Turma discutir o prazo prescricional de ação de repetição de indébito, no caso, ajuizada contra estabelecimento universitário para pleitear a devolução em dobro de valores cobrados indevidamente¹⁹⁰. Afastada a incidência do diploma consumerista, bem como a incidência do Código Civil de 1916, aplicou-se o específico prazo trienal do art. 206, §3º, IV, do Código Civil, inclusive com referência ao Recurso Especial n. 1.032.952/SP.

Esse entendimento foi adotado de forma mais abrangente pela Segunda Seção, no julgamento do Recurso Especial n. 1.249.321/RS¹⁹¹, sob o regime de recursos repetitivos. Na ocasião, firmou-se a tese de que “Em se tratando de pedido relativo a valores para cujo ressarcimento não havia previsão contratual (pactuação prevista em instrumento, em regra, nominado de ‘TERMO DE CONTRIBUIÇÃO’), a pretensão prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e em 3 (três) anos, na vigência do Código Civil de 2002, por se tratar de demanda fundada em enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, inciso IV), observada, igualmente, a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002”¹⁹², aplicável às ações de ressarcimento de valores pagos pelo consumidor para custear construção de rede elétrica.

No ano de 2016 a Segunda Seção consolidou a aplicação do prazo prescricional do art. 206, §3º, IV para ações de repetição de

¹⁹⁰STJ, Recurso Especial 1238737/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 08.11.2011, *DJe* 17.11.2011.

¹⁹¹STJ, Recurso Especial 1249321/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 10.04.2013, *DJe* 16.04.2013.

¹⁹²Tema Repetitivo STJ n. 560.

indébito fundadas na ilicitude ou invalidade de cláusulas contratuais de cédula de crédito rural¹⁹³, de cláusulas de comissão de corretagem e serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI)¹⁹⁴ e de cláusula de reajuste em contratos de plano¹⁹⁵ ou de seguro de assistência à saúde¹⁹⁶. Todos os julgamentos ocorreram sob o rito de recursos repetitivos¹⁹⁷, com formação de teses que prestigiavam a aplicação do prazo prescricional da pretensão de enriquecimento para pretensões oriundas da revisão ou anulação de cláusula contratual¹⁹⁸.

¹⁹³STJ, Recurso Especial 1361730/RS, rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, j. 10.08.2016, *DJe* 28.10.2016.

¹⁹⁴STJ, Recurso Especial 1551956/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 24.08.2016, *DJe* 06.09.2016.

¹⁹⁵Na mesma época e sentido, foi também julgado: STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 1351420/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, j. 24.08.2016, *DJe* 02.09.2016.

¹⁹⁶STJ, REsp. 1.361.182/RS, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, j. 10.08.2016, *DJe* 19.09.2016.

¹⁹⁷Tema Repetitivo STJ n. 919; Tema Repetitivo STJ n. 938; Tema Repetitivo STJ n.610.

¹⁹⁸Tese Firmada no Tema Repetitivo 919: I - A pretensão de repetição de indébito de contrato de cédula de crédito rural prescreve no prazo de vinte anos, sob a égide do art. 177 do Código Civil de 1916, e de três anos, sob o amparo do art. 206, §3º, IV, do Código Civil de 2002, observada a norma de transição do art. 2.028 desse último Diploma Legal; II - O termo inicial da prescrição da pretensão de repetição de indébito de contrato de cédula de crédito rural é a data da efetiva lesão, ou seja, do pagamento. Tese firmada no Tema Repetitivo 938: (i) Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (artigo 206, § 3º, IV, CC). (vide REsp n. 1.551.956/SP) (ii) Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; (vide REsp n. 1.599.511/SP) (ii, parte final) Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. (vide REsp n. 1.599.511/SP); Tese firmada no Tema Repetitivo 610: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro

Paralelamente, no âmbito na Primeira Seção, prevaleceu o prazo prescricional geral para as ações de repetição de indébito por cobranças indevidas de tarifas de água e esgoto¹⁹⁹, também por julgamento sob o regime dos recursos repetitivos²⁰⁰. Vale destacar, contudo, que a fundamentação para aplicação do prazo geral é o próprio Recurso Especial n. 1.113.403/RJ, que deliberou sobre a aplicação dos prazos prescricionais do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil para a pretensão de repetição de indébito. Mas, frisa-se, não enfrentou o debate específico sobre o cabimento do prazo geral ou do prazo previsto para as pretensões fundadas em enriquecimento sem causa, ambos do Código Civil. Além disso, os demais precedentes que amparam o enunciado da Súmula 412 do Superior Tribunal de Justiça²⁰¹, também invocada nos fundamentos do acórdão da Primeira Seção, não trataram da questão sob o viés do enriquecimento sem causa. Em verdade, afastaram a aplicação do prazo prescricional do Código Tributário Nacional, tendo em vista a natureza jurídica de tarifa²⁰².

de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

¹⁹⁹STJ, Recurso Especial 1532514/SP, rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, j. 10.05.2017, *DJe* 17.05.2017.

²⁰⁰Tese firmada no Tema Repetitivo 932: O prazo prescricional para as ações de repetição de indébito relativo às tarifas de serviços de água e esgoto cobradas indevidamente é de: (a) 20 (vinte) anos, na forma do art. 177 do Código Civil de 1916; ou (b) 10 (dez) anos, tal como previsto no art. 205 do Código Civil de 2002, observando-se a regra de direito intertemporal, estabelecida no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

²⁰¹A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil. (SÚMULA 412, Primeira Seção, j. 25/11/2009, *DJe* 16/12/2009)

²⁰²STJ, Recurso Especial 149654/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, j. 06.09.2005, DJ 17.10.2005, p. 233; STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 690609/RS, rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, j. 26.03.2008, *DJe* 07.04.2008.

A divergência entre a Primeira e a Segunda Seções foi apreciada pela Corte Especial em uma série de embargos de divergência provenientes de ações de repetição de indébito por cobrança indevida em contratos de telefonia²⁰³. É bem verdade que a Corte Especial manteve o entendimento da Primeira Seção, aplicando o prazo geral às pretensões de repetição de indébito, encampando, inclusive, os mesmos fundamentos, entre eles a Súmula n. 412 do Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Especial n. 1.113.403/RJ, os quais, conforme destacado, não enfrentaram a questão sob o viés dos prazos, geral e específico, previstos no Código Civil, apenas a aplicação deste diploma em lugar do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Tributário Nacional.

A esses fundamentos, acresceram que à hipótese de repetição de indébito por cobrança de serviços não contratados não seria aplicável o enriquecimento sem causa, pois a relação contratual entre as partes configura uma causa jurídica que afasta a incidência do instituto. Além disso, o caráter subsidiário da ação *in re verso* constitui mais um impedimento para que seja aplicado à espécie, porque as partes dispõem da ação de repetição de indébito para reaver as quantias indevidamente pagas.

²⁰³STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 1515546/RS, rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 18.05.2016, *DJe* 15.06.2016; STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 622503/RS, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 20.02.2019, *DJe* 11.06.2019; STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 738991/RS, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 20.02.2019, *DJe* 11.06.2019; STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 1523744/RS, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 20.02.2019, *DJe* 11.06.2019; STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 750497/RS, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 20.02.2019, *DJe* 11.06.2019; STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 632599/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 19.02.2020, *DJe* 11.05.2020.

No julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 622897/RS²⁰⁴ e 676.608/RS²⁰⁵, o prazo de prescrição das pretensões de repetição de indébito em contratos de telefonia foi alvo de profundo debate na Corte Especial. O relator, ministro Raul Araújo, destacou que os precedentes da Primeira Seção foram formados com base no julgamento do Recurso Especial n. 1.113.403/RJ, cuja

quaestio juris a ser resolvida, nesse aspecto do prazo prescricional, deu-se entre a aplicação da norma do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que fixa em cinco anos o prazo prescricional para a “pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço”, e a do art. 177 do Código Civil de 1916, que dispunha sobre a regra geral da prescrição das ações pessoais, fixando o prazo “ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas”.

Também observou o entendimento que foi se consolidando na Segunda Seção sobre a prescrição da pretensão de repetição de indébito, inclusive reproduzindo os fundamentos do Recurso Especial n. 1.360.969/RS, aqui já mencionados, sobre o conceito de enriquecimento sem causa e seu reconhecimento como uma fonte de obrigação, a ausência de um prazo específico para repetição de indébito no Código Civil de 1916, o que não se repete na legislação em vigor, e, ainda, a tendência de redução dos prazos prescricionais. Aderindo a estes argumentos, o relator posicionou-se pela prevalência do entendimento da Segunda Seção, pela aplicação do prazo trienal de prescrição da pretensão de enriquecimento sem causa.

Permaneceu, contudo, a tese do prazo decenal de prescrição para a pretensão deduzida na ação de repetição de indébito de quantias indevidamente pagas na relação do consumidor com as empresas

²⁰⁴STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 622897/RS, rel. Min. Raul Araújo, rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 21.10.2020, *DJe* 30.03.2021.

²⁰⁵STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 676608/RS, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 21.10.2020, *DJe* 30.03.2021.

concessionárias do serviço de telefonia, oriunda da Primeira Seção e adotada pela Corte Especial desde os primeiros julgamentos sobre o tema²⁰⁶. O ministro Herman Benjamin consignou, no voto que foi acompanhado pela maioria, que desde que fora assentada pela Corte Especial a tese do prazo decenal, ela tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça, inclusive nas Turmas que compõem a Segunda Seção, que também definiu o prazo decenal de prescrição para as pretensões de responsabilidade civil contratual. Ressaltando a importância da preservação da segurança jurídica e da estabilidade da jurisprudência dos Tribunais Superiores, concluiu que inexistiam razões fáticas e jurídicas para rever o posicionamento assentado na Corte Especial.

A posição da Corte Especial tem sido reforçada²⁰⁷ e seguida pelos órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça²⁰⁸. Com efeito, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a questão está pacificada. Entretanto, no âmbito de uma revisão legislativa, voltada para o aprimoramento do Código Civil, defende-se que a questão pode e merece ser revista, a fim

²⁰⁶STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 758676/RS, rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 18.05.2016, *DJe* 15.06.2016; STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 1515546/RS, rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 18.05.2016, *DJe* 15.06.2016.

²⁰⁷STJ, Recurso Especial 749198/RS, rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 03.03.2021, *DJe* 23.03.2021.

²⁰⁸STJ, Agravo Interno no Recurso Especial 1844693/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 30.11.2020, *DJe* 03.12.2020; STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1129571/RS, rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 02.05.2022, *DJe* 09.05.2022; STJ, Recurso Especial 1817576/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 01.06.2021, *DJe* 10.06.2021; STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1547852/PR, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 26.10.2022, *DJe* 03.11.2022; STJ, Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, j. 14.10.2020, *DJe* 21.10.2020; STJ, Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1802644/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 20.09.2022, *DJe* 26.09.2022.

de contemplar o prazo trienal, tal como previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil²⁰⁹, para essas hipóteses.

Com o respeito devido à jurisprudência consolidada e aos fundamentos da tese contrária, entendo que a relação contratual preexistente não preenche os requisitos da causa jurídica, próprias do instituto previsto nos arts. 884 e seguintes do Código Civil. Os contratos jurídicos não comportam todo o tipo de transação, uma vez que existem limites éticos e jurídicos, impostos pelo próprio ordenamento, no controle de validade dos negócios e de suas cláusulas. Uma cláusula reputada inválida exprime uma vontade que não deve encontrar abrigo no direito, por isso, inclusive, os efeitos que eventualmente tenha produzido devem ser desfeitos. Há, no modesto ponto de vista deste articulista, uma incoerência em considerar inválida uma cláusula, mas considerar que essa mesma cláusula configura uma causa jurídica apta a ensejar o enriquecimento de um beneficiário em detrimento de outro, sobretudo quando o próprio ordenamento determina que sejam extintos seus efeitos.

O êxito da ação de anulação suprime a causa lícita para o pagamento efetuado e caracteriza o enriquecimento indevido de quem recebeu e, por conseguinte, a pretensão daquele que pagou de reaver o seu dinheiro²¹⁰. Nesse sentido, admitindo que o enriquecimento sem causa pode decorrer de uma prestação realizada em favor de alguém — fundada, por exemplo, em anterior acordo de vontade (causa negocial, portanto) —, cuja finalidade, entretanto, tenha se frustrado (“ausência de causa jurídica” para o destinatário da prestação recebê-la)²¹¹, o instituto justifica

²⁰⁹Já se adiantou, no decorrer do presente trabalho, que essa pretensão, qual seja, a de obter a devolução dos valores pagos indevidamente - afinal, a cláusula contratual que justificava a sua cobrança foi reputada inválida -, encontra lastro na vedação do enriquecimento sem causa, cujo ressarcimento submete-se ao prazo prescricional trienal, com esteio no art. 206, § 3.º, IV, do Código Civil”. BELLIZZE OLIVEIRA, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 138.

²¹⁰BELLIZZE OLIVEIRA, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 145.

²¹¹Compreende-se que instituto do enriquecimento sem causa pressupõe a existência de um enriquecimento patrimonial a favor de alguém, às custas de outrem (deslocamento patrimonial), sem que haja, para tanto, uma causa justificadora. BELLIZZE OLIVEIRA, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 139.

perfeitamente a pretensão do prejudicado de reaver a parcela patrimonial que transferiu ao beneficiário, e cuja causa não mais subsiste.

A subsidiariedade da ação de restituição por enriquecimento sem causa não é razão suficiente para afastar o cabimento do enriquecimento sem causa para regular a hipótese. Como já destacado em contribuição acadêmica, há considerável insegurança em definir o prazo prescricional das pretensões deduzidas em juízo a partir da nomenclatura atribuída à ação no momento de seu ajuizamento²¹². A seguir por este caminho, as pretensões estariam sujeitas a prazos variáveis entre um ano e uma década, apenas em razão da designação que lhe é conferida pelo autor da ação, o que revela a atecnia, a inconveniência e a desigualdade às quais esta opção submete o jurisdicionado. Por outro lado, a semelhança de prazos prescricionais para o exercício de pretensões de similar natureza jurídica oferece não apenas mais segurança para as relações sociais, como também proporciona maior igualdade.

A previsão de prazos mais exíguos reflete com maior fidelidade os valores de uma sociedade da informação, que constitui e extingue relações jurídicas de forma bem mais veloz. E, ao contrário do que se poderia supor inicialmente, a redução de prazos não representa um enfraquecimento da tutela jurídica, tampouco uma limitação do exercício de direitos. Na verdade, o lapso temporal mais exíguo para exercício da pretensão favorece a estabilização das relações jurídicas consolidadas, torna a produção de provas mais eficiente e segura, contribui com a efetividade dos direitos e a redução do passivo das condenações, que possivelmente serão alcançadas com maior celeridade.

Considerando, porém, as discordâncias na interpretação e aplicação do enriquecimento sem causa, a sugestão é que seja indicado expressamente o prazo prescricional das pretensões de repetição de indébito oriundas da declaração de nulidade de contrato ou cláusula contratual, o qual, na perspectiva deste autor, seria de três anos, assim como nas pretensões oriundas de responsabilidade civil extracontratual e, também, contratual, conforme exposição a seguir.

²¹²BELLIZZE OLIVEIRA, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p.127-128.

2.3. O prazo prescricional da pretensão de reparação civil

A cisão entre os campos da responsabilidade civil contratual e extracontratual, ou *aquilianiana*, tem respeitável relevância dogmática em muitos aspectos, embora seja também objeto de questionamentos²¹³, próprios das classificações jurídicas, objeto de constante debate e aperfeiçoamento.

No Código Civil de 2002, “substituiu-se a ideia de sanção pelo ilícito pela reparação pelo dano injusto”²¹⁴, tanto que a medida da indenização, segundo o critério do art. 944, será a extensão do dano, não a reprovabilidade da conduta ou a gravidade do ato. No que diz respeito à prescrição, o Código Civil inovou ao prever um prazo prescricional específico para a pretensão de reparação civil, no art. 206, § 3º, V. E ele o fez sem qualquer distinção ou classificação quanto à natureza do dano, oportunizando que autorizada doutrina concluísse “que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual,

²¹³Reinhard Zimmermann explica que a origem da submissão do devedor ao credor pelo vínculo da obrigação está relacionada ao acordo feito entre eles, que por meios artificiais, atribuía ao devedor a mesma responsabilidade que decorria da lei nos casos de delito (p. ex. *nexum*). O mesmo autor, ao abordar a *summa divisio obligationum*, assevera que “a fronteira entre o contrato e o delito não é tão clara quanto se poderia imaginar, e tem se tornado cada vez mais turva quando se compara como os diferentes sistemas jurídicos modernos tentam tratar as demandas de ampliação da responsabilidade decorrentes das complexidades tecnológicas”. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 4-5 e 11.

²¹⁴“A outra série de considerações diz respeito à própria Teoria da Responsabilidade Civil atual, que tanto no Código Civil, de 2002, quanto já no Código de Defesa do Consumidor, está voltada, como em todo Direito Contemporâneo, para a proteção da vítima. A vítima é o centro da Responsabilidade Civil e não mais o ofensor, como no Direito vindo dos séculos XIX e XX, em que o voluntarismo e o individualismo eram princípios dominantes. Substitui-se a ideia de sanção pelo ilícito pela reparação do dano injusto”. ANCONA LOPEZ, Teresa. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 101, jan-dez 2006, pp.111-152, p. 119.

haja vista a dicção ampla do preceito²¹⁵. Não foi outra a diretriz interpretativa cristalizada no enunciado 419, na V Jornada de Direito Civil. Essa afirmação tem amparo em tradicional regra de hermenêutica, extraída de brocado latino e que se notabilizou no Brasil pela lição de Carlos Maximiliano: onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir²¹⁶.

Não obstante, pairam dúvidas sobre a aplicação do prazo trienal a todas as hipóteses de responsabilidade civil, inclusive a contratual, pois há quem defenda que esta se submete ao prazo geral de dez anos, uma vez que a regra deve ser aplicada restritivamente, apenas à responsabilidade aquiliana²¹⁷.

O debate sobre os prazos de prescrição das pretensões constituídas sob o regime da responsabilidade civil contratual ou extracontratual alcançou o exercício da judicatura pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.280.825/RJ²¹⁸, e, tal como na doutrina, duas correntes interpretativas se formaram.

Os ministros²¹⁹ que entenderam que o prazo trienal é específico para as pretensões de responsabilidade extracontratual, e por

²¹⁵TEPEDINO, Gustavo; *et all.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v.1, p. 411.

²¹⁶Trata-se da tradução do brocado latino: ‘*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*’, sobre o qual o autor explica: “Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica ...cit.*, p. 233 - item 300.

²¹⁷THEODORO JUNIOR, Humberto. *Prescrição e Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 222; CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição trienal e ‘reparação civil’. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB*, v. 13, n. 49, jul.-set. 2010, p.20-21.

²¹⁸STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.280.825/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 27.06.2018, DJe 02.08.2018.

²¹⁹Ministra Nancy Andrighi, Ministra Maria Isabel Gallotti, Ministro Antonio Carlos Ferreira, Ministro Marco Buzzi e Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região).

consequente atribuem o prazo geral de dez anos às pretensões baseadas na responsabilidade contratual, perfilharam essa conclusão nos seguintes fundamentos: (i) na vigência do Código Civil de 2002, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclinou-se para o prazo decenal²²⁰; (ii) o elemento normativo-literar ‘reparação civil’ só foi utilizado pelo legislador de 2002 para fazer referência às hipóteses de responsabilidade extracontratual; (iii) o inadimplemento contratual enseja três potenciais pretensões para o credor – a execução específica; a execução pelo equivalente e a resolução do contrato – todas interligadas pelos mesmos contornos fáticos jurídicos, o que exige a aplicação das mesmas regras, inclusive prescricionais para as consequências negativas oriundas do mesmo fato e com os mesmos fundamentos jurídicos²²¹; (iv) a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual sempre foram tratadas de modo diverso no direito, pois são fonte de obrigações muito diferentes com fundamentos distintos, portanto a violação de um direito absoluto e o inadimplemento de um direito de crédito não podem ser submetidas ao mesmo tratamento jurídico²²² sob pena de malferir o princípio da isonomia; e (v) a distinção de prazos é pragmaticamente oportuna, uma vez que em contratos duradouros a composição entre as partes é mais provável do que nos casos de responsabilidade extracontratual.

A interpretação segundo a qual o prazo trienal do art. 206, §3º, V é aplicável a todas as pretensões respaldadas na responsabilidade civil também teve adesão entre os ministros, embora não tenha sido a tese

²²⁰MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, v. 979, ano 106, maio 2017, pp.215-241, p.221.

²²¹O argumento é defendido doutrinariamente por Judith Martins Costa e Cristiano Sousa Zanetti: “A preservação da coerência do ordenamento jurídico exige que, como regra, o credor tenha à disposição o mesmo prazo para exercer os distintos direitos que possui diante do descumprimento, a saber, a execução específica, a execução pelo equivalente ou a resolução, somadas, em todas as hipóteses, às perdas e danos decorrentes do inadimplemento. O raciocínio em sentido diverso priva de lógica e de coerência o ordenamento e, portanto, não encontra abrigo entre nós”. MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade contratual...cit.*, p. 230.

²²²MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Op. cit.*, p. 231-235.

vencedora. Os fundamentos da divergência foram: (i) o legislador pátrio unificou o prazo prescricional da pretensão de reparação civil, tornando completamente irrelevante a distinção da ação reparatória fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual; (ii) não é razoável a interpretação restritiva de norma que, por sua própria redação, evidencia o propósito de ser abrangente; (iii) o prazo decenal estabelecido no art. 205 tem caráter residual; (iv) o legislador teve a intenção de unificar os prazos das pretensões de cunho reparatório, tanto que estabeleceu prazo trienal para aquelas fundadas em enriquecimento sem causa (art. 206, §3º, VI); (v) a distinção dos prazos prescricionais decorrem das diferenças entre a pretensão de adimplemento e de reparação pelo inadimplemento²²³ e (vi) a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça reconhece que a pretensão de reparação civil, seja contratual ou não, prescreve em três anos.

Oportuno destacar que mesmo entre os ministros que seguiram a tese interpretativa da distinção dos prazos prescricionais da responsabilidade civil, há o reconhecimento de que ela “comporta crítica, mas diz respeito somente a uma possível alteração legislativa”²²⁴, o que corrobora o intuito deste artigo. Registre-se que não se trata de revanchismo ou recalcitrância em seguir o entendimento majoritário da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça²²⁵, mas do amadurecimento do pensamento jurídico já manifestado na ocasião, que ora se apresenta em novo contexto de debate, voltando para o aperfeiçoamento do Código Civil de 2002.

Também na Corte Especial o prazo prescricional da pretensão de reparação civil por descumprimento contratual dividiu o colegiado,

²²³TEPEDINO, Gustavo. *Novas fronteiras do direito civil*. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 565-572.

²²⁴STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.280.825/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 27.06.2018, *DJe* 02.08.2018, voto da Min. Nancy Andrighi, p. 31.

²²⁵STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1991931/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 22.05.2023, *DJe* 24.05.2023; STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2214804/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 28.08.2023, *DJe* 30.08.2023.

no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.281.594/SP²²⁶.

A posição de unificação dos prazos prescricionais com origem em responsabilidade civil, seja ela contratual ou não, foi ancorada nos seguintes fundamentos: (i) O Código Civil de 2002 adotou, como regra geral, a redução dos prazos prescricionais; (ii) a “responsabilidade” civil é termo que se utiliza tanto para a responsabilidade contratual quanto para a extracontratual; (iii) em várias passagens, o Código Civil usa o mesmo termo (reparação) para se referir tanto às relações contratuais como extracontratuais; (iv) os princípios da operabilidade, socialidade e eticidade, que consistem nos principais pilares do Código Civil, primam pela simplicidade e fácil compreensão da norma, bem como pela segurança jurídica, de modo que não é dado ao intérprete distinguir o que a norma presente no art. 206, §3º, V, do Código Civil, não distingue; (v) a formulação de norma mais específica impõe distinção que deve ser respeitada pelo intérprete, em homenagem à separação dos poderes; (vi) o exercício da pretensão principal e da acessória pode se sujeitar a prazos prescricionais distintos (p. ex. art. 206, §3º, III, do Código Civil); (viii) não há razões axiológicas para justificar o tratamento distinto dos danos contratuais e extracontratuais em termos de prescrição; (ix) a conclusão de que o prazo prescricional para o exercício da pretensão de devolução de valores cobrados sem lastro contratual é de dez anos não obsta o reconhecimento de que a pretensão de indenização pelo descumprimento contratual é trienal.

A tese majoritária na Corte Especial foi, contudo, aquela que atribui o prazo geral de dez anos à pretensão de reparação por descumprimento de contrato. O voto vencedor, da lavra do ministro Félix Fischer destacou que (i) o termo ‘reparação civil’, empregado pelo art. 206, §3º, V, do Código Civil, restringe-se aos danos decorrentes de ilícito não contratual; (ii) a majoritária doutrina nacional, inspirada nos

²²⁶STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial 1281594/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Félix Fischer, Corte Especial, j. 15.05.2019, *DJe* 23.05.2019.

ensinamentos internacionais provenientes do direito romano, há tempos reserva o termo ‘reparação civil’ para apontar a responsabilidade por ato ilícito *stricto sensu*, cindindo a responsabilidade civil entre extracontratual e contratual, considerando a distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, que vedaria o tratamento isonômico; (iii) a prescrição constitui regra restritiva de direitos e, por isso, não comporta interpretação ampliativa; e que (iv) o dever de indenizar tem natureza acessória em relação ao cumprimento contratual, de modo que, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução específica, sujeita ao prazo de dez anos de prescrição, a pretensão acessória não pode ser alcançada pela prescrição.

Longe de desprezar a importância da tradição e da estabilidade das decisões judiciais para a segurança jurídica, tampouco negando o papel da jurisprudência enquanto fonte do Direito, ainda que secundária em nossa tradição romano-germânica, permanece inalterado o entendimento de que há muitas razões, de ordem sistemática, científica e prática para aplicar o prazo prescricional trienal do art. 206, §3º, V, do Código Civil às pretensões de reparação civil fundadas na responsabilidade contratual e extracontratual.

A escolha legislativa de redução dos prazos prescricionais do Código Civil de 2002 em relação ao diploma de 1916 foi amplamente reconhecida pela doutrina, e inclusive teve boa receptividade na comunidade jurídica, conforme já tratado neste artigo. A opção por prazos mais exíguos alinha-se à tendência mundial²²⁷, numa era em que reconhecidamente as relações civis se proliferam e se aceleram.

²²⁷“J. Gomes indica doutrina nacional, de Rodrigues Bastos, que critica o presente C.C. no sentido de ter apenas reduzido o antigo prazo geral prescricional de 30 anos do C. Seabra para 20, quando a tendência europeia da altura, mormente o Cod. Civile e o ZGB suíço se fixarem em 10 anos. Mas, sobretudo, atualmente face ao BGB que reduziu o prazo ordinário de 30 para 3 anos, ainda que com diversos prazos especiais e como se viu, um aumento do sistema da suspensão da prescrição. Na nossa ótica, é este o panorama hodierno na doutrina europeia, o abandono, ou pelo menos a sua ponderação, de prazos decanos por prazos mais curtos tendo em vista a conformidade à vida moderna e na facilidade da comunicação”. VASCONCELOS, Pedro Miguel Cândido de. *As causas de suspensão da prescrição em Direito Civil*. Dissertação Mestrado

As distinções nos regimes de responsabilidade civil contratual e extracontratual, embora existentes, não são suficientes para justificar a submissão a prazos prescricionais tão discrepantes. Em primeiro lugar porque baralhar a distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual e a diferença entre os direitos absolutos e os direitos de crédito é uma impropriedade grave, por muitas razões. Uma delas é que a distinção entre direitos absolutos e de prestação foi abandonada como critério para identificar a prescrição e a decadência sob a égide do Código Civil de 2002. Na verdade, já foi exposto no presente artigo que este critério sequer vingou na vigência do Código Civil de 1916, em que sobressaiu o método proposto por Agnelo Amorim Filho.

Outrossim, a oposição entre direitos absolutos e direitos a uma prestação, sugerindo que a violação aos primeiros seria mais grave que aos segundos, não se sustenta. Basta lembrar que os direitos absolutos são aqueles exigíveis *erga omnes*, ou seja, de todos, de modo que não apenas os deveres de abstenção que protegem a vida, a saúde, a identidade e a personalidade dos indivíduos podem ser exigidos dos demais, mas também aquelas abstenções típicas da proteção dos direitos reais, como a propriedade. De outra banda, não se pode perder de vista que uma prestação contratual de fazer envolve desde uma obra de arte até a autorização para realização de uma cirurgia de emergência, ou o fornecimento de remédio ou tratamento que pode significar a vida ou a morte para o ‘credor’.

Em síntese, valorar abstratamente os direitos absolutos e relativos a partir de uma oposição entre direitos existenciais e direitos patrimoniais é uma falácia, que não pode mais encontrar lugar num mundo em que se reconhece, por exemplo, a categoria dos contratos existenciais, bem como o aspecto patrimonial de direitos da personalidade. Existem direitos absolutos protegidos pela responsabilidade contratual e pela responsabilidade extracontratual, assim como há muitos direitos relativos tutelados pelos princípios *nemien laedere* e pelo *pacta sunt servanda*. Deste

– Faculdade de Direito da Escola do Porto. Porto, 2018, 58 p., p.50-51.

modo, a classificação dos direitos em absolutos ou relativos não acrescenta à discussão sobre a prescrição das pretensões contratuais e extracontratuais, mas ao contrário, apenas favorece confusões dispensáveis.

De modo semelhante, a intensidade do contrato social ou o período de duração do vínculo não constituem parâmetro adequado para justificar a diferença de prazos prescricionais como advoga a corrente que submete as pretensões de responsabilidade civil a prazos tão díspares. Embora a teoria do contrato social exponha uma lógica interessante, não se pode perder de vista que ela surgiu na Alemanha, justamente para justificar a aplicação do regime prescricional da responsabilidade contratual às pretensões que estariam desprovidas de tutela jurídica sob aquele regime específico, o que não ocorre no direito brasileiro²²⁸. Ademais, as pretensões fundadas no inadimplemento contratual envolvem tanto os contratos de décadas como a compra e venda de um lanche na padaria da esquina. As pretensões calcadas na responsabilidade civil, por sua vez, abrangem o dano pelo abalroamento de veículos no trânsito ao dano moral causado por agressão verbal ou mesmo física praticada por um vizinho, colega de trabalho ou até um concorrente no mercado, que pode ter sido instantânea ou duradoura. Desta forma, a classificação em danos contratuais ou extracontratuais novamente não é determinante para verificar a extensão dos efeitos danosos no tempo.

Todavia, o raciocínio que subjaz à teoria do contrato social oferece um elemento relevante para o exercício da pretensão e que pode justificar uma distinção dos prazos prescricionais, porém no sentido contrário a que hoje se verifica no direito brasileiro. Vale lembrar que pretensão é conceito intrínseco à ideia de exigência de uma prestação, que pressupõe não apenas a ciência de que tal prestação é devida como por quem ela deve ser realizada. O argumento não é banal e esteve no cerne das discussões que justificaram a combinação de prazos prescricionais após a reforma do direito alemão de 2002, que também já foi objeto deste artigo em sessão própria, e que

²²⁸CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. O 'contato social' no ordenamento jurídico alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 16, ano 5, jul-set. 2018, p.211-219.

culminou, registre-se, na uniformização do sistema de contagem dos prazos prescricionais para pretensões contratuais e extracontratuais.

Nesse sentido, é um contrassenso admitir que a pretensão de reparação de um dano causado por quem, até então, não tinha nenhum vínculo jurídico com o lesado seja submetida a prazo mais exíguo do que aquele de que dispõe o contratante para exercer sua pretensão em desfavor daquele com quem tem um vínculo contratual. Isso porque a identificação por parte do lesado daquele contra quem deverá exercer sua pretensão tende a ser mais fácil na segunda situação do que na primeira.

Deve-se acrescentar, ainda, uma segunda incoerência em admitir prazos diversos para pretensões fundadas na responsabilidade contratual e extracontratual, sob a égide do Código Civil de 2002. Partindo da premissa de que o Código Civil trata de relações paritárias, ao passo que o Código de Defesa do Consumidor é diploma legal orientado para a proteção da parte vulnerável, é incoerente que as pretensões fundadas no inadimplemento de contratos civis estejam submetidas ao prazo prescricional decenal, enquanto as pretensões oriundas do descumprimento dos contratos de consumo estejam sujeitas ao prazo de cinco anos. Essa dissonância torna-se ainda mais aguda quando as legislações comparadas são colocadas em perspectiva histórica, afinal o Código de Defesa do Consumidor antecedeu o Código Civil em mais de uma década.

Nesse talante, cumpre novamente destacar que é salutar a opção de conferir o mesmo prazo para pretensões semelhantes²²⁹, sejam

²²⁹Sobre a reforma do direito das obrigações de 2002 realizada na Alemanha: “Antes da reforma, havia toda uma série de disputas acadêmicas cujo propósito era, unicamente, modificar a duração dos prazos prescricionais. Assim, os tribunais tinham elaborado interpretações da doutrina – algumas inclusive muito estranhas – com o simples objetivo de introduzir emendas em relação à questão dos prazos. Isso acarretou distinções extraordinariamente sutis, às vezes até incompreensíveis e, por conseguinte, a perda da precisão legal. Justamente, esse estado insatisfatório da lei constituía uma das principais razões da reforma. Logo, era evidente e lógico abordar diretamente a raiz do problema, fazendo da prescrição o ponto de convergência da reforma”. CANARIS, Claus Wilhelm. *O novo direito das obrigações...cit.*, p.110.

elas fundadas em enriquecimento sem causa, ou responsabilidade civil – contratual e extracontratual²³⁰. Por pretensões semelhantes, todavia, não se devem tomar pretensões decorrentes do mesmo fato jurídico, mas aquelas cujo objeto exigido é de natureza similar. A propósito, o argumento de que a pretensão de exigir o cumprimento contratual específico deve estar subordinada ao mesmo prazo prescricional da pretensão que busca o ressarcimento pelas perdas e danos ocasionados pelo inadimplemento do contrato é bastante razoável.

Contudo, analisando a fundo o argumento, não é difícil notar que, embora ambas as pretensões tenham por origem o mesmo fato, elas são, na essência, diversas, porque possuem objetos distintos, cuja forma de exigir será processualmente diversa. A diferença quanto ao conteúdo das pretensões do credor a partir do inadimplemento torna-se ainda mais evidente quando se percebe que ela envolve também direitos potestativos, como a resolução do contrato.

A aparente incongruência entre a diferença de prazos prescricionais para as pretensões de execução específica, execução pelo equivalente ou resolução e de perdas e danos não inviabiliza, ao fim e ao cabo, o exercício de nenhuma delas. Lembre-se que a escolha do credor por exigir a tutela específica da obrigação não afasta ou inviabiliza a sua pretensão ao recebimento da multa moratória, por expressa previsão legal.

A propósito, existem várias pretensões semelhantes para as quais o legislador estabeleceu um prazo específico, como: (i) a pretensão de cobrança de dívida líquida constante em instrumento público ou particular (art. 206, § 5º, I, do Código Civil), (ii) a cobrança de juros e outros consectários (art. 206, § 3º, III, do Código Civil)²³¹, (iii) a pretensão de cobrança da hospedagem ou dos alimentos atribuída a hospedeiros e fornecedores de víveres para consumo no estabelecimento (art. 206, §1º, I,

²³⁰No mesmo sentido: Enunciado n. 419 da V Jornada de Direito Civil: “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

²³¹STJ, Agravo Regimental no Agravo 1241620/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 15.12.2009, *DJe* 02.02.2010.

do Código Civil), (iv) a pretensão do segurado contra o seguradora e vice-versa (art. 206, § 1º, II, do Código Civil), (v) a pretensão ao recebimento dos aluguéis (art. 206, § 3º, I, do Código Civil). Todas essas são pretensões oriundas de uma obrigação de dar coisa, no caso, dinheiro e tem como fundamento jurídico um contrato. A cada uma delas, porém, por diversas razões, o legislador conferiu um prazo prescricional diferente. Ora, se para pretensões aparentemente semelhantes o legislador indicou prazos distintos, qual a razão para exigir que pretensões com objetos tão distintos devam se submeter ao mesmo prazo prescricional?

Outros elementos de distinção entre o regime jurídico da responsabilidade contratual e extracontratual apontados para fundamentar a discrepância do prazo prescricional, tais como a capacidade das partes, a prova, a culpabilidade, o termo inicial, a prefixação do dano ou mesmo a limitação da responsabilidade não são aptos para esse fim. Não se negam essas distinções, sua relevância prática ou sua razão de ser. As categorias e classificações são fundamentais para qualquer Ciência, e o Direito não foge a esta realidade. O que se argumenta é que essas classificações devem ser utilizadas corretamente, e isto não ocorre no caso da responsabilidade civil no que diz respeito aos prazos prescricionais, uma vez que as diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual não justificam que as pretensões oriundas da primeira estejam submetidas ao prazo prescricional de uma década, enquanto as pretensões que têm origem na segunda seguem o prazo de três anos. A distinção não é salutar para o sistema, tampouco para os jurisdicionados e tanto menos os aplicadores do direito, que se submetem à insegurança de esforços interpretativos sobre um texto que não foi perfeitamente claro em sua opção.

Quanto ao tratamento jurisprudencial historicamente dado ao tema, não se desconhece a tese firmada²³² no julgamento do Recurso Especial n. 1.033.241/RS²³³. Todavia, ainda que proferido sob a vigência

²³²Tese n. 44 dos Recursos Repetitivos STJ: “A prescrição incidente nas ações que visem à subscrição complementar de ações rege-se pelo prazo vintenário ou decenário, conforme as regras do anterior ou do atual Código Civil.”

²³³STJ, Recurso Especial 1033241/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção,

do Código Civil de 2002, o debate sob a prescrição tomou como único critério a natureza pessoal obrigacional do direito, e, portanto, sem se ocupar da discussão em tela. Na verdade, a análise do tratamento jurisprudencial da questão deve ir além da identificação quantitativa de acórdãos que decidiram desta ou daquela maneira. É imperioso identificar em quais ocasiões o debate envolveu de fato as teses jurídicas em questão, como no caso do Recurso Especial n. 822.914/RS²³⁴ ou do Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.150.091/RS²³⁵ pois, os precedentes que aplicam o prazo de prescrição decenal, a maioria firmado em ações que pretendiam a complementação de ações de companhias telefônicas, o fazem com base no antigo critério que atribuía às pretensões baseadas em direitos pessoais o prazo de vinte anos, substituído pelo de dez²³⁶. Assim, a estabilidade jurisprudencial não pode servir de argumento para afastar discussões que ainda não foram travadas no âmbito dos tribunais, sob pena de tornar estagnada a jurisprudência que se pretende segura.

Assim, por todos os argumentos expostos neste item, a sugestão é que a oportunidade da reforma seja aproveitada para dar ao problema a

j. 22.10.2008, *DJe* 05.11.2008.

²³⁴STJ, Recurso Especial 822914/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 01.06.2006, *DJ* 19.06.2006, p. 139.

²³⁵STJ, Agravo Regimental no Agravo 1150091/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 29.9.2009, *DJe* 15.10.2009.

²³⁶STJ, Recurso Especial 1024309/RS, rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 15.05.2008, *DJe* 05/08/2008; STJ, Recurso Especial 616069/MA, rel. min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 26.02.2008, *DJe* 14.04.2008; STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1054613/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 21.08.2008, *DJe* 11.09.2008; STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial 1038699/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 12.08.2008, *DJe* 03.09.2008; STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1064893/RS, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, j. 21.10.2008, *DJe* 03.11.2008; STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1051854/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 26.08.2008, *DJe* 20.10.2008; STJ, Agravo Regimental no Agravo 1087475/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 14.04.2009, *DJe* 27.04.2009.

solução mais adequada, que, no entender deste articulista, é submeter às pretensões de ressarcimento e reparação civil, fundadas em contrato ou ato ilícito, ao mesmo prazo de três anos.

A subcomissão responsável pelo relatório de sugestões para atualização da Parte Especial do Código Civil sugeriu unificar o prazo prescricional das pretensões de reparação civil contratual e extracontratual em cinco anos²³⁷. Esse prazo, inclusive, passa a ser o prazo máximo geral do Código Civil, em substituição ao de dez anos. Já a pretensão cominatória em caso de descumprimento de deveres principais ou acessórios, próprios das obrigações de fazer, prescreverá em três anos, com a nova redação proposta para o inciso VI do § 3º do art. 206 do Código Civil²³⁸.

CONCLUSÃO

A prescrição é um tema bastante sensível e desafiador nos aspectos doutrinário, jurisprudencial e legislativo. Intrinsecamente relacionada ao exercício de direitos subjetivos, à segurança jurídica e aos campos material e processual, ela tem sido objeto de muitas correntes e discussões, há muito tempo e não somente entre os juristas brasileiros. Como um instituto da Teoria Geral do Direito, é central para equilibrar os valores da justiça e da segurança no plano jurídico ao longo do tempo. E, mesmo os consensos arduamente alcançados sobre o tema, ensejam novas dúvidas e inquietações, que fazem deste um tema único em importância e necessário cuidado.

A legislação, enquanto fonte primária do nosso direito de matriz romano-germânica, é o ponto de partida natural na procura por respostas para as questões jurídicas que se colocam em nosso ordenamento. Nesse sentido, verifica-se que as mudanças realizadas sobre o tema da prescrição entre o Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002 foram

²³⁷A proposta de redução e unificação dos prazos prescricionais de responsabilidade civil em cinco anos teve por base o Código de Defesa do Consumidor e a harmonização das discussões entre estes diplomas legais.

²³⁸O precedente mencionado para fundamentar a unificação dos prazos prescricionais das pretensões de responsabilidade civil contratual e extracontratual é os Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.281.594/SP, já analisado nesta seção.

sensíveis aos debates e dúvidas da comunidade jurídica sobre essa figura. Orientados pelos princípios da operacionalidade, socialidade e eticidade, os membros da Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto, bem como aqueles que participaram do processo legislativo de construção da Lei n. 10.406/2002, buscaram distinguir com maior segurança os prazos de prescrição e decadência, ao tratar da primeira no rol dos arts. 205 e 206, da Parte Geral, e dispor sobre a segunda de forma pontual, nos Livros que compõem a Parte Especial.

Além disso, o legislador optou por indicar, no texto da lei, a posição sobre a natureza jurídica e o objeto da prescrição. Assim, ao elaborar o art. 189 do Código Civil, indicou que a prescrição recai sobre a pretensão, seguindo a teoria da *anspruch*, desenvolvida na Alemanha. Essa escolha fortaleceu os argumentos de Pontes de Miranda, já bem conhecidos e aceitos pela doutrina civilista, sobre a natureza jurídica da prescrição enquanto exceção de direito material.

Por um lado, se o tratamento legal mais detalhado destinado à prescrição apaziguou alguns debates que antes prejudicavam a sua aplicação, não é menos certo que novos desafios foram colocados para a doutrina, magistrados e operadores do direito. Nesse sentido, a redação do art. 189, ao sugerir que a pretensão nasce com a violação do direito, e que a prescrição extingue a pretensão, contradiz a intenção e a própria opção feita por aqueles que prepararam o anteprojeto da lei.

O Código Civil de 2002 também promoveu uma significativa redução dos prazos prescricionais, na linha da tendência mundial que se confirmou em reformas e codificações posteriores. O prazo geral, subsidiário, passou para dez anos (art. 205), ao passo em que prazos específicos que seriam de um a cinco anos foram elencados para pretensões específicas ao longo do art. 206. Todavia, essa nova forma de previsão dos prazos precisa ser acompanhada de uma atualização do fundamento da prescrição no pensamento do intérprete. Ainda que muito se escreva sobre a importância desta figura para a segurança jurídica, muitos ainda insistem em identificá-la como um favor legal, ou mesmo um benefício ao devedor que não cumpriu a obrigação, e com essa justificativa restringem

a aplicação das hipóteses especiais do art. 206 e acabam aplicando o prazo geral, e mais extenso.

Como é de conhecimento daqueles que se dedicam aos trabalhos jurídicos, a beleza e o desafio do direito estão na versatilidade de normas que podem ser extraídas do texto legal. Porém, sendo a prescrição uma figura chave para a segurança jurídica, a reforma do Código Civil apresenta a oportunidade de aperfeiçoamento do texto, no sentido de consolidar alguns consensos alcançados após vinte anos de sua vigência, e, por outro lado, de facilitar a construção de alguns outros, especialmente quanto aos prazos prescricionais atribuídos a algumas pretensões específicas. Nesse laborioso trabalho, a experiência prática dos tribunais é uma ferramenta valiosa tanto para detectar os pontos de maior insegurança e debate, como para apresentar quais as respostas já foram possíveis, a partir do viés prático da solução de casos concretos.

Uma consulta ao repertório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça confirma as dificuldades do tratamento legal da prescrição, mesmo após os esforços de preparação do Código Civil de 2002, e reflete a multiplicidade de posições possíveis a partir do texto atual. Pela relevância dos acórdãos envolvidos em cada tema, e pelos limites próprios de um artigo, o foco deste trabalho foi direcionado para (i) a definição do termo inicial da prescrição; (ii) a extensão da pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa e (iii) o prazo prescricional da pretensão de reparação civil contratual e extracontratual.

A definição do termo inicial de fluência da prescrição põe em debate as vertentes objetiva e subjetiva da *actio nata*. A posição tradicional do direito brasileiro, tanto na doutrina clássica como no próprio texto legal, é que a prescrição começa a fluir quando surge a pretensão, de maneira objetivamente identificável, independentemente da ciência do titular do direito. A perspectiva subjetiva da *actio nata*, por sua vez, vincula o termo inicial ao momento em que o titular do direito toma ciência da violação e da pretensão que poderá exercer. Essa corrente tem conquistado adeptos na doutrina e foi reconhecida em alguns casos, de caráter excepcional, pelo Superior Tribunal de Justiça.

A questão central do debate, sob o ponto de vista da Ciência Jurídica, é identificar se a ciência do titular do direito está no suporte fático da prescrição, ou não. Subjacente a esta discussão mais técnica, existem princípios jurídicos priorizados por cada uma das correntes da teoria da *actio nata*, na medida em que exigir o elemento subjetivo no suporte fático da prescrição não é uma opção teórica desprovida de consequências, tampouco o é dispensá-lo.

A corrente subjetiva reforça a justiça e a ética na aplicação da norma jurídica, mas conduz à maior insegurança jurídica e ao risco de perpetuação da pretensão, além de exprimir condescendência com o comportamento negligente de quem zela por seus direitos. Por outro lado, a corrente objetiva favorece a segurança jurídica e a estabilidade das relações, porém sua aplicação rigorosa pode resultar em punição daquele que sequer teve ciência da pretensão que poderia exercer. Ambas as perspectivas possuem seus bônus e ônus no sistema jurídico.

A combinação entre essas vertentes resulta em várias alternativas voltadas para o equilíbrio entre a segurança e a justiça na aplicação da prescrição. Entre elas, destacou-se: (i) a construção de um sistema híbrido, combinando prazos objetivos e subjetivos para cada pretensão, à semelhança do que foi realizado no ordenamento jurídico alemão, (ii) o aprimoramento das exceções legais e identificação de situações em que o início da prescrição deverá pressupor a ciência do lesado, e (iii) o aperfeiçoamento das hipóteses de interrupção e suspensão da prescrição para prever as situações excepcionais sem que os requisitos para início da prescrição tenham que mudar.

Seja qual for o caminho eleito pelo legislador, a identificação das situações nas quais a ciência do titular do direito se torna sensivelmente necessária é um ponto importante, com o qual a jurisprudência tem muito a contribuir. A análise empreendida na jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça aponta que a teoria subjetiva da *actio nata* foi aplicada em hipóteses de pretensão de reparação fundamentada em responsabilidade civil extracontratual (danos ambientais, negligência de notário, violação de direitos autorais, danos ao patrimônio público) e

em responsabilidade contratual (compra e venda de imóvel, exclusão do cooperado, aluguel de espaço publicitário, contrato de mandato). Também foram apontados acórdãos em que não apenas a ciência do lesado, mas a efetiva possibilidade de exercício da pretensão foi determinante para o início da prescrição, no caso da pretensão exercida pela massa falida contra o ex-síndico. Em outras ocasiões a ciência do titular só foi considerada a partir de ato formal, como intimação pessoal e trânsito em julgado.

Acerca da prescrição da pretensão de herança nos casos de reconhecimento de filiação *post mortem*, o Superior Tribunal de Justiça firmou posição no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 1.260.418/MG pela Segunda Seção, no sentido de que a data da abertura da sucessão é quando tem início a prescrição da petição de herança, e já houve afetação de recursos especiais para corroborar a tese em julgamento pelo rito dos recursos repetitivos.

Foram também apresentados alguns acórdãos em que ficou demonstrada a preocupação do Superior Tribunal de Justiça com os limites e o caráter excepcional da teoria subjetiva da *actio nata*. Em síntese, no entendimento do Tribunal, o critério da ciência do lesado seria excepcional e cabível somente nas situações em que a natureza e a extensão do dano não podem ser identificadas num momento específico, pois se manifestam muitos anos após a conduta do agente.

Sobre a extensão da pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa, foram apresentadas as correntes de entendimento formadas na Primeira e na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, bem como o posicionamento da Corte Especial que endossou o entendimento de que a pretensão de repetição de indébito amparada em cláusula contratual, cuja nulidade é reconhecida, submetesse ao prazo geral do art. 205 do Código Civil.

Contudo, com o devido respeito à posição consagrada pelo Tribunal de Cidadania, defendeu-se neste artigo que tal pretensão estaria sujeita ao prazo trienal previsto para o ressarcimento de enriquecimento sem causa, uma vez que se a cláusula ou o contrato é declarado inválido pelo ordenamento, não pode então considerá-lo como causa jurídica

apta a justificar a transferência patrimonial entre os contratantes. A subsidiariedade da ação de restituição por enriquecimento sem causa não é argumento suficiente para afastar a prescrição trienal, pois o que releva é identificar a natureza da pretensão em causa, e não a designação que o autor escolhe dar à ação ao distribuí-la.

Quanto ao prazo prescricional da pretensão de reparação civil, entende-se que ele é trienal, independente da natureza contratual ou extracontratual do ilícito, uma vez que não há distinção no inciso V, do § 3º, do art. 206, do Código Civil, portanto, não cabe ao intérprete fazê-la. Essa é a interpretação que melhor coaduna com os princípios da operabilidade e socialidade, linhas mestras do Código Civil de 2002, além de proporcionar maior segurança jurídica e corroborar a tendência erigida pelo legislador de redução dos prazos prescicionais. É, ainda, a que melhor dialoga com o ordenamento jurídico como um todo, especialmente com o Código de Defesa do Consumidor.

Não há razões suficientemente seguras para distinguir o tratamento prescricional da responsabilidade civil contratual e extracontratual, pois não é possível, *a priori*, valorar a gravidade do ilícito contratual e extracontratual. A teoria do contrato social, por outro lado, justificaria um prazo maior para a prescrição da pretensão de ressarcimento do ilícito extracontratual, e não o contrário, como defende a corrente oposta. De modo semelhante, a distinção intrínseca das pretensões de cumprimento específico do contrato, de execução pelo valor equivalente e de resolução, é suficiente para justificar a diferença de prazos para cada uma delas, sobretudo porque não compromete o exercício de nenhuma delas.

Por fim, oportuno distinguir a conveniência da uniformização dos prazos prescicionais de pretensões semelhantes, calcadas na responsabilidade civil contratual e extracontratual, e no enriquecimento sem causa, pois muitas são as ações em que elas se combinam ou mesmo se confundem. A unificação atenderia aos interesses da segurança jurídica, igualdade e coerência do sistema jurídico em termos de prescrição.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, n. 775, mai-2000.

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa, *Revista dos Tribunais*, v. 259, ano 46, maio 1957, pp. 3-36.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, ano 3, abr – jun 2016, pp. 343-375.

AMORIM, Tatiana Tenório de. Prescrição e decadência – análise da distinção à luz da teoria geral do direito civil. *Revista Fórum de Direito Civil*, ano 2, n. 4, set-dez 2013, pp.77-104.

ANCONA LOPEZ, Teresa. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 101, jan-dez 2006, pp.111-152.

ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *A prescrição no Direito Civil brasileiro: natureza jurídica e eficácia*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, 281 p.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: RT, 2022.

AZÁRIO, Márcia Pereira. A Parte Geral do Código Civil de 2003: análise crítica da sua manutenção e abordagem de algumas inovações relacionadas ao tratamento legal das pessoas jurídicas, à prescrição e à decadência e ao regramento da prova. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57, jun. 2004, pp.69-97.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 11, jul-set 2002, pp. 67-77.

BELLIZZE OLIVEIRA, Marco Aurélio. Questões polêmicas sobre a prescrição. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 123-166.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1951, v. 1.

BÜLLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Da prescrição e da decadência*. 2 ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Contenuti fondamentali e profili sistematici del *gesetz zur modernisierung des schuldrechts*. Trad. Marcello Farneti e Sonja Haberl. In: CRISTOFATO, Giovanni de (a cura di). *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni con testo italiano delle norme del BGB interessate dalla riforma e nota bibliografica*. Padova: Cedam, 2003, pp.7-96.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da EMERJ*, v.7, n. 27, 2004, pp.108-124.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. O 'contato social' no ordenamento jurídico alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 16, ano 5, jul.-set. 2018, p.211-219.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição trienal e 'reparação civil'. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB*, v. 13, n. 49, jul.-set. 2010.

CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição*. 3 ed. Atual. e notas Arnold Wald. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, v.1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1977, t. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Polêmicas do Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, v.60, n. 424, fev. 1971, pp.21-33.

GOMES, Julio Manoel Vieira. *O conceito de enriquecimento, enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Coimbra: Editora Porto, 1998.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 51, 2010, pp. 101-120.

LICARI, François-Xavier. Le nouveau droit français de la prescription extinctive à la lumière d'expériences étrangères récentes ou en gestation (Louisiane, Allemagne, Israël). *Revue internationale de droit compare*, v. 4, 2009, p. 739-784.

MARTINS COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, v. 979, ano 106, maio 2017, pp.215-241.

MARINHO, Josaphat. O projeto do novo Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, abr.-jun. 2000, pp.5-13.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 8, n. 25, abr.-jun 2004, pp. 24-33.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro*. Subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, v. 47, jul-set. 1987, pp. 109-123.

MOREIRA, Mario Thiago. Aplicação do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico civil brasileiro: o caso da sub-rogação das seguradoras. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, jan-dez. 2013, pp.803-830.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, abr. 1964, pp.164-187.

NERY JUNIOR, Nelson. *Actio nata* e prescrição – Parecer. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 24, abr.-jun. 2020, pp.199-223.

NORONHA, Fernando. *Enriquecimento sem causa*. In: Doutrinas essenciais Obrigações e Contratos, jun. 2011, pp. 1085-1122, v. 1.

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, v. 2.

OLIVEIRA, Rafael. Delimitação conceitual de exceção substancial e distinção entre exceções e objeções substanciais. *Revista de Processo*, v. 36, n. 193, mar. 2011, pp.27-51.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, n. 20, ano 5, out-dez. 2004, pp.235-265.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11 ed. atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. 4 ed. Atual. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: RT, 2013, t. 6.

PRADO, Augusto César Lukascheck. *Exceções no Direito Civil: contribuições para uma sistematização*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, 375 p.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Anais do Congresso “EMERJ Debate o Novo Código Civil”*, Seminário “O Novo Código Civil e as Recentes Reformas no CPC”, realizado em 11.06.2002, pp. 38-44.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Exceções no Direito Civil: um conceito em busca de autor? In: MIRANDA, Daniel Gomes de; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. (org.). *Prescrição e decadência: estudos em homenagem*

ao professor Agnelo Amorim Filho. Salvador: Juspodium, 2013, pp.411-422.

RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. A singularidade interruptiva da prescrição civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 49, jul-dez 2006, pp.133-144.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

STEINER, Renata. A ciência do lesado e o início do prazo prescricional. *Revista de Direito Privado*, v. 50, 2012, pp.75-92.

TEPEDINO, Gustavo; *et all.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v.1.

TEPEDINO, Gustavo. *Editorial da Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, jul-set 2020, pp. 13-15.

TEPEDINO, Gustavo. *Novas fronteiras do direito civil*. São Paulo: RT, 2012, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos jurídicos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. Prescrição da pretensão de herança. *Revista dos Tribunais*, v. 110, n. 1026, abr. 2021.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Comentários aos arts. 1º a 13 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, pp.2-172.

VASCONCELOS, Eneas Romero de. A prescrição e a decadência no Código Civil. *Revista Jurídica da FAZ*, v. 7, 2010, pp.77-90.

VASCONCELOS, Pedro Miguel Cândido de. *As causas de suspensão da prescrição em Direito Civil*. Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Escola do Porto. Porto, 2018, 58 p.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

NOTAS SOBRE A COMPETÊNCIA
JURISDICIONAL

Sérgio Kukina
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

NOTAS SOBRE A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Ministro Sérgio Kukina

Sumário: 1. Introdução. 2. Da estatura constitucional da competência. 3. A competência no CPC/2015. 4. A competência e suas implicações no cotidiano forense. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Consoante lição de LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, “A **jurisdição** é a função de resolver conflitos em lugar dos litigantes, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico” (*Curso avançado de processo civil*. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 118).

Lado outro, importante realçar que, a teor do art. 5º, XXXV, da vigente CF/88, manteve-se o legislador pátrio fiel ao modelo da **jurisdição una**, segundo o qual incumbe ao Judiciário apreciar e decidir litígios travados entre particulares, entre estes e pessoas de direito público ou, ainda, apenas entre entidades públicas.

Já nos países que adotam o sistema de **jurisdição dúplice**, como explica FLÁVIO LUIZ YARSHELL,

ao Poder Judiciário são atribuídos os julgamentos dos litígios privados, enquanto os que envolvem a Administração ficam submetidos a órgão diverso, em mecanismo genericamente

designado de **contencioso administrativo**, cujas decisões, porque sujeitas à formação da coisa julgada material, ficam excluídas da revisão pelo Poder Judiciário (*Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020, vol. I, p. 221).

Mantendo-se fiel ao padrão da jurisdição una, o constituinte brasileiro de 1988 edificou uma hierarquizada estrutura de órgãos judiciais (art. 92), contemplando desde juízos de primeiro grau e tribunais intermediários até as Cortes Superiores e o Supremo Tribunal Federal, tendo concedido autorização à União e aos Estados para a criação dos denominados Juizados Especiais (art. 98, I).

Diante desse complexo tecido orgânico-jurisdicional, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA lembra que “Todos os juízes têm jurisdição, mas nem todos terão competência para processar e julgar determinado caso” (*Código de Processo Civil comentado, artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, nota 9 ao art. 16, p. 50).

À sua vez, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO já houvera também pontuado que “Os juízes exercem jurisdição na medida de sua **competência** e mediante um **contraditório regular**, obedecidos os ritos, formas e garantias previstos na lei processual” (*Jurisdição e competência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11).

Também ARRUDA ALVIM agregou didático enfoque ao tema, ensinando que “A extensão geográfica, a diversidade dos ramos do Direito e, ainda, a hierarquia existente entre os órgãos do próprio Judiciário exigem a especialização dos órgãos que efetivam a função jurisdicional do Estado” (*Manual de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 311).

Presentes essas iniciais premissas, e sem embargo dos permanentes esforços do legislador em disciplinar adequadamente a distribuição do trabalho entre os vários órgãos judiciais, certo é que, no cotidiano das atividades forenses, proliferam as dificuldades que envolvem a definição do juízo efetivamente competente para atuar em cada causa, em contexto que vai ao encontro de acertada crítica feita por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO no sentido de que, “Para preservar as garantias do juiz

natural e do duplo grau de jurisdição, levaram-se a extremos as regras técnicas sobre a competência” (*Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20).

Em nosso País, a compartimentalização do trabalho jurisdicional, em grande medida, tem seu esboço desenhado já na Constituição Federal, sendo esse o foco do tópico seguinte.

2. DA ESTATURA CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA

A par de a competência tratar-se de pressuposto de constituição da relação jurídico-processual (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 138), tem-se que a superlativa importância da competência jurisdicional, no enredo do devido processo legal, decorre de seu primário delineamento no texto constitucional.

De fato, na Carta de 1988, cuidou o legislador constituinte de prever as competências originárias e recursais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 102 e 105, respectivamente), bem como as dos Tribunais Regionais Federais (art. 108), tendo, ainda, disciplinado as atribuições dos juízes federais em primeira instância (art. 109). Para além disso, também fixou as competências concernentes à Justiça do Trabalho (art. 114), ao passo que, no tocante às Justiças Eleitoral e Castrense, confiou o desenho da organização e da competência de ambas à edição de futuras leis (arts. 121 e 124, respectivamente).

Já no âmbito da Justiça Comum Estadual, o constituinte delegou o estabelecimento das competências dos Tribunais de Justiça às respectivas Constituições locais, delegando às leis estaduais de organização judiciária a fixação das atribuições dos juízes de primeiro grau de jurisdição (art. 125, § 1º). Com relação à Justiça Militar Estadual, suas competências foram demarcadas no art. 125, §§ 4º e 5º. Noutro passo, a Magna Carta asseverou que, para dirimir conflitos fundiários, os Tribunais de Justiça proporão a criação de varas especializadas, dotadas de competência exclusiva para questões agrárias (art. 126).

A par desses delineamentos todos, importa realçar que o Texto Constitucional de 1988, ainda na seara da competência jurisdicional, ditou caber ao STF decidir, originariamente, os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, *o*); nos mesmos moldes, referiu incumbir ao Superior Tribunal de Justiça, também originariamente, dirimir conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, assim como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, *d*); da mesma forma, indicou ser encargo dos Tribunais Regionais Federais decidir os conflitos de competência entre juízes federais a eles vinculados (art. 108, I, *e*).

Por outro viés, cuidou a Lei Maior de disponibilizar aos jurisdicionados o manejo da **Reclamação Constitucional**, exercitável diretamente no STF e no STJ (arts. 102, I, *l*, e 105, I, *d*), com a finalidade de preservar a competência dessas duas Cortes de vértice, cujo mecanismo acabou replicado nas posteriores Constituições Estaduais, com o mesmo propósito de resguardar a competência de seus Tribunais de Justiça (a título de exemplo, arts. 74, X, e 101, VII, *h*, respectivamente, das Constituições paulista e paranaense).

A regulação normativa da competência, daí em diante, ganha detalhamento mais verticalizado na legislação ordinária processual, foco de atenção no tópico a seguir, em que se abordará, mesmo que sinteticamente, alguns lineamentos constantes do vigente Código de Processo Civil de 2015.

3. A COMPETÊNCIA NO CPC/2015

À saída, constata-se que o legislador processual de 2015, já ao estabelecer os requisitos da petição inicial, atribuiu à parte autora o relevante encargo de indicar o juízo competente para a apreciação da lide (art. 319, I), incumbindo ao réu, na contestação, alegar, antes mesmo de discutir o mérito, a incompetência absoluta ou relativa do juízo (art. 337, II), com a previsão de que, havendo tal alegação, a contestação poderá ser protocolada no foro do domicílio do réu, com todos os desdobramentos previstos no art. 340.

Por oportuno, impende sublinhar que a incompetência absoluta também pode/deve ser declarada de ofício (art. 64, § 1º), além de constituir-se em fundamento para a propositura de ação rescisória (art. 966, II).

Necessário, nessa marcha, realçar que os critérios reveladores da competência cível, ao lado de outros subitens, aparecem emoldurados dentro do Livro II da Parte Geral do CPC (arts. 16 a 69), sob a rubrica maior intitulada “Da Função Jurisdicional”, cujo Livro vem composto de três títulos.

No primeiro deles, há referências sobre a jurisdição e a ação (Título I, arts. 16 a 20); já no segundo, são encontradas disposições concernentes aos limites da jurisdição nacional e à cooperação internacional (Título II, arts. 21 a 41); no terceiro, acham-se elencados, não apenas os critérios definidores da competência interna para as causas cíveis, mas também hipóteses indutoras da modificação da competência (via conexão ou continência) tanto quanto o *iter* a ser percorrido para o reconhecimento da incompetência, além de lineamentos acerca da inovadora ferramenta denominada **cooperação nacional**, que poderá ocorrer entre quaisquer órgãos jurisdicionais, em todos os seus ramos, abrangendo inclusive os Tribunais Superiores, em cujo conceito, porém, não se enquadra o Supremo Tribunal Federal (Título III, arts. 42 a 69).

Finalmente, o CPC/2015, agora no Livro III de sua Parte Especial, alberga tanto a disciplina do **conflito de competência** (arts. 951/959) quanto a regência da **reclamação** (arts. 988/993), no que esta última, dentre outras finalidades, intenta preservar a competência dos tribunais (art. 988, I).

Para que não fiquem à margem de mínima referência, vale, também, pontuar que os regimentos internos dos tribunais veiculam regras dispendo acerca das competências internas de seus presidentes e de seus órgãos fracionários, além de disporem, mesmo que por mimetismo, sobre conflitos de competência e reclamações para a preservação de sua competência (no RISTJ, por exemplo, v. arts. 8º a 16, 187 a 192 e 193 a 198).

Nessa altura, pode-se avançar para destacar certos dados capazes de evidenciar o plexo de dificuldades para bem se identificar o juízo

competente para o processamento e julgamento de cada litígio. Para isso, tomar-se-ão como referências alguns dados estatísticos e jurisprudenciais, com enfoque sobretudo no Superior Tribunal de Justiça/STJ e no Supremo Tribunal Federal/STF.

4. A COMPETÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES NO COTIDIANO FORENSE

É fato que o funcionamento da maquinaria judiciária brasileira, dentro de um sistema orgânico que conta, atualmente (falamos em 2024), com o labor de cerca de dezoito mil juízes e seus quadros auxiliares, distribuídos por milhares de comarcas, seções, turmas recursais e tribunais em diversas instâncias, continua a enfrentar históricas dificuldades para dar concretude e efetividade aos salutares princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo (arts. 37 e 5º, LXXVIII, respectivamente).

Essas dificuldades decorrem, em larga medida, da circunstância de que o País é continental, com uma população a caminho de duzentos e quinze milhões de habitantes, gerando, entre pessoas físicas e jurídicas, algo em torno de trinta milhões de novos processos distribuídos a cada ano para apreciação daquela referida engrenagem judicial, que acaba assolada por indesejadas taxas de congestionamento, dificultando, em consequência, o necessário atendimento às diversas metas de boa gestão, que vêm sendo engendradas nos últimos anos pelo Conselho Nacional de Justiça/CNJ.

Nesse universo estatisticamente assustador, não surpreende que uma relevante fatia de processos em tramitação traga a reboque a incidental discussão sobre saber qual deva ser o juízo competente para dizer o direito no caso concreto. É certo, então, que o tempo despendido para tal definição ou acerto, só por si, vai na contramão dos aludidos axiomas da duração razoável do processo e da eficiência, potencializando o fenômeno doutrinariamente denominado **dano marginal**, enquanto consequência inevitável e inerente tão só à judicialização do conflito.

Os reflexos de tal cenário, por exemplo, podem ser visualizados no campo do repertório sumular do STF e do STJ, cujas Cortes, como

visto, também se ocupam da resolução daqueles conflitos de competência taxativamente delineados pela Constituição Federal (arts. 102, I, *o*, e 105, I, *d*).

Com efeito, no acervo das 736 súmulas persuasivas editadas pela Excelsa Corte, ao menos 46 delas se ocupam de temas relacionados à competência (cerca de 6% daquele total), ao passo que, de seus 58 verbetes vinculantes, 6 deles versam também sobre competência, correspondendo a expressivos 10% de sua totalidade.

Já nos domínios do Tribunal da Cidadania, num universo de 665 súmulas até aqui editadas (fevereiro/2024), ao menos 83 delas explicitam diretrizes sobre competência, vale dizer, algo em torno de 13% daquele montante.

Portanto, bem se vê que, em termos percentuais, assuntos concernentes à competência vêm consumindo importante espaço na tarefa sumular do STJ e do STF.

A título ilustrativo, mostra-se oportuno reportar que, ainda no ano passado (2023), no âmbito do STJ, em seu trigésimo quarto ano de funcionamento, a classe processual “Conflito de Competência” rompeu a barreira das duzentas mil autuações, revelando eloquente e preocupante desinteligência entre os operadores do direito na exegese da normativa, muitas vezes obscura, que disciplina a repartição de atribuições entre os diversos órgãos jurisdicionais pátrios.

Por derradeiro, não se pode olvidar que, com alguma frequência, o STJ e o STF acabam deliberando sobre matéria relacionada à competência também no âmbito dos recursos especial e extraordinário (ou de seus respectivos agravos para destrancamento), sempre que esse tema tenha sido decidido pelas Cortes intermediárias, constituindo-se em objeto de expressa insurgência naqueles recursos excepcionais.

Sem dúvida, várias nuances mais poderiam ser exploradas nos vastos quadrantes da competência jurisdicional, mas desbordariam dos estritos propósitos deste escrito, voltados a destacar alguns poucos marcos normativos, teóricos e jurisprudenciais sobre o assunto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todos os níveis e ramos da atividade jurisdicional, o trato da competência de seus órgãos julgadores expõe-se a constantes mutações, seja por força do ofício legislativo, seja por instância das lentes da jurisprudência, sem que se olvide, ainda, do impacto advindo do edificante e permanente labor doutrinário.

Nessa trilha, oportuno mencionar emblemática novidade normativa, consubstanciada na recente Emenda Constitucional n. 132, promulgada em 20.12.2023, que alterou o Sistema Tributário Nacional, em cujo art. 1º foi criada uma nova competência originária para o Superior Tribunal de Justiça, a saber, decidir “os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, relacionados aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V”, cuja regra restou incrustada no art. 105, I, *j*, do corpo permanente da CF/88.

Já em sítio jurisprudencial, há não muito tempo (em 2021), assistiu-se a uma espetacular reviravolta no âmbito da **Operação Lava Jato**, quando, em decisão plenária do STF (Agravos Regimentais no *Habeas Corpus* n. 193.726), declarou-se a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processamento e julgamento de específicas ações penais ajuizadas contra o então ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em *decisum* que corrobora o redobrado cuidado que se deve dispensar à correta definição do juízo responsável pelo julgamento de qualquer feito.

Ainda nos domínios do STF, pode-se pinçar outro relevante exemplo prático, em que reconhecida, por ora, a existência de repercussão geral na controvérsia atinente à delimitação da

legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS (Tema 1.234).

Tal matéria, é bem de ver, guarda, a um só tempo, conexão com a tese preteritamente aprovada no corpo do Tema 793/STF (em que se reconheceu a responsabilidade solidária entre os entes federativos nas demandas prestacionais de saúde), como também se confunde com o objeto da tese firmada pela 1ª Seção do STJ, no IAC 14, que, por

igual, envolvia a necessidade de definição do juízo competente nas ações relativas à dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrados na ANVISA.

É fato, pois, que novos desafios na seara das atribuições judiciais exsurtem com relativa frequência, guardando, ainda hoje, algum sabor de novidade, recorde-se, as reflexões jurisprudenciais que floresceram no embate envolvendo o cotejo 'jurisdição estatal *versus* jurisdição arbitral', quando ganhou proeminência a aplicação do princípio *kompetenz-kompetenz* (no STJ, dentre vários outros julgados: AgInt no CC n. 180.394/BA).

Em remate, pode-se concluir que a competência jurisdicional, por seus diversos matizes, continua inscrita dentre os assuntos mais instigantes da ciência processual, exigindo constante e cuidadoso estudo para a sua adequada compreensão e operacionalização, cujo tema, por isso mesmo, foi escolhido por este subscritor para reverenciar as comemorações alusivas aos 35 anos de instalação do colendo Superior Tribunal de Justiça. Vida longa para a Corte da Cidadania!!!

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil comentado, artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES

Paulo Dias de Moura Ribeiro
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES

Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro¹

1. APRESENTAÇÃO

Convidado pelo Ministro Diretor da Revista do Superior Tribunal de Justiça, RAUL ARAÚJO, em comemoração aos 35 anos de serviços que o Tribunal da Cidadania vem prestando à sociedade brasileira, corri para atender ao chamamento.

Afinal, da obra participarão todos os Ministros que integram esta Alta Corte de Justiça com competência constitucional para dizer sobre a interpretação infraconstitucional, levando segurança jurídica à sociedade, não poderia me furtar a tão distinta convocação.

Escolhi o tema em destaque, pouco tratado na doutrina pátria, até porque o Código Bevilacqua não dispunha sobre ele. Só o Código Reale, em seu artigo 544, dispôs sobre a hipótese.

O Superior Tribunal de Justiça não está sendo chamado com frequência para pacificar a matéria, valendo anotar que antigo julgado estabeleceu a incompatibilidade da doação entre cônjuges casados no regime da comunhão universal, por impossibilidade jurídica do seu objeto.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutor em Direito Civil pela PUC/SP; Mestre em Direito Civil pela PUC/SP; Coordenador Científico do Curso de Direito da UNISA; Professor Titular da FDSBC e Professor do Curso de Pós-Graduação da UNINOVE.

2. INTRODUÇÃO

A doação no Direito Romano, segundo MOREIRA ALVES, “é o ato pelo qual alguém (doador) diminui voluntariamente seu patrimônio e aumenta o de outrem (donatário)” (*Direito Romano*, Forense, Rio, 2002, 6ª edição revista e acrescentada, vol. II, pág. 203, item 253).

Um pouco mais adiante, esclarece o autor mencionado que os requisitos variaram, para os romanistas, no direito clássico e no justiniano, embora “continua dominante a tese de que, também no direito clássico, se exigia, ao lado da diminuição voluntária do patrimônio do doador e do aumento do patrimônio do donatário, o '*animus donandi*'” (*opus cit.*, pág. 203).

Aqui o que se pretende realçar é como é tratado o ato de liberalidade, agora permitido entre os cônjuges, no Brasil e em Portugal, mas que também era permitido pelo Direito Romano, também como pontua MOREIRA ALVES ao ensinar que permitia:

doações entre certas pessoas (as “*personae exceptae*”) como, por exemplo, os cognados (parentesco sanguíneo) até o 5º grau; os afins em 1º grau; os noivos; os cônjuges, liberto e patrono; cognados de qualquer grau, quando um faz ao outro doação a título de constituir dote. (*opus cit.*, pág. 206).

No Brasil a doação entre cônjuges é permitida de maneira implícita pelo art. 544 do Código Civil, ao estabelecer que “a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhe cabe por herança”.

Mas, como se verá adiante, é preciso ter em consideração a compatibilidade do ato de liberalidade com o regime de bens adotado pelo casal.

Já pelo Código Civil português, no dizer do seu art. 1.761, “*as doações entre casados regem-se pelas disposições desta secção e, subsidiariamente, pelas regras dos artigos 940 a 979*”.

E, igualmente ao Código Civil brasileiro, alerta do Código Civil português para a necessidade de se verificar o regime de bens adotado pelos cônjuges.

3. DA FAMÍLIA

Dispõe a Constituição Federal brasileira sobre a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. *(Regulamento)*

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. *(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)*

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. *Regulamento*

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Por seu turno, o tema Família, casamento e filiação tem o seguinte tratamento na Constituição portuguesa:

Artigo 36.º

Família, casamento e filiação

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumprirem os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

7. A adoção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respetiva tramitação.

Vê-se, portanto, que tanto para a Constituição brasileira, como para a portuguesa, é livre a possibilidade de eleger casamento e de organizar família.

Importante a lição de ALEXANDRE DE MORAES sobre a proteção constitucional à família, definindo no art. 226, da CF três espécies de **entidades familiares**:

1.- a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§ 1º e 2º);

2.- a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3º).

3.- a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).

(*Direito Constitucional*, 38ª edição, revista, atualizada e ampliada, gen/Atlas, págs. 982/983).

Cuida do Direito de Família o art. 1.576 do Código Civil português assentando que: “*são fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção*”.

Sobre a regra em questão, doutrina MARIA JOSÉ PINHO SOUZA na sua dissertação de mestrado apresentada perante o

Departamento de Direito sob a orientação da Professora Doutora STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS:

*a. **Casamento**: contrato celebrado perante entidade competente para tal, com registro civil obrigatório e obrigação plena de comunhão de vida e regime específico em matéria de bens e dívidas.*

*b. **Parentesco**: vínculo que une duas pessoas em consequência de uma descender de outra ou ambas procederem de um progenitor comum. O primeiro caso sendo considerado em linha reta e o segundo em linha colateral. Por linha reta entendem-se tantos graus quantas as pessoas que formam a linha do parentesco, excluindo-se o progenitor. E por linha colateral a contagem se dá pela mesma forma, subindo por um dos ramos e descendo por outro, sem contar o progenitor comum (irmãos, sobrinhos, tios, etc.).*

*c. **Afinidade**: é o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro. Este vínculo não acaba com o fim do casamento por morte e não tem efeitos sucessórios.*

*d. **Adopção**: é o vínculo, que à semelhança da filiação natural, mas independente dos laços de sangue se estabelece legalmente entre duas pessoas. Constitui-se por sentença judicial e entre as condições para que se concretize está a afirmação da ligação que se assemelhe com a da filiação.*

(A união de facto nas constituições brasileira e portuguesa: semelhanças e divergências, dezembro de 2016, Universidade Autónoma de Lisboa, pág. 33).

A autora apontada ainda frisa as relações parafamiliares, esclarecendo:

*a. **União de facto**: comunhão de leito, mesa e habitação, como se casados fossem, não o sendo. É uma relação que exige exclusividade dos cônjuges, que se dê entre pessoas de sexo diferente, que convivam há mais de dois anos e que não se encontre na existência dos impedimentos dos art. 2º.*

*b. **Vida em economia comum**: situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreaajuda ou partilha de recursos. (opus cit., págs. 33 e 34).*

Vale ressaltar, portanto, que tanto na legislação brasileira, como na portuguesa, são admitidas várias formas de relações familiares, pontualmente, a união estável ou a união de facto, embora em Portugal esta última forma tenha características próximas de um casamento, com destaque para uma comunhão de leito, mesa e habitação, mas sem nenhum vínculo legal.

Pode-se, agora, examinar a possibilidade de doação entre cônjuges nos dois países.

4. DOAÇÃO – CONCEITO

Na definição do art. 538, NCC, a doação é contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. O NCC definiu a doação como um contrato, deixando de lado discussões sobre ela se tratar de um testamento ou como modo particular de adquirir a propriedade (móvel ou imóvel).

FLÁVIO TARTUCE segue na mesma linha de entendimento e, destrinchando o art. 538 do NCC, crava que a doação é um negócio jurídico pelo qual o doador transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o donatário, sem a presença de alguma remuneração.

Mais avante realça que se trata de um ato de mera liberalidade, sendo um contrato benévolo, unilateral ou benéfico, que somente admite interpretação restritiva, nunca a interpretação declarativa ou extensiva, nos termos do art. 114 do NCC (*Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, gen/Forense, 14ª edição, 2019, vol. 3, pág. 377).

Não destoa MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO quando pondera que a doação é o contrato unilateral pelo qual o doador, com espírito de liberalidade, se obriga a transferir em favor do donatário bens ou vantagens que integram o seu patrimônio, aditando que esse contrato traz consigo um elemento objetivo e um subjetivo: o elemento objetivo é o empobrecimento do doador e o conseqüente enriquecimento do donatário; o elemento subjetivo é a vontade declarada do doador de generosamente favorecer patrimonialmente o donatário (Código Civil

Comentado – *Doutrina e Jurisprudência*, gen/Forense, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, 2021, pág. 361).

Do conceito, pode-se extrair as características da doação: (a) natureza contratual; (b) *animus donandi*, a intenção de fazer a liberalidade; (c) a transferência de bens para o patrimônio do donatário; e (d) a aceitação por este último, o que se destaca na lição de Carlos Roberto Gonçalves (TARTUCE, *opus cit.*, pág. 254).

Mas na realidade, dois são os elementos peculiares à doação, como no Direito Romano: (a) o *animus donandi* – elemento subjetivo que é a intenção de praticar a liberalidade ou de espontânea gratificação, de benevolência desinteressada (principal característica); e (b) a transferência de bens – elemento objetivo, acarretando a diminuição do patrimônio do doador, conforme o ensinamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES (TARTUCE, *opus cit.*, pág. 255).

Então, prossegue o autor acima nomeado, sem o concurso desses elementos peculiares inexistente doação. Assim, se alguém abandona sua propriedade que é ocupada por outrem, não realiza doação por faltar o ânimo liberal (TARTUCE, *opus cit.*, pág. 255).

A doação é ato *inter vivos*, benéfico, inspirado no propósito do doador de contemplar o donatário com uma liberalidade.

Para o Código Civil português:

(1) doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu patrimônio, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contratante; e

(2) Não há doação na renúncia a direitos e no repúdio de herança ou legando, nem tão-pouco nos donativos conformes aos usos sociais (art. 940).

Como antes expressado, a doação, para o Código Civil português, e para o Código Civil brasileiro exige uma transferência patrimonial gratuita pelo doador ao donatário, que, assim, terá o seu patrimônio diminuído, em favor do donatário.

Sem ingressar na natureza jurídica do contrato de doação, já que é possível, em certas hipóteses, não haver aceitação (doação para menor, por exemplo), pode-se passar ao objetivo principal deste breve estudo sobre a viabilidade deste contrato se dar entre os cônjuges, muito embora seja sempre necessário se examinar o regime de bens por eles adotado.

5. DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES

FLAVIO TARTUCE esclarece que, a teor do art. 544 do NCC, as doações de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importam em adiantamento do que lhes cabe por herança (*opus cit.*, pág. 388), observando que a inovação (herança), é decorrente de outros dispositivos do Código Civil, dentre os quais a possibilidade dos cônjuges concorrerem com os descendentes na herança (art. 1.829, I), mormente porque o cônjuge supérstite é herdeiro necessário, embora reconheça que a hipótese é de preservação da legítima.

Segue no mesmo tom a lição de MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO para quem o art. 544 do NCC trata da modalidade de doação como adiantamento de legítima e que, com o objetivo de garantir o direito à legítima dos herdeiros necessários, a regra estabelece que a doação entre herdeiros necessários importa em adiantamento da legítima e, portanto, deverá ser trazido à colação no momento do falecimento do doador o valor dos bens recebidos no ato *inter vivos* de liberalidade, ainda que estes não mais estejam na titularidade do donatário, na forma do art. 2.002 do Código Civil (*opus cit.*, pág. 366).

No particular, para fechar estes rabiscos sobre a doação, os ensinamentos do Professor ZENO VELOSO são lapidares no artigo “Separação Obrigatória de Bens – Controvérsias – Doação entre Cônjuges”, publicada na Revista IBDFAM – Família e Sucessões, Belo Horizonte, n. 2-, mar/abr de 2017, págs. 35/36:

A respeito da doação entre cônjuges, já ouvi a opinião de que, ao contrário do que diz o Código Civil (art. 499) sobre o contrato de compra e venda, não há preceito prevendo a doação. Trata-se de um equívoco. Não é verdade que nosso Código não contém dispositivo algum sobre o tema, basta ler o art. 544, que afirma: “A doação de ascendentes

a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança” (grifei). No livro Código Civil Comentado, abordando o art. 2.002, afirmei: “Numa interpretação sistemática, teleológica de nosso Código Civil, considerando, ainda, o estatuído nos arts. 544 e 2003, não tenho dúvida de opinar que o cônjuge, em regra, deve trazer à colação o valor das doações que recebeu em vida do outro cônjuge”.

Pelo exposto, é possível, sim, a doação entre cônjuges. Logicamente, essa doação vai depender do regime de bens do casamento, para que se viabilize, valendo, *mutatis mutandis*, o que foi explanado, acima, sobre a compra e venda.

Nos regimes comunitários, a doação entre os cônjuges é possível se tiver por objeto bens excluídos da comunhão, ou seja, bens particulares, exclusivos do doador. Se o regime é da comunhão universal, além da necessidade de o bem doado ser de propriedade exclusiva do doador, é preciso que seja imposta a cláusula de incomunicabilidade. Sem essas ressalvas, a doação seria impossível, logicamente impossível, nesse regime, conforme aguda observação de Pontes de Miranda: “Se um cônjuge doasse ao outro determinado bem, esse passaria a ser, novamente, bem comum, uma vez que no regime da comunhão universal todos os adquiridos se comunicam”. No mesmo sentido é a lição de Agostinho Alvim. Teixeira de Freitas, em nota ao art. 136 da Consolidação das Leis Civis, já observara que no regime da comunhão a doação entre marido e mulher torna-se inútil, e só pode ser celebrada se o regime do casamento for de separação de bens. Lafayette Rodrigues Pereira ensina que se o casamento foi por carta de metade (ou segundo o costume geral do Império, ou pelo regime de comunhão universal), as doações entre marido e mulher são impraticáveis: “anular-se-iam de si mesmas, visto como tudo que adquirem os casados por carta de metade, ipso facto faz-se comum entre eles”.

Obviamente, têm-se de ser observadas as regras legais pertinentes ao tema, como a que considera nula a doação de todos os bens – doação universal – sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador (Código Civil, art. 548), ou a que diz que é nula a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da

liberalidade, poderia dispor em testamento – doação inoficiosa (cf. arts. 549, 1.789, 1.845, 1.846, 1.967, 2.007 do Código Civil). A doação de um cônjuge a outro importa adiantamento do que lhe cabe por herança (Código Civil, art. 544).

Destacando a questão da colação na hipótese, para igualar as legítimas, vale a pena trazer à baila acórdão da relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, no qual ficou assentado o ensinamento de que se impõe ao “donatário a obrigação protraída no tempo, de, à época do óbito do doador, trazer o patrimônio recebido à colação, para igualar as legítimas, caso não seja aquele o único herdeiro necessário” (REsp n.1.361,983-SC, 3ª Turma, j. 18.3.2014).

Aqui, vale realçar que, nos termos do art. 1.659 do Código Civil brasileiro, que cuida da exclusão da comunhão, só poderão ser objeto de doação os bens particulares, uma vez que não será possível se fazer doação de bens que já são comuns ao casal.

Por isso mesmo é que precisa ser lembrada a regra do art. 1.639 do Código Civil brasileiro que realça ser “lícito aos nubentes, antes do casamento, estipular, quando aos seus bens, o que lhes aprouver”, e que, no silêncio, prevalecerá o regime da comunhão parcial (art. 1.640).

Os demais são os da comunhão universal de bens (arts.1.667 e seguintes); participação final de aquestos (arts. 1.672 e seguintes), separação de bens (arts. 1.687 e seguintes) e o da separação obrigatória de bens (art. 1.641, cujo inciso I está tendo sua constitucionalidade contestada perante o STF).

Em Portugal, conforme previsão do art. 1.698 do Código Civil “*os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei.*”

E, assim como no Brasil, a doação entre cônjuges só pode se dar a partir de bens próprios e há uma característica muito marcante que consta do art. 1.765 ao estabelecer que “*as doações entre casados podem a todo o tempo ser revogadas pelo doador, sem que lhe seja lícito renunciar a este direito.*”

Portanto, também devem ser lembrados os regimes de casamento previstos pelo Código Civil português (regime da comunhão dos bens adquiridos – art. 1.721 e seguintes; regime da comunhão geral – art. 1.732 e seguintes; regime da separação de bens – art. 1.735; regime imperativo da separação de bens – art. 1.720), conforme ensinado por Jamille Saraty Malveira, na obra “Doação entre Cônjuges e a Questão da Colação”, Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, págs.s 82-95, maio/agosto de 2013).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916. OMISSÃO OU OBSCURIDADE NO JULGADO. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA, MAS SUFICIENTE. PROCURAÇÃO SEM OBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE LEGAL. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA DA ASSINATURA. IRRELEVÂNCIA. AUTENTICIDADE COMPROVADA POR PROVA PERICIAL GRAFOTÉCNICA. CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENTRE SÓCIOS CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. NULIDADE DA DOAÇÃO. COMUNICABILIDADE, COPROPRIEDADE E COMPOSSE INCOMPATÍVEIS COM A DOAÇÃO ENTRE OS CÔNJUGES. SUCESSÃO HEREDITÁRIA. ASCENDENTE VIVO AO TEMPO DO FALECIMENTO. ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. EXCLUSÃO DO CÔNJUGE, A QUEM SE RESERVA A MEAÇÃO. DEFERIMENTO DA OUTRA PARTE AO HERDEIRO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO.

1- Ação ajuizada em 08/10/2004. Recurso especial interposto em 10/09/2015 e atribuído à Relatora em 25/08/2016.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se houve omissão ou obscuridade relevante no acórdão recorrido; (ii) se era exigível o reconhecimento de firma na procuração outorgada pela falecida que serviu de base à cessão de quotas que se pretende nulificar; (iii) se foi nula a doação de bens havida entre os cônjuges casados em regime de comunhão universal de bens, seja ao fundamento de impossibilidade do objeto, seja ao fundamento de desrespeito ao quinhão de herdeiro necessário.

3- Não há omissão no julgado que, conquanto de modo sucinto e se valendo de fundamentação per relationem, efetivamente se pronuncia sobre as questões suscitadas pela parte.

4- *A procuração outorgada pelo mandante sem que tenha sido reconhecida a firma de sua assinatura não invalida, por si só, o mandato, especialmente se a dívida eventualmente existente acerca da autenticidade do documento vier a ser dirimida por prova suficiente, como a perícia grafotécnica.*

5- *É nula a doação entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, na medida em que a hipotética doação resultaria no retorno do bem doado ao patrimônio comum amealhado pelo casal diante da comunicabilidade de bens no regime e do exercício comum da copropriedade e da comosse.*

6- *Na vigência do Código Civil de 1916, a existência de descendentes ou de ascendentes excluía o cônjuge sobrevivente da ordem da vocação hereditária, ressalvando-se em relação a ele, todavia, a sua meação, de modo que, reconhecida a nulidade da doação entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, deve ser reservada a meação do cônjuge sobrevivente e deferida aos herdeiros necessários a outra metade.*

7- *O provimento do recurso especial por um dos fundamentos torna despiciendo o exame dos demais suscitados pela parte. Precedentes.*

8- *Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de julgar procedente o pedido formulado na petição inicial e declarar a nulidade da doação realizada entre os cônjuges.*

(REsp nº 1.787.027/RS, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 4/2/2020, DJe de 24/4/2020)

LEGITIMIDADE PASSIVA. CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS. NULIDADE DA DOAÇÃO. CESSÃO DE QUOTAS. PROCURAÇÃO.

I— a lei civil admite a existência de doações entre casados — o artº. 1761º, do Cód. Civil —, excepto se vigorar entre os cônjuges, de forma imperativa, o regime de separação de bens — o artº. 1762º, do mesmo diploma —, estatuinto-se que apenas podem ser objecto de doação bens próprios do doador, sendo que tais bens não se comunicam, seja qual for o regime matrimonial — o artº. 1764º, nºs. 1 e 2, ainda do mesmo diploma;

II— tais doações são susceptíveis, a todo o tempo, de revogação, por parte dos doadores, sem que estes possam sequer renunciar a tal direito — o artº. 1765º, nº. 1, do Cód. Civil;

III—mesmo na adopção do entendimento mais amplo ou abrangente do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei, inscrito no art.º 1714º, do Cód. Civil, que implicasse que, com excepção dos contratos de compra e venda e sociedade, expressamente enunciados no n.º 2 de tal normativo, os demais negócios jurídicos celebrados entre os cônjuges deveriam ser objecto de uma apreciação que, casuisticamente, determinasse se se encontram vedados pelo n.º 1, por importarem uma alteração da qualificação dos bens que integram os patrimónios próprios dos cônjuges ou o património comum do casal, tal entendimento nunca seria extensível às doações entre cônjuges casados no regime não imperativo de separação de bens;

IV—efectivamente, admitindo a lei a doação entre os cônjuges, nomeadamente a transformação de bens próprios de um cônjuge em bens próprios do outro (ainda que para alguns dos entendimentos tal contradiga a enunciada regra da imutabilidade das convenções antenupciais), quando o regime em equação é o da separação, não imperativamente imposto, inexistem quaisquer impedimentos legais às doações entre os cônjuges;

V—o n.º 2, do art.º 228º, do Cód. das Sociedades Comerciais, donde resulta a legal admissibilidade da cessão de quotas entre cônjuges, deva ser interpretado em conjugação com as normas do Código Civil que prevêem acerca da compra e venda e doação entre aqueles;

VI—assim, aquele normativo apenas dispensa o consentimento da sociedade quando está em equação uma cessão de quotas entre cônjuges que seja considerada válida em face da lei civil, ou seja, a cessão de quotas, e o juízo de ponderação a efectuar, deve ter por regulador o negócio que lhe é subjacente, pelo que as restrições relativas à compra e venda e às doações entre os cônjuges, civilisticamente previstas, são igualmente válidas quando tais negócios têm por objecto uma cessão de quotas;

VII—estando na base das cessões do direito à nua propriedade das quotas, doações entre os Réus cônjuges, casados no regime de separação de bens, tais cessões são válidas, pois as quotas em equação constituíam bens próprios dos cônjuges doadores, passando a figurar como bens próprios das cônjuges donatárias;

VIII—inexistindo, em tal situação, qualquer violação do princípio de imutabilidade dos regimes de bens e das convenções

antenupciais consagrado em termos gerais no nº 1 do referido artº 1714º do Cód. Civil (e concretizado no nº. 2, do mesmo normativo), susceptível de determinar a nulidade das doações realizadas, por força do prescrito no artº. 294º, do mesmo diploma;

IX– o impedimento de voto inscrito no artº. 251º, do Cód. das Sociedades Comerciais destina-se às situações em que, existindo outros sócios, a matéria da deliberação implique com a posição pessoal de determinado sócio, em confronto com os interesses da própria sociedade;

X– e não para aquelas situações em que a matéria de deliberação é praticada pelos únicos sócios da sociedade, ou seja, por aqueles a quem competia a deliberação, pois, entender-se de outro modo conduziria à necessária paralisação societária;

XI– para que se possa concluir pela outorga de procuração no interesse comum (conferida também no interesse do representante/procurador), deve concluir-se pela existência de um interesse primário deste na conclusão de um qualquer negócio ou acto jurídico que constitua a relação subjacente à procuração;

XII– não se descortinando ou vislumbrando aquele interesse próprio, específico, objectivo e directo na execução do negócio que constitui a relação subjacente à outorga da procuração, isto é, que o se pudesse afirmar como possuindo uma posição própria e autónoma no âmbito da relação de representação, distinta da posição dos representados, necessariamente se deve concluir não estarmos perante a outorga de procuração outorgada no interesse do procurador e, como tal, irrevogável;

XIII– a procuração outorgada no interesse do procurador/ representante e, como tal, irrevogável, deve ser outorgada mediante instrumento público notarial adequado e objecto do devido arquivamento no cartório notarial, conforme prescreve o nº. 2, do artº. 116º, do Cód. do Notariado;

XIV– tais exigências – outorga mediante instrumento público cujo original é arquivado no cartório notarial – constituem uma formalidade ad substantiam, pelo que a sua preterição determina a nulidade da declaração negocial, isto é, a nulidade da própria procuração.

(Tribunal da Relação de Lisboa. Processo nº 19171/19.6T8LSB.L1-2, Relator ARLINDO CRUA, j. em 7/7/2022)

6. CONCLUSÕES

a) A doação para os romanos era um ato de liberalidade. Assim persiste no Brasil e em Portugal.

b) A natureza jurídica do contrato de doação é questionada, na medida em que nele nem sempre é necessária a aceitação, como nas hipóteses de bens de pequeno valor e para o benefício de menores.

c) No Brasil e em Portugal a liberalidade implicará a diminuição do patrimônio do doador em proveito do donatário.

d) No Brasil e em Portugal é permitida a doação entre os cônjuges, observado sempre o regime do casamento adotado pelos nubentes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Moreira. *Direito Romano*, Forense, Rio, 2002, 6ª edição revista e acrescentada, vol. II.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, gen/Forense, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 38ª edição, revista, atualizada e ampliada, gen/Atlas.

SOUZA, Maria José Pinho. *A união de facto nas constituições brasileira e portuguesa: semelhanças e divergências*. Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. Dezembro de 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, gen/Forense, 14ª edição, 2019, vol. 3.

VELOSO, Zeno. *Separação Obrigatória de Bens – Controvérsias – Doação entre Cônjuges*. Revista IBDFAM – Família e Sucessões, Belo Horizonte, nº 2-, mar/abr de 2017.

OS 35 ANOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA E SUA JURISDIÇÃO TRIBUTÁRIA

Regina Helena Costa
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

OS 35 ANOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA JURISDIÇÃO TRIBUTÁRIA

Ministra Regina Helena Costa¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O Superior Tribunal de Justiça e sua vocação para a apreciação de temas tributários. 3. Julgamentos relevantes em matéria tributária 3.1. Capacidade contributiva 3.2. Segurança Jurídica 3.3. Princípio Federativo. 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 2024 o Superior Tribunal de Justiça comemora 35 anos de existência.

Neste brevíssimo estudo pretendemos homenagear a Corte, revisitando o tema de sua atuação no exercício da jurisdição tributária, com destaque para alguns julgamentos recentes.²

¹ Livre-docente em Direito Tributário, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora Associada de Direito Tributário da mesma universidade nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

² Parte das considerações efetuadas a seguir foram extraídas de textos já publicados, conforme indicado.

2. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA VOCAÇÃO PARA A APRECIÇÃO DE TEMAS TRIBUTÁRIOS³

Instituído pela Constituição de 1988 e instalado no ano seguinte, o Superior Tribunal de Justiça, como sabido, absorveu parte das competências do Supremo Tribunal Federal, dentre elas, em grau recursal, a de **uniformizar a interpretação da legislação federal**⁴. Sua configuração, tal qual a do Supremo Tribunal Federal, é, assim, a de uma Corte de precedentes.

A jurisdição exercida pelo Superior Tribunal de Justiça, referente à uniformização da interpretação e da aplicação da legislação federal (art. 105, III, *c*, CR), propicia grande contribuição à segurança jurídica, destinada que é à construção de jurisprudência consolidada a ser observada pelos órgãos da Justiça Comum - Federal e Estadual.

No tocante à estrutura do tribunal, vale lembrar que os órgãos competentes para a apreciação de controvérsias de natureza tributária são a 1ª Seção, dedicada ao Direito Público, e as 1ª e 2ª Turmas, que a integram.

Remarque-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao ser instituído, já encontrou vasta jurisprudência acerca da interpretação do Código Tributário Nacional e da legislação tributária federal efetuada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. À vista da Constituição de 1988, da qual também é fruto, o Superior Tribunal de Justiça foi, paulatinamente, produzindo extensa jurisprudência sobre o regramento das relações tributárias.

Nessa moldura, emerge, naturalmente, sua vocação para a apreciação de temas tributários e ensejo à aplicação da disciplina dos recursos especiais repetitivos. Tal justifica-se, primeiramente, por estarmos num

³ Cf. nosso “A Jurisdição Tributária no Superior Tribunal de Justiça”, *in Revista Interesse Público*, Fórum, Belo Horizonte, v. 130, 2021, p. 17-28.

⁴ Cf. o art. 118, III, *a, c e d*, da Emenda Constitucional n. 1/69, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário e o art. 105, III, *a, b e c*, da Constituição de 1988, que contempla a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar recurso especial.

âmbito de relações jurídicas deflagradas diretamente pela lei, de obrigações *ex lege*, e mais, de obrigações dessa natureza submetidas ao **princípio da generalidade da tributação**, segundo o qual todos devem pagar tributos se realizam as situações descritas em lei, bastando a concretização de uma dessas situações para que a respectiva obrigação seja deflagrada.

Tratando-se, portanto, de **relações de massa**, envolvendo **direitos individuais de origem homogênea**, evidente o campo fértil para o reconhecimento de temas cuja relevância transcenda os limites subjetivos da lide, sujeitando sua análise a regimes recursais diferenciados, quais sejam, os de repercussão geral em sede de recurso extraordinário e o dos recursos especiais repetitivos.

O regime dos recursos especiais repetitivos, indubitavelmente, representa o mais importante instrumento disponível ao Superior Tribunal de Justiça para a redução da litigiosidade e o alcance da isonomia na solução de casos que envolvem milhares de jurisdicionados, tais como os de natureza tributária.

Impende assinalar que a Corte já alcançou o impressionante número de 1.189 temas afetados sob esse regime processual, sendo que cerca de 317 referem-se ao direito tributário (material e processual), equivalendo a cerca de 25,5% do total.⁵

3. JULGAMENTOS RELEVANTES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Da extensa jurisprudência produzida em matéria tributária, destacaremos alguns temas para ilustrar orientações firmadas pelo Tribunal nos últimos anos.

Embora o Superior Tribunal de Justiça não exerça, como regra, controle de constitucionalidade, cabe-lhe realizar a uniformização da interpretação da legislação tributária a partir dos princípios constitucionais a ela aplicáveis.

⁵ Cf. consulta e análise de dados disponíveis no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça efetuada em 1.03.2024.

Assim, usamos como critério de seleção dos acórdãos a aplicação de princípio constitucional como fundamento da solução da controvérsia.

Para tanto, elegemos três princípios constitucionais como eixos temáticos: **o princípio da capacidade contributiva, o princípio da segurança jurídica e o princípio federativo.**

3.1. Princípio da Capacidade contributiva⁶

Embora o Superior Tribunal de Justiça não exerça, como regra, controle de constitucionalidade, a invocação do princípio da capacidade contributiva emerge em vários julgados para iluminar a interpretação de normas infraconstitucionais, cuja uniformização, em sede recursal, é missão precípua dessa Corte.

Dois Temas Repetitivos bem demonstram tal assertiva.

O primeiro, de n. 238, foi apreciado em acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003.

1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. 2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor: “Art. 9º

⁶ Cf, nosso “O Princípio da Capacidade Contributiva e sua Previsão em Norma Expressa na Constituição de 1988”, in *A Constituição da Democracia em seus 35 Anos*, Org. Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Belo Horizonte, Fórum, 1ª ed., 2023, v. 1, p. 165-177.

Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: (...) XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida; (...) ” 3. A constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, *uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária*, restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, oportunidade em que asseverou: “... a lei tributária - esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria. A *razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais. Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.*” (ADI-MC 1643/UF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997) 4. A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/96, determinando que: “Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino

fundamental.” 5. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu artigo 24, assim dispôs: “Art. 24. Os arts. 1o e 2o da Lei no 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 1o Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9o da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades: I - creches e pré-escolas; II - estabelecimentos de ensino fundamental; III - centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga; IV - agências lotéricas; V - agências terceirizadas de correios; VI - (VETADO) VII - (VETADO)’ (NR) (...)” 6. A irretroatividade da Lei 10.034/2000, que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9o, da Lei n.º 9.317/96, restou sedimentada pelas Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, *verbis*: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.” 7. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1056956/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 01/07/2009; AgRg no REsp 1043154/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009; AgRg no REsp 611.294/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008; REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 21.05.2008; REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008; e REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma,

julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005). 8. *In casu*, à data da impetração do mandado de segurança (07/07/1999), bem assim da prolatação da sentença (11/10/1999), não estava em vigor a Lei 10.034/2000, cuja irretroatividade reveste de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida. 9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008” (REsp 1.021.263/SP, Tema Repetitivo 238, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.2009, destaque nosso)⁷.

Apontou-se, assim, a capacidade contributiva como fundamento a justificar a opção pelo sistema do SIMPLES, justificando o tratamento distintivo dos contribuintes a ele sujeitos.

Assunto de bastante repercussão foi o Tema Repetitivo 351, relativo à incidência do Imposto sobre a Renda sobre benefícios previdenciários pagos acumuladamente, consoante espelha a ementa que segue:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS DE FORMA ACUMULADA.

1. O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ. 2. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008(REsp 1.118.429/SP, Tema Repetitivo 351, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24.03.2010)⁸.

Restou fixada a seguinte tese jurídica:

⁷ Cf. sítio eletrônico *stj.jus.br*. acesso em 01.03.2024.

⁸ Cf. sítio eletrônico *stj.jus.br*. acesso em 01.03.2024.

O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios previdenciários atrasados pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado, não sendo legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente.

Embora não mencionado na ementa, o princípio da capacidade contributiva figurou como um dos fundamentos da decisão.

Outro julgado relevante foi o proferido pela 1ª Turma, referente à base de cálculo do Imposto sobre Serviços, cuja ementa é do seguinte teor:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. MENSALIDADES ESCOLARES. BASE DE CÁLCULO. VALORES REFERENTES À CORREÇÃO MONETÁRIA E AOS JUROS DE MORA DAS PARCELAS PAGAS EM ATRASO. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. *Nos termos dos arts. 1º e 7º da LC n. 116/2003, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviços, sendo a base de cálculo o preço do serviço, o qual, à luz dos princípios da capacidade contributiva, da legalidade e da justiça tributária, deve estar vinculado ao ganho financeiro proporcionado pelo serviço prestado.* 2. *Não é legal a inclusão, na base de cálculo do ISSQN, da correção monetária e dos juros de mora incidentes sobre as mensalidades atrasadas, porquanto os respectivos valores não se relacionam com a quantia, em si, da prestação do serviço, mas, condicionalmente, com a correção e a remuneração do respectivo capital.* 3. Os juros de mora têm natureza indenizatória, como se extrai do parágrafo único do art. 404 do Código Civil, razão pela qual não se pode caracterizá-los como parcela do preço do serviço. 4. Hipótese em que o recurso especial deve ser provido, porquanto não se pode entender legítima a autuação do contribuinte porque, à época do pagamento do ISSQN, pagou o tributo sem a inclusão dos juros de mora, uma vez que estes não integram o preço do serviço, mas constituem indenização inicial por eventual prejuízo decorrente da mora, a qual se dá, por sua natureza, após o vencimento da data estipulada para o pagamento da prestação do serviço.

5. Recurso especial provido. Agravo interno interposto contra o indeferimento da tutela provisória prejudicado” (REsp 1.584.736/SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 06.02.2018, destaque nosso)⁹.

A orientação firmada pelo colegiado deixou claro que a observância do princípio da capacidade contributiva é exigência de justiça tributária, inviabilizando seja mensurada a aptidão para contribuir mediante a inclusão de aspectos estranhos à própria materialidade do tributo.

3.2. Princípio da Segurança jurídica

Diretriz de grande relevo, o princípio da segurança jurídica foi invocado como fundamento para a solução de importantes controvérsias tributárias.

Primeiramente, ao examinar a questão da fixação de alíquotas sucessivas no tempo no contexto do REINTEGRA – programa criado para incentivar a exportação de produtos manufaturados – a 2ª Turma assim se manifestou, em julgado espelhado na seguinte ementa:

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. TRIBUTÁRIO. REINTEGRA. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS. ART. 7º, §2º E INCISOS, DO DECRETO Nº 8.415/2015. FIXAÇÃO DE ALÍQUOTAS SUCESSIVAS NO TEMPO. LEGALIDADE.

1. O art. 22, §1º, da Lei n. 13.043/2014, que faculta ao Poder Executivo Federal editar sucessivos decretos alterando as alíquotas do REINTEGRA de maneira uniforme para todo e qualquer bem, isto é, sem fazer necessariamente qualquer discrimen por tipo de bem, *também faculta ao mesmo Poder Executivo Federal editar um único decreto que, em atenção à previsibilidade (segurança jurídica), já fixe as alíquotas a serem sucessivamente aplicadas a períodos preestabelecidos.*

⁹ Cf. sítio eletrônico *stj.jus.br*. acesso em 01.03.2024.

2. À toda evidência, “admitir-se a diferenciação por bem” não significa, como deseja o contribuinte, que toda a diferenciação de alíquotas fique contida nessa diferenciação por bens. “Admitir-se” não é “limitar-se”. “Admitir-se” significa potestade. O Poder Executivo Federal poderá não fazer essa diferenciação por bens e optar por tratar de maneira uniforme todos os bens. Poderá também, dentro dessa uniformidade, adotar qualquer percentual, desde que contido na faixa de alíquotas que varia entre 0,1% (um décimo por cento) e 3% (três por cento). Poderá também variar esse percentual no tempo.

3. Desta forma, é lícito o disposto no art. 2º, §7º, do Decreto n. 8.415/2015, ao estabelecer os percentuais do crédito do REINTEGRA diferenciados previamente por períodos. Precedentes: REsp. n. 1.873.758/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16.06.2020; REsp. n. 1.732.813/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 14.05.2019.

4. Recurso especial não provido” (REsp 1.657.525/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 03.11.2020, destaque nosso).¹⁰

Vê-se, pois, que o princípio da segurança jurídica, na sua expressão de **previsibilidade dos comportamentos que devem ser seguidos**, foi aplicado para a solução da lide.

Já o tema da incidência do Imposto de Renda sobre incentivo fiscal concedido por Estado-Membro, por sua vez, foi analisado pela 1ª Seção, conforme estampado na ementa que segue:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. CRÉDITOS DO REINTEGRA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E DA CSLL. DIVERGÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ICMS. CRÉDITOS PRESUMIDOS CONCEDIDOS A TÍTULO DE INCENTIVO FISCAL. INCLUSÃO NAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA

¹⁰ Cf. sítio eletrônico *stj.jus.br*. acesso em 01.03.2024.

CSLL. INVIABILIDADE. TRIBUTAÇÃO FUNDADA EM ATOS INFRALEGAIS. INTERFERÊNCIA DA UNIÃO NA POLÍTICA FISCAL ADOTADA POR ESTADO-MEMBRO. OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E À SEGURANÇA JURÍDICA. BASE IMPONÍVEL. OBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS QUE LHEM SÃO PRÓPRIOS. RELEVÂNCIA DE ESTÍMULO FISCAL OUTORGADO POR ENTE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 574.706/PR). AXIOLOGIA DA RATIO DECIDENDI APLICÁVEL À ESPÉCIE. CRÉDITOS PRESUMIDOS. PRETENSÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO RENDA OU LUCRO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO COM O MISTÉRIO DE CONFORMAR O ACÓRDÃO EMBARGADO À TESE JÁ FIXADA E CONSOLIDADA DESTES STJ.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, in *casu*, o Código de Processo Civil de 1973.

II - Para a admissão dos embargos de divergência, os acórdãos embargados e paradigmas devem possuir similitude fática e conclusões jurídicas discrepantes, nos termos dos arts. 255 e 266 do RISTJ. É assente o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, para se comprovar a divergência jurisprudencial, impõe-se que os acórdãos confrontados tenham apreciado matéria idêntica à dos autos, à luz da mesma legislação federal, dando-lhes, porém, soluções distintas.

III - Ausente a integral similitude fática entre os acórdãos embargado e paradigma, porquanto esse último cinge-se à apreciação da inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, silenciando quanto ao montante concernente ao REINTEGRA.

IV - A discussão cognoscível cinge-se à exclusão de crédito presumido do ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, tema já pacificado por esta Seção na apreciação do EREsp n. 1.517.492/PR, de minha relatoria para o acórdão, julgado em 08.11.2017, DJe 01.02.2018, e reafirmado por tal órgão jurisdicional, inclusive com referência expressa pela inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário no AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.603.082/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 03.12.2019, DJe 05.12.2019.

V - O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

VI - Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

VII - Tal orientação leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.

VIII - O modelo federativo abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

IX - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

X - A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS e, por consequência,

outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar. XI - A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

XII - A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

XIII - O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, CR).

XIV - Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XV - *O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade*

colimada pelos preceitos legais, aumentando o preço final dos produtos especificados.

XVI - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XVII - Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/2009, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores, em espécie, pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.

XVIII - O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento de que o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.

XIX - O crédito presumido de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio da contribuinte, não constitui lucro, base imponible do IRPJ e da CSLL.

XX - Recurso que cumpre o singelo mister de conformar o acórdão embargado à tese já fixada e consolidada deste Superior Tribunal de Justiça (EREsp n. 1.517.492/PR).

XXI - Embargos de Divergência conhecidos em parte e, nessa extensão, providos” (EREsp 1443771/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Regina Helena Costa, j. 14.04.2021, destaques nossos).¹¹

Reconheceu-se, assim, ofensa aos princípios federativo e da segurança jurídica na situação apontada.

¹¹ Cf. sítio eletrônico *stj.jus.br*. acesso em 01.03.2024.

A mesma tese foi posteriormente aplicada em relação a outro benefício fiscal concernente ao ICMS (1ª Turma, REsp n. 1.222.547/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. em 08.03.2022).

O polêmico tema da responsabilidade tributária de grupo econômico foi objeto de apreciação pela 2ª Turma, no qual o princípio da segurança jurídica foi, igualmente, invocado, em julgado assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. *QUESTÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA, NÃO SE PODE ENTENDER QUE ORA OCORRE A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PORQUE HOUE O RECONHECIMENTO DE SIMULAÇÃO, ORA NÃO OCORRE, PORQUANTO SÃO AS MESMAS PARTES E O MESMO MODUS OPERANDI DO ESQUEMA QUE TEM POR ESCOPO DISSIMULAR SITUAÇÕES PARA SE EXIMIR DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES DE NATUREZA FISCAL.* 1. O acórdão recorrido consignou (fls. 5.489-5.490, e-STJ): “Neste contexto, trata-se, na origem, de embargos à execução fiscal, nos quais a discussão central é relativa à existência, ou não, de sucessão empresarial, a justificar a pertinência da embargada no polo passivo da execução fiscal. A conclusão do v. acórdão embargado é a de que inexistem elementos de fato suficientes a justificar a sucessão empresarial, nos termos em que positivada no direito brasileiro. O núcleo destes embargos, por sua vez, está centrado na necessidade de aludir aos precedentes jurisprudenciais invocados pela embargante. É o que se passa a fazer. De saída, registre-se que nenhum dos precedentes citados, sejam desta Corte, sejam do C. STJ, são de jurisprudência vinculante, proferidos em incidentes de demandas repetitivas, incidentes de assunção de competência, ou em recursos repetitivos. (...) Eles se diferenciam do v. acórdão embargado por uma razão jurídica. O v. acórdão embargado tomou como premissa de fato que não houve sucessão por exploração de atividade comercial de pessoa jurídica extinta nem por aquisição de

estabelecimento comercial, nos termos do art. 132, parágrafo único, e art. 133 do CTN. As razões do v. acórdão embargado estão explícitas e detalhadas. Os acórdãos invocados pela embargante, por sua vez, entendem que houve sucessão empresarial. Mas, em seus termos, admitem que, a rigor, não houve extinção de uma pessoa jurídica e continuação de sua atividade empresarial por outra, tampouco admitem que tenha havido aquisição de estabelecimento comercial. Na verdade, por razões indiretas, ligadas a supostas simulações, confusões patrimoniais, negócios envolvendo pessoas jurídicas sediadas em paraísos fiscais, acabam por tomar todos estes indícios e dar uma interpretação bastante larga aos dispositivos citados do CTN, para justificar a sucessão empresarial e o redirecionamento da execução fiscal. Ora, o v. acórdão embargado não coaduna com este entendimento. Adota uma interpretação mais estrita da desconsideração da personalidade jurídica no CTN, nos termos em que positivada, visto seu caráter excepcional. E não se utiliza de meros indícios para justificar a desconsideração, mas tão somente de provas incontestáveis, como os documentos formais que atestam os negócios jurídicos efetivamente ocorridos. O acórdão embargado não toma a ausência de justificativa de atribuição patrimonial, ou ausência de provas de como se deu o incremento patrimonial de uma pessoa jurídica, típica prova negativa, para justificar a medida excepcional da desconsideração da personalidade jurídica. Existe, portanto, uma nítida diferença de entendimento jurídico entre o v. acórdão embargado e os acórdãos invocados como paradigmas. Isso nunca se negou. Mas esta divergência é natural ao direito, e como já citado, não há qualquer obrigação de seguimento desta jurisprudência citada por este relator, que manifesta tal entendimento em casos semelhantes. Com relação aos precedentes citados do C. STJ, quais sejam, REsp 767021 e REsp 332763, eles não tratam dos fatos apreciados neste processo. Retratam, assim, teses jurídicas acolhidas pelo C. STJ, diante daqueles casos concretos. Também não foram proferidos em sede de recursos repetitivos e não possuem força vinculantes, nos termos legais. O REsp 332.763/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 30/04/2002 não pode ser invocado como precedente para este caso, pois não trata de desconsideração da personalidade jurídica no

âmbito tributário, em redirecionamento de execução fiscal, mas no âmbito privado, de direito civil. Logo, porque o v. acórdão embargado apoiou-se estritamente nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica previstas no CTN, tal julgado não serve como paradigma para este caso. O REsp 767.021/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 16/08/2005 utilizou do entendimento do REsp 332.763/SP no âmbito tributário. Entretanto, trata-se de hipótese alargada da desconsideração da pessoa jurídica, tal como acima explicada, divergente do entendimento do v. acórdão embargado. Ademais, entende-se que mesmo a hipótese de fato retratada em tal precedente não é semelhante a dos fatos ora apreciados. Com efeito, a hipótese de fato ali tratada é a de que ‘pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo’. Ora, no caso em tela, como já afirmado, não se chegou a reconhecer de forma cabal, singela, o grupo societário. Ao contrário, entendeu-se que houve sucessão empresarial por indícios, provas indiretas e negativas, com suposta confusão patrimonial. Por isso, tais indícios não são suficientes para justificar a existência de grupo econômico, nos termos do precedente acima, que, por isso, não é aplicável ao caso. Pelo exposto, ACOLHO os embargos de declaração, sem efeitos modificativos, nos termos acima, para acréscimo de fundamentos”.

2. O STJ possui jurisprudência no sentido de que evidenciadas as situações previstas nos arts. 124 e 133, do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em

descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em descon sideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

3. Conforme constou da decisão agravada, foi colacionado precedente do STJ - REsp 1.778.988/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29.5.2019 - em que ficou demonstrado que o próprio TJ/SP, diante desse caso com elevadíssimo teor de complexidade e assombroso panorama - destaque-se - reconheceu a responsabilidade solidária da empresa contra a qual foi redirecionada a Execução Fiscal, após identificar simulação entre as pessoas jurídicas de direito privado Canamor Agro Industrial e Mercantil S/A (recorrente) e Indústrias Matarazzo de Óleos e Derivados (devedora original).

4. *Sendo assim, por questão de segurança jurídica, não se pode entender que ora ocorre a responsabilidade tributária porque houve o reconhecimento de simulação, ora não ocorre, porquanto são as mesmas partes e o mesmo modus operandi do esquema que tem por escopo dissimular situações para se eximir do cumprimento dos deveres de natureza fiscal.*

5. Esse raciocínio jurídico também fundamentou a sentença de fls. 4.574-4.616, e-STJ, conforme se extrai dessa passagem: “Os embargos são improcedentes. *A priori*, anoto que já há precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em casos totalmente semelhantes ao ora julgado, em que se reconheceu a responsabilidade da empresa embargante pelos débitos tributários da Indústria Matarazzo de Óleos e Derivados S/A (outra empresa do mesmo Grupo Matarazzo). (...) Além disso, recentemente, o Tribunal Regional Federal da Terceira Região confirmou sentença deste Juízo de Direito, relativa a outros embargos opostos pela mesma autora (...)” (fls. 4.578-4.581, e-STJ, grifos acrescidos).

6. Agravo Interno não provido” (AgInt no REsp 1926476 / SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.08.2021, destaques nossos)¹².

¹² Cf. sítio eletrônico *stj.jus.br*. acesso em 01.03.2024.

Outra controvérsia cujo deslinde se deu com fundamento no princípio da segurança jurídica, dentre outros, foi a revogação prematura do benefício fiscal instituído pela Lei n. 11.196/2005, conhecida como “Lei do Bem”.

A 1ª Turma firmou entendimento a respeito do tema em julgamentos ocorridos em 08.06.2021, resumidos nesse julgado mais recente:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. DISCIPLINA DO ART. 178 DO CTN À HIPÓTESE DE ALÍQUOTA ZERO. POSSIBILIDADE. NÃO SUJEIÇÃO DOS VAREJISTAS AOS EFEITOS DO ART. 9º DA MP N. 690/2015 (CONVERTIDA NA LEI N. 13.241/2015). PRESENÇA DE ONEROSIDADE (CONTRAPARTIDA) NO CONTEXTO DO INCENTIVO FISCAL DA LEI N. 11.196/2005 (“LEI DO BEM”). *PREMATURA CESSAÇÃO DA INCIDÊNCIA DE ALÍQUOTA ZERO. VULNERAÇÃO DA NORMA QUE DÁ CONCRETUDE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO DA CONFIANÇA) NO ÂMBITO DAS ISENÇÕES CONDICIONADAS E POR PRAZO CERTO.* INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 544/STF. PRECEDENTES DESTA TURMA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, *in casu*, o Código de Processo Civil de 2015.

II - Adequada a aplicação do art. 178 do Código Tributário Nacional à hipótese de fixação, por prazo certo e em função de determinadas condições, de alíquota zero da Contribuição ao PIS e da Cofins, porquanto os contribuintes, tanto no caso de isenção, quanto no de alíquota zero, encontram-se em posição equivalente no que tange ao resultado prático do alívio fiscal.

III - À luz de tal norma, não alcança o varejista a revogação prevista no art. 9º da MP n. 690/2015 (convertida na Lei n. 13.241/2015), dispositivo que antecipa, em três

exercícios, o derradeiro dia da redução a zero, por prazo certo, das alíquotas da Contribuição ao PIS e da Cofins incidentes sobre a receita bruta das alienações dos produtos especificados na Lei n. 11.196/2005 (“Lei do Bem”).

IV - A fruição da apontada desoneração sujeitava o varejista: (i) à limitação do preço de venda; e (ii) à restrição de fornecedores, traduzindo inegável restrição à liberdade empresarial, especialmente, no ambiente da economia de livre mercado. Esse cenário, revela a contrapartida da Recorrente diante da ação governamental voltada à democratização do acesso aos meios digitais, pois esteve a contribuinte submetida ao desdobramento próprio daquele ônus - a diminuição do lucro -, impondo-se a imediata readequação da estrutura do negócio, além da manutenção dessa conformação empresarial durante o longo período de vigência do incentivo.

V - *A proteção da confiança no âmbito tributário, uma das faces do princípio da segurança jurídica, prestigiado pelo CTN, deve ser homenageada, sob pena de olvidar-se a boa-fé do contribuinte, que aderiu à política fiscal de inclusão social, concebida mediante condições onerosas para o gozo da alíquota zero de tributos. Consistindo a previsibilidade das consequências decorrentes das condutas adotadas pela Administração outro desdobramento da segurança jurídica, configura ato censurável a prematura extinção do regime de alíquota zero, após sua prorrogação para novos exercícios, os quais, somados aos períodos anteriormente concedidos, ultrapassam uma década de ação indutora do comportamento dos agentes econômicos do setor, inclusive dos varejistas, com vista a beneficiar os consumidores de baixa renda.*

VI - *A açodada cessação da incidência da alíquota zero da Contribuição ao PIS e da Cofins, vulnera o art. 178 do CTN, o qual dá concretude ao princípio da segurança jurídica no âmbito das isenções condicionadas e por prazo certo (Súmula n. 544/STF).*

Precedentes desta Turma: REsp n. 1.725.452/RS; REsp n. 1.845.082/SP; e REsp n. 1.849.819/PE, de minha relatoria para o acórdão, julgados em 08.06.2021, DJe 15.06.2021.

VII - Recurso Especial provido, nos termos expostos” (REsp 1.941.121/PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. em 03.08.2022, destaque nosso)¹³.

Anote-se que, posteriormente, tal entendimento foi igualmente acolhido pela 2ª Turma (*e.g.* REsp n. 1.987.675/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 21.06.2022).

Nesse julgado, o princípio da segurança jurídica, em sua expressão da **proteção da confiança nos atos estatais**, foi determinante para fundamentar a conclusão alcançada.

Extraí-se desse breve delineamento jurisprudencial que o Superior Tribunal de Justiça, conquanto não exerça, como regra, controle de constitucionalidade em sua competência em sede de Recurso Especial,¹⁴ aplica, como não poderia deixar de ser, princípios constitucionais tributários, orientadores da interpretação e da aplicação das normas desse domínio.

3.3. Princípio federativo

A aplicação do princípio federativo para a solução de lides tributárias foi efetuada poucas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, mas, pela relevância de seu conteúdo, resolvemos lembrar os julgados correspondentes.

O primeiro acórdão a consigná-lo foi o proferido nos EREsp n. 1.517.492/PR, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. CRÉDITOS PRESUMIDOS CONCEDIDOS A TÍTULO DE INCENTIVO FISCAL. INCLUSÃO NAS BASES DE

¹³ Cf. sítio eletrônico *stj.jus.br*. acesso em 01.03.2024.

¹⁴ A exceção ao afirmado é exame ensejado no bojo de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou de Ato Normativo do Poder Público (Regimento Interno do STJ, arts. 199 e 200).

CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. INVIABILIDADE. PRETENSÃO FUNDADA EM ATOS INFRALEGAIS. INTERFERÊNCIA DA UNIÃO NA POLÍTICA FISCAL ADOTADA POR ESTADO-MEMBRO. OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E À SEGURANÇA JURÍDICA. BASE DE CÁLCULO. OBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS QUE LHE SÃO PRÓPRIOS. RELEVÂNCIA DE ESTÍMULO FISCAL OUTORGADO POR ENTE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 574.706/PR). AXIOLOGIA DA RATIO DECIDENDI APLICÁVEL À ESPÉCIE. CRÉDITOS PRESUMIDOS. PRETENSÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO RENDA OU LUCRO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

II - O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

III - Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

IV - Tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo

ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.

V - O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

VI - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

VII - A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS - e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

VIII - A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

IX - A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

X - O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.).

XI - Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XII - O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceitos legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes da cesta básica nacional.

XIII - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XIV - Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/09, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.

XV - O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da ratio decidendi que

afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal. XVI - Embargos de Divergência desprovidos” (1ª Seção, Rel. p/ o acórdão Min. Regina Helena Costa, j. em 08.11.2017).¹⁵

De sua extensa ementa, extrai-se que a controvérsia, em linhas gerais, consistiu em definir se incentivo fiscal concedido por Estado-Membro no âmbito do ICMS, em atendimento a determinada política pública por este adotada, ao acarretar incremento econômico para a empresa beneficiada, ensejaria a sujeição desse valor sujeito à tributação por meio do Imposto sobre a Renda – IRPJ – e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL.

Discutiu-se, dessarte, a viabilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-Membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

A interpretação da legislação infraconstitucional envolvida – a estadual, concessiva do incentivo fiscal no contexto do ICMS e a federal, pertinente à disciplina do IRPJ e da CSSL – partiu da aplicação do princípio federativo.

Vale ressaltar que a concessão de incentivo, instrumento de política fiscal, constitui autêntica expressão da autonomia consagrada pelo modelo federativo. E, sendo assim, a eficácia da adoção de tal instrumento por um ente membro da Federação não pode ser amesquinhada ou anulada pela atuação de outro.

O art. 23 da Constituição da República, ao declarar as competências comuns das pessoas políticas, bem demonstra o perfil do federalismo constitucionalmente contemplado¹⁶.

¹⁵ Cf. sítio eletrônico *stj.jus.br*. acesso em 01.03.2024.

¹⁶ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras

Nesse contexto, oportuno relembrar o conceito de **federalismo cooperativo** ou **solidário**. Nessa espécie de federalismo, todas as pessoas partícipes da federação – no caso brasileiro, a União, os Estados-Membros e os Municípios – são instadas a colaborar entre si, no intuito de alcançar resultados comuns, consagrados na Constituição.

Desse modo, o princípio federativo não pode ser olvidado como vetor indispensável a guiar a interpretação e a aplicação das normas tributárias, tanto no plano constitucional, quanto no infraconstitucional.

Posteriormente, por ocasião da análise de tema relacionado – créditos do “Reintegra” – o tribunal ratificou a orientação anteriormente adotada.¹⁷

e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

¹⁷ Conforme extrai-se da cabeça da ementa do respectivo acórdão: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. CRÉDITOS DO REINTEGRA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E DA CSLL. DIVERGÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ICMS. CRÉDITOS PRESUMIDOS CONCEDIDOS A TÍTULO DE INCENTIVO FISCAL. INCLUSÃO NAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. INVIABILIDADE. TRIBUTAÇÃO FUNDADA EM ATOS INFRALEGAIS. INTERFERÊNCIA DA UNIÃO NA POLÍTICA FISCAL ADOTADA POR ESTADO-MEMBRO.

4. CONCLUSÃO

Os julgados selecionados constituem uma diminuta mostra do vasto legado do Superior Tribunal de Justiça na busca pela uniformização da interpretação da legislação tributária ao longo de seus trinta e cinco anos.

Com a aprovação da reforma tributária em nível constitucional (Emenda Constitucional n. 132/2023) e a necessidade de sua implementação mediante a edição de diversas leis complementares, acreditamos que a Corte continuará contribuindo para a almejada segurança jurídica nas relações entre Fisco e contribuintes.

REFERÊNCIAS

COSTA, Regina Helena. “A Jurisdição Tributária no Superior Tribunal de Justiça”, in *Revista Interesse Público*, Fórum, Belo Horizonte, v. 130, 2021, p. 17-28;

COSTA, Regina Helena. “O Princípio da Capacidade Contributiva e sua Previsão em Norma Expressa na Constituição de 1988”, in *A Constituição da Democracia em seus 35 Anos*, Org. Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Belo Horizonte, Fórum, 1ª ed., 2023, v. 1, p. 165-177; e

OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E À SEGURANÇA JURÍDICA. BASE IMPONÍVEL. OBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS QUE LHE SÃO PRÓPRIOS. RELEVÂNCIA DE ESTÍMULO FISCAL OUTORGADO POR ENTE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 574.706/PR). AXIOLOGIA DA *RATIO DECIDENDI* APLICÁVEL À ESPÉCIE. CRÉDITOS PRESUMIDOS. PRETENSÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO RENDA OU LUCRO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO COM O MISTÉR DE CONFORMAR O ACÓRDÃO EMBARGADO À TESE JÁ FIXADA E CONSOLIDADA DESTES STJ. (1ª Seção, EREsp 1.443.771/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Regina Helena Costa, j. 14.04.2021). Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 01.03.2024.

COSTA, Regina Helena. “Segurança Jurídica em Matéria Tributária e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, in *Repensar a Justiça – Estudos em Homenagem à Ministra Assusete Magalhães*, Org. Isabel Gallotti, Reynaldo Soares da Fonseca, Bianca Barbosa Heringer, Belo Horizonte, D’Plácido, 1ª ed., 2023, v. 1, p. 1173-1188.

SÍTIO ELETRÔNICO

- Superior Tribunal de Justiça : www.stj.jus.br

RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL:
expectativas para o (novo)
Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Luiz Alberto Gurgel de Faria
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL: expectativas para o (novo)
Superior Tribunal de Justiça (STJ)**

Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria¹

INTRODUÇÃO

No ano em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) comemora 35 anos de sua fundação, faz-se imperativo refletir sobre as transformações que moldaram e continuam a moldar a atuação dessa corte tão relevante no cenário jurídico brasileiro. Participar desta publicação é não apenas uma oportunidade de homenagear uma das mais importantes instituições do Judiciário brasileiro, mas também de refletir sobre sua trajetória, contribuições e desafios ao longo dessas mais de três décadas de existência.

É, portanto, com imensa honra e profundo senso de responsabilidade que apresento artigo como parte deste livro comemorativo.

¹ Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Universidade de Brasília (UnB), do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ressalto que a grandeza da Corte homenageada é diretamente proporcional à dificuldade de eleger, para a presente escrita, um único tema cuja importância esteja à altura da presente obra coletiva. Pensando nisso, adianta-se que este texto terá como pano de fundo a criação do instituto da relevância da questão federal, introduzido pela Emenda Constitucional 125/2022, que vem provocando debates acalorados sobre seu impacto potencial no sistema judiciário e, mais especificamente, no funcionamento do STJ, daí porque ter sido escolhido como tema do artigo.

A Corte Superior, desde sua criação, tem desempenhado um papel crucial na uniformização da interpretação das leis federais e na promoção da segurança jurídica. Mas, ao longo da sua existência, o STJ vem se deparando com um crescimento exponencial dos processos que lhe são distribuídos anualmente, encontrando-se o Tribunal próximo à condição (se não já está) de não ser capaz de dar vazão, em tempo e qualidade razoáveis, à demanda a que é diuturnamente submetido.

Aliás, não é de agora a preocupação com esse cenário. Há cerca de dez anos, quando o STJ estava completando 25 anos, o Ministro Sérgio Luiz Kukina² já aparentava consternação com o que chamou de “cifras estatísticas preocupantes”, registrando que “no primeiro ano de funcionamento (1989), o novo Tribunal recebeu cerca de 6.000 (seis mil) processos contra mais de 300.000 (trezentos mil) no último ano de 2013”, o que implicaria “ingredientes indesejados, mas fecundos, para ensejar a demora na entrega da prestação jurisdicional”.

Longe de melhorar, esse cenário só se agravou nos anos seguintes. Segundo o boletim estatístico produzido pelo STJ, a Corte recebeu, em 2023, 461.810 (quatrocentos e sessenta e um mil, oitocentos e dez)

² KUKINA, Sérgio Luiz. A relevância da questão federal como filtro para a admissibilidade do recurso especial: considerações de *lege ferenda*. In: CAZZARO, Kleber (Org.). **Reflexões teóricas sobre Direito Material e Processual: estudos jurídicos em homenagem ao jubileu de diamante da criação da Faculdade Estadual de Direito de Ponta Grossa**. Blumenau (SC): Legere: Nova Letra, 2014, p. 642/648.

processos³, o que implica dizer que, no seu aniversário de 35 anos, o Tribunal Superior recebeu cerca de 75 (setenta e cinco) vezes mais processos do que no ano da sua inauguração, embora conte hoje com o mesmo número de 33 ministros desde a concepção originária.

Os números demonstram que, na prática, o STJ, em vez de exercer um papel de corte de precedentes, tem atuado muito mais como corte de revisão individual das decisões das instâncias ordinárias (corte de correção).

Como já se alertava na obra de comemoração de 10 anos da Corte, o Superior Tribunal de Justiça acaba gastando a maior parcela de sua energia desempenhando o papel de terceira instância, “alternativa esta última que se harmoniza com a submissão do direito brasileiro à burocratização da função judicial, a que serve um sistema de recursos, cuja vastidão não tem paralelo no mundo, além de ser altamente tolerante e permissivo”⁴.

Com isso, “o Superior Tribunal de Justiça não individualizou, ou ainda não teve condições de exercer, as suas reais funções, ou seja, aquelas que são próprias de uma Suprema Corte”⁵, isto é, não foi capaz de exercer plenamente a função (primordial) nomofilática de proteger a higidez, validade e autoridade da norma interpretada⁶.

E, para que isso aconteça, é preciso promover um ajuste na quantidade de processos que ingressam no STJ, providência que certamente aprimorará a qualidade com que o Tribunal exercerá seu papel principal.

³ BRASIL, Superior Tribunal De Justiça. **Boletim Estatístico: dezembro de 2023**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2023/Boletim202312.pdf Acesso em 18/07/2024.

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. A função dos Tribunais Superiores. *In: STJ 10 anos: obra comemorativa 1989 - 1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 145/165.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedente: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 [livro eletrônico];

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022 [livro eletrônico].

A propósito:

Malgrado pudesse ser factualmente defensável o fechamento sistemático do STJ fruto apenas de norma infraconstitucional, regras regimentais e jurisprudência restritiva, considerando o cenário real do Poder Judiciário no Brasil, marcado pela ineficiência jurisdicional e por um acervo interminável de processos, era imprescindível e inadiável alterar a norma constitucional que cuida da passagem àquele tribunal (CF, art. 105, III), para que o recurso especial seja mesmo especial. Era preciso se estreitar, por alteração constitucional, mais ainda a porta de entrada dos recursos destinados ao Superior Tribunal de Justiça, corte que não pode - nem merece - ser usada como instância recursal⁷.

Nesse contexto, a Emenda Constitucional n. 125/2022, que introduziu o instituto da relevância da questão federal, surgiu como uma inovação significativa, buscando aprimorar a eficiência e a qualidade da prestação jurisdicional da Corte Superior.

Este artigo tem como objetivo examinar as expectativas e possíveis implicações decorrentes da adoção desse novo instituto jurídico. A relevância da questão federal promete redefinir o papel do STJ, tornando-o ainda mais seletivo quanto aos recursos que chegam à sua análise.

Para tanto, o texto será subdividido em três partes: a) a primeira apresentará breves considerações a respeito da EC n. 125/2022; b) na segunda seção, cuidar-se-á das linhas gerais do anteprojeto apresentado pelo STJ para regulamentar o instituto da relevância da questão federal; e c) na terceira parte, serão apresentadas as expectativas a respeito de como o instituto em exame poderá modificar as características da Corte Superior.

1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 125/2022

Conforme visto anteriormente, o legislador constituinte, ao alterar a Constituição, incluindo os §§ 2º e 3º ao art. 105, deu um relevantíssimo

⁷ LEAL, Fabio Resende. **Recurso especial: teoria e prática- relevância da questão federal**. 2. ed. rev. amp. atual. Curitiba: Juruá, 2023, p. 226.

passo no caminho que deve ser percorrido para transformar o STJ numa efetiva corte de precedentes e “atendeu aos reclamos da doutrina e da magistratura no tocante à necessidade de se estreitar, pela relevância, a via de acesso ao Superior Tribunal de Justiça”⁸.

Essa importante modificação foi operada pela Emenda Constitucional n. 125/2022, cuja redação é a seguinte:

Art. 1º O art. 105 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 105.

§ 1º

§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos:

I - ações penais;

II - ações de improbidade administrativa;

III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos;

IV - ações que possam gerar inelegibilidade;

V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça;

VI - outras hipóteses previstas em lei.”(NR)

Art. 2º A relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, ocasião em que a parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo.

⁸ LEAL, Fabio Resende. **Recurso especial: teoria e prática- relevância da questão federal**. 2. ed. rev. amp. atual. Curitiba: Juruá, 2023, p. 244.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Sobre as novidades, percebe-se do § 2º, de largada, que o recorrente terá o novo ônus processual de “demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso”. Diz-se “terá” (no futuro) porquanto o supracitado parágrafo condiciona a exigência do filtro às condições disciplinadas “nos termos da lei” que ainda não existe (ao menos não na data em que elaborado o presente texto), ou seja, cuida-se de norma de eficácia limitada⁹.

Poder-se-ia cogitar possível antinomia entre o art. 105, § 2º, da CF, e o art. 2º da própria EC n. 125/2022, já que a primeira norma remete aos “termos da lei”, enquanto a segunda menciona que a relevância será exigida aos apelos interpostos após a entrada em vigor da emenda. A antinomia, no entanto, é apenas aparente, pois, sem regulamentação, há uma série de lacunas procedimentais que impedem a aplicação do instituto, razão pela qual se entende que o que o art. 2º busca é, na verdade, garantir a irretroatividade do filtro de relevância, qualquer que seja o teor da sua regulamentação pela legislação ordinária¹⁰.

Outra questão interessante que ainda se extrai do art. 105, § 2º, da CF, é que o constituinte não definiu exatamente o que seria a “relevância da questão federal”, conceito que será, portanto, definido pelo próprio STJ.

Em relação a tal fato, antes de “ser um obstáculo intransponível, é oportuno que os elementos que integram e definem o conceito de

⁹ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis. Relevância de questão federal como filtro de admissibilidade do recurso especial: análise das propostas de Emenda Constitucional n. 209/2012 e n. 17/2013. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.224, 2013, p. 241/251.

¹⁰ ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. Primeiras Reflexões Sobre a EC 125 e o Requisito da Relevância das Questões de Direito Federal Infraconstitucional (RESP com RQF). In: MARQUES, Mauro Campbell (org). **Relevância da questão federal no Recurso Especial**. Londrina: Thoth, 2023, p. 114/125.

relevância da questão federal sejam abertos e indeterminados, permitindo certa discricionariedade dos ministros na escolha de quais temas deverão ou não ter o mérito julgado”¹¹. Isto é, conferir ao próprio STJ o poder de delimitar a abrangência do instituto somente valoriza a função do Tribunal, o que se mostra louvável.

O mesmo parágrafo dispõe ainda sobre o quórum necessário para não se conhecer de recurso que não demonstre a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas, qual seja: “2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento”.

Desse trecho, extraem-se duas conclusões. A primeira é que a regra é considerar relevante a questão, sendo o não conhecimento por ausência de relevância a exceção, em razão do quórum qualificado que é exigido para que isso ocorra. A segunda é que, a rigor, o órgão competente seria a Turma do STJ para o qual distribuído o processo, ou, se se tratar de recurso representativo de controvérsia, a competência poderá ser da Seção ou Corte Especial do Tribunal.

Acontece que, em relação a esse último ponto mencionado, como a Constituição não definiu expressamente qual seria o “órgão competente”, nada impede que a legislação ordinária regulamentadora e o Regimento Interno do STJ definam com mais especificidade e precisão qual será o juízo com competência para exame da questão.

A propósito, como a relevância da questão federal, a depender da forma como seja regulamentada, poderá ter efeito prospectivo e vinculante, para além do caso concreto, é possível que o legislador preveja que a competência, nessas hipóteses, seja diretamente da Seção ou Corte Especial do STJ, de modo a evitar decisões conflitantes (entre as Turmas) e garantir mais segurança jurídica.

¹¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. A relevância da questão de direito federal infraconstitucional no recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo. Vol. 47, N. 333, 2022, p 159/185.

O § 3º estabeleceu, por sua vez, hipóteses de presunção legal e absoluta de relevância¹². São três hipóteses relacionadas com as causas que podem impactar no direito à liberdade e político das partes (incisos I, II e IV); uma hipótese de natureza econômica pelo valor da causa (inciso III); uma hipótese para assegurar a tutela da jurisprudência da própria Corte (inciso V); e uma hipótese que conferiu abertura para o legislador ordinário inserir novas previsões não antecipadas pelo constituinte (inciso VI).

Ainda a respeito da inovação constitucional, apesar de se reconhecer, como visto anteriormente, que a EC n. 125/2022 atendeu aos anseios de grande parcela da doutrina e operadores do direito, ela também atraiu sólida resistência de alguns autores e setores jurídicos.

A crítica central envolveu a possível restrição que a relevância implicaria ao acesso à Justiça e o risco à unidade do direito federal¹³.

A resistência envolve ainda a alegação de que há elevado grau de indeterminação no conceito de relevância e de que há soluções que seriam menos gravosas ao direito de defesa (como o aumento do número de gabinetes de ministro)¹⁴; há, também, os que compreendem que a limitação de admissibilidade do recurso especial após a emenda implicaria limitação inadequada da atuação do STJ, que não teria posição equivalente

¹² Destaca-se que há autores que entendem que a presunção é relativa (*vide*: BATISTA, Fernando Natal. **A relevância da questão federal e a reconfiguração do Superior Tribunal de Justiça como Corte de Precedentes**. Londrina, PR: Thoth, 2024).

¹³ ANTUNES DA CUNHA, Guilherme; SCALABRIN, Felipe. A relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade do recurso especial: reflexões iniciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022. DOI: 10.12957/redp.2022.66352. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/66352> p. 120/148. Acesso em: 18/07/2024.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que restará do recurso especial se aprovada a PEC da Relevância?** Revista Consultor Jurídico, 21 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/senso-incomum-restara-recurso-especial-aprovada-pec-relevancia/> Acesso em 18/07/2024.

ao STF¹⁵; esta última posição, inclusive, foi a defendida no anteprojeto enviado pelo Conselho da OAB, no qual inclusive se argumenta que

o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da CF), não pode se transformar em um tribunal de teses vinculantes, por falta de autorização constitucional¹⁶.

Todos os pontos acima destacados admitem argumentos em sentido contrário.

Sobre a questão do acesso à justiça, ressalta-se a preocupação já externada no início deste artigo, a respeito de o crescimento exponencial da demanda no STJ acabar impedindo o regular funcionamento da Corte, o que poderá ter consequências ainda mais graves em relação àquele direito (de acesso à justiça).

Além do mais, o acesso à justiça deve ser aprimorado nas instâncias ordinárias, uma vez que não há direito subjetivo à correção do acórdão da segunda instância, pois, assumindo (cada vez mais) o STJ sua função de corte de precedente,

não há como imaginar que aquele que foi vencido ou se sentiu prejudicado tem direito de recorrer a uma Corte que não tem função de rever os descertos das decisões dos tribunais.¹⁷

¹⁵ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis. Relevância de questão federal como filtro de admissibilidade do recurso especial: análise das propostas de Emenda Constitucional n. 209/2012 e n. 17/2013. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n. 224, 2013, p. 241/251.

¹⁶ CONSULTOR JURÍDICO. **Em anteprojeto de lei, OAB rejeita função vinculante do filtro da relevância no STJ**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-11/em-anteprojeto-de-lei-oab-rejeita-funcao-vinculante-do-filtro-da-relevancia/#:~:text=Para%20a%20OAB%2C%20o%20filtro,fun%C3%A7%C3%B5es%20tradicionais%20atribu%C3%ADdas%20ao%20STJ> e em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/04/Texto-principal-v4.pdf> Acesso em 18/07/2024.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O filtro da relevância**. 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023 [livro eletrônico].

A respeito do risco à unidade do direito federal, como bem ressaltam Frederico Koehler e Marcelo Bonizzi¹⁸:

- 1) acontece exatamente dessa forma com a repercussão geral, e não se tem notícia de ter ocorrido uma proliferação de inconstitucionalidades praticadas pelos tribunais locais sem o devido exame pelo STF;
- 2) caso a interpretação adotada por um tribunal local contrarie a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, estará presumida a relevância da questão federal, conforme passou expressamente a dispor o art. 105, § 3º, da CF.

No que toca ao elevado grau de indefinição do conceito da relevância, já se adiantou acima que caberá ao próprio STJ operar os contornos necessários à definição do instituto.

Em relação à proposta de aumentar o número de gabinetes, é preciso lembrar que a distribuição processual no STJ aumentou cerca de 75 vezes desde a sua criação, de modo que se houvesse o aumento da quantidade de ministros na mesma proporção, o Tribunal poderia se agigantar de uma maneira que dificultasse o próprio papel uniformizador, colocando novamente em xeque a função principal do STJ.

A respeito daqueles que entendem que, ao contrário do STF, o STJ não teria autorização para atuar como corte suprema ou de precedentes, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico tem se desenvolvido em sentido contrário a essa tese. Primeiro, em razão da própria previsão constitucional no papel da Corte Superior, de definir a interpretação da lei federal e mitigar a divergência entre tribunais. Segundo, em função da consolidação, a partir do Código de Processo Civil de 2015, do Tribunal como formador de precedentes vinculantes, tal qual o Supremo.

¹⁸ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. A relevância da questão de direito federal infraconstitucional no recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo. Vol. 47, N. 333, 2022, p 159/185.

Diante desse contexto:

É pouco mais do que absurdo atribuir a uma Corte Suprema o poder de definir a interpretação que deve vigorar e, ao mesmo tempo, permitir que os tribunais ordinários não levem essa interpretação “a sério”. Isso seria uma inconcebível contradição lógica – interna ao sistema judicial –, pois daria aos tribunais ordinários o poder de discordar das decisões que constituem a razão de ser do Tribunal Supremo. Um sistema que outorga à Corte Suprema o poder de definir a interpretação da lei e, ao mesmo tempo, admite que os tribunais ordinários decidam de acordo com as “suas vontades”, não se reveste de sentido. Essa lógica não só subverte o “bom senso”, mas também ignora e viola a Constituição Federal. Retenha-se o ponto: dar ao Superior Tribunal de Justiça a incumbência de definir o sentido da lei federal e de dissipar a divergência interpretativa entre os tribunais é o mesmo do que conferir às suas decisões força obrigatória perante os tribunais ordinários.¹⁹

Em suma, a despeito das respeitadas críticas, no que concerne ao instituto, este figura como importante instrumento que poderá aprimorar o serviço prestado pelo STJ, permitindo que a Corte se dedique aos casos efetivamente relevantes, fortificando o sistema de precedentes adotado pelo ordenamento brasileiro.

2. O ANTEPROJETO ENVIADO PELO STJ

Atendendo ao chamado do art. 105, § 2º, da CF, que expressamente estabelece que o instituto da relevância da questão federal deverá ser regulamentado “na forma da lei”, o STJ encaminhou ao Congresso Nacional anteprojeto sobre o tema. Não é a única proposta,

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019 [livro eletrônico].

pois, conforme já aqui referido, o Conselho Federal da OAB também encaminhou texto nesse sentido²⁰.

Como o presente artigo está focado na obra comemorativa do Tribunal Superior, apenas o anteprojeto enviado por essa Corte será aqui examinado.

Nele, consta, inicialmente, que²¹:

Art. 2º A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

“Art. 1.035-A. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso especial quando a questão de direito federal infraconstitucional nele versada não for relevante, nos termos deste artigo.

§ 1º A deliberação a que se refere o *caput* deste artigo considerará a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência da relevância da questão de direito federal infraconstitucional para apreciação exclusiva pelo Superior Tribunal de Justiça, em tópico específico e fundamentado.

§ 3º Desatendida a forma prevista no § 2º o recurso será inadmitido.

§ 4º Presume-se a relevância da questão de direito federal infraconstitucional nas hipóteses do art. 105, § 3º, da Constituição Federal.

²⁰ CONSULTOR JURÍDICO. **Em anteprojeto de lei, OAB rejeita função vinculante do filtro da relevância no STJ.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-11/em-anteprojeto-de-lei-oab-rejeita-funcao-vinculante-do-filtro-da-relevancia/#:-:text=Para%20a%20OAB%2C%20o%20filtro,fun%C3%A7%C3%B5es%20tradicionais%20atribu%C3%ADdas%20ao%20STJ> e em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/04/Texto-principal-v4.pdf> Acesso em 18/07/2024.

²¹ BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Anteprojeto%20PEC%20Relev%C3%A2ncia%2007122022.pdf> Acesso em 18/07/2024.

§ 5º O relator poderá admitir, na análise da relevância da questão de direito federal infraconstitucional, a manifestação de terceiros subscrita por procurador habilitado.

§ 6º O recurso especial somente não será conhecido, nos termos do *caput*, pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 7º Reconhecida a relevância da questão de direito federal infraconstitucional, o relator no Superior Tribunal de Justiça poderá determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.”

A redação escolhida é uma espécie de adaptação do art. 1035 do CPC/2015, o qual disciplina a regulamentação da Repercussão Geral, evidenciando-se que a experiência do instituto aplicado no Supremo Tribunal Federal foi o fio condutor que inspirou a proposta da Corte Superior.

O art. 1.035-A trata diretamente da relevância da questão de direito federal infraconstitucional, especificamente introduzindo novo artigo no Código de Processo Civil vigente; define, no § 1º, que a questão relevante seria aquela que veicula conteúdo econômico, político, social ou jurídico que ultrapassa os interesses subjetivos do processo; no § 2º, cria requisitos formais relacionados à demonstração da relevância por ocasião da interposição do recurso especial; no parágrafo seguinte (o 3º), estabelece a consequência do não cumprimento do parágrafo antecedente: a inadmissão do recurso.

No que toca às presunções de relevância, optou-se pela simples remissão ao § 3º do art. 105 da Constituição Federal, sem inserir novas hipóteses, o que possivelmente gerará um bom debate no âmbito do Congresso, já que a própria Constituição admitia a inclusão de novas presunções (art. 105, § 3º, VI).

Para permitir a ampliação do debate na formação e o julgamento de recursos sob a sistemática da relevância da questão federal, o § 5º estabelece a possibilidade de o relator admitir manifestação de terceiros, enquanto o § 6º reforça a redação do art. 105, § 2º, da CF. O artigo se encerra com o § 7º, facultando-se ao relator a suspensão de processos a

partir do reconhecimento da relevância, a critério do órgão competente para o julgamento.

Além da inclusão do supracitado art. 1035-A no CPC/2015, a proposta ainda introduz o inciso III-A ao art. 927, reforçando a função de corte de precedente do STJ e estabelecendo que o acórdão proferido em julgamento de recurso especial submetido à sistemática da relevância da questão federal passará a figurar entre os pronunciamentos judiciais de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, ou seja, terá caráter vinculante.

O anteprojeto rege ainda a alteração dos arts. 932, 979, 998, 1.030, 1.039 e 1.042, do CPC/2015, propondo a inclusão da expressão “relevância da questão de direito federal infraconstitucional” em tais dispositivos, que disciplinavam, originalmente, apenas o procedimento adotado nos casos de Repercussão Geral.

A proposta é que os referidos dispositivos passem a ter a seguinte redação:

"Art. 932.....

IV –

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou em julgamento de recurso especial com a relevância da questão de direito federal infraconstitucional reconhecida; (NR)

V –

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou em julgamento de recurso especial com a relevância da relevância da questão de direito federal infraconstitucional reconhecida;” (NR)

“Art. 979.....

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, de recurso especial com relevância da questão de direito federal infraconstitucional reconhecida, de incidente de assunção de competência e de casos repetitivos.” (NR)

“Art. 998.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral ou relevância da questão de direito federal infraconstitucional já tenham sido reconhecidas e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.” (NR)

“Art. 1.030.

I –

c) a recurso especial que discuta questão infraconstitucional federal à qual o Superior Tribunal de Justiça não tenha reconhecido a existência de relevância da questão de direito federal infraconstitucional ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de relevância.

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral, de relevância da questão de direito federal infraconstitucional ou de recursos repetitivos; (NR)

V –

a) o recurso ainda não tenha sido submetido aos regimes de repercussão geral, de relevância da questão de direito federal infraconstitucional ou de julgamento de recursos repetitivos;” (NR)

“Art. 1.039.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral ou da relevância da questão de direito federal infraconstitucional, respectivamente, no recurso extraordinário ou especial afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários ou os recursos especiais cujo processamento tenha sido sobrestado.” (NR)

“Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regimes da repercussão geral, da relevância da questão de direito federal infraconstitucional ou em julgamento de recursos repetitivos. (NR)

(...)

§ 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais, aplicando-se a ela o regime da repercussão geral, da relevância da questão de direito federal infraconstitucional e dos recursos repetitivos, inclusive quanto à possibilidade de sobrestamento e do juízo de retratação.” (NR)

Verifica-se, como antes dito, que o anteprojeto do STJ, ao regulamentar o procedimento a ser adotado no caso de aplicação do instituto em exame (do filtro de relevância da questão federal), espelhou, em grande medida, as regras já existentes em relação à repercussão geral, apostando na experiência já vivida no Supremo a respeito dessa espécie de instituto.

É interessante destacar, ainda, que o detalhamento de outras questões importantes a respeito do filtro de relevância provavelmente será mais bem discutido com a alteração do Regimento Interno do STJ, pois o Tribunal poderá tratar do instituto à luz das suas especificidades, providência, porém, que só deve ser adotada após a aprovação das modificações no Código de Ritos.

3. EXPECTATIVAS PARA O (NOVO[?]) STJ

Como visto até agora, a previsão do filtro de relevância da questão federal criou terreno fértil para a modificação sem precedentes nas características do STJ, o qual poderá finalmente assumir efetivamente um papel de corte suprema.

Ocorre que, por ora, há apenas uma expectativa de que esse cenário disruptivo aconteça. Isso porque, conforme dito anteriormente, a norma constitucional que introduziu o instituto não é autoaplicável, razão pela qual o potencial de transformação da Corte Superior dependerá muito da forma como a previsão da Constituição será regulamentada.

Atualmente, pelo que se tem conhecimento, há três projetos de regulamentação do art. 105, §§ 2º e 3º, da CF: a) o anteprojeto

encaminhado pelo STJ²²; b) o projeto de Lei n. 3804/2023²³; e c) o anteprojeto encaminhado pela OAB²⁴.

As três propostas, na ordem em que apresentada no parágrafo anterior, transitam entre dois modelos principais: um que replicaria a ideia central já aplicada na repercussão geral do recurso extraordinário da competência do Supremo Tribunal Federal (o filtro, portanto, seria pluri ou transindividual); e o outro semelhante à da transcendência, “exigida para a admissibilidade do recurso de revista da competência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que é analisada pontualmente, caso a caso, sendo, por isso, considerado um filtro genuinamente individual”²⁵.

Em outras palavras, o anteprojeto do STJ (item “a”) expressamente reproduz – respeitando as peculiaridades do novo instituto – a dinâmica da repercussão geral regulada no CPC/215 (art. 1035); o projeto de Lei

²² BRASIL, Superior Tribunal De Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaldp/SiteAssets/documentos/noticias/Anteprojeto%20PEC%20Relev%C3%A2ncia%2007122022.pdf> Acesso em 18/07/2024.

²³ BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei n. 3804/2023**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159018#:~:text=Projeto%20de%20Lei%20n%C2%B0%203804%2C%20de%202023&text=2023%20Descri%C3%A7%C3%A3o%2FEmenta-,Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.105%2C%20de%2016%20de%20mar%C3%A7o%20de,de%20admissibilidade%20do%20recurso%20especial.&text=A%20mat%C3%A9ria%20vai%20%C3%A0%20CCJ,terminativa%2C%20nos%20termos%20do%20art.> Acesso em 19/07/2024.

²⁴ CONSULTOR JURÍDICO. **Em anteprojeto de lei, OAB rejeita função vinculante do filtro da relevância no STJ**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-11/em-anteprojeto-de-lei-oab-rejeita-funcao-vinculante-do-filtro-da-relevancia/#:~:text=Para%20a%20OAB%2C%20o%20filtro,fun%C3%A7%C3%B5es%20tradicionais%20atribu%C3%ADdas%20ao%20STJ> e em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/04/Texto-principal-v4.pdf> Acesso em 18/07/2024.

²⁵ HILL, Flávia Pereira. **A relevância da questão federal no recurso especial: Quando menos é mais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/379936/a-relevancia-da-questao-federal-no-recurso-especial> Acesso em 19/07/2024.

n. 3804/2023 (item “b”) também tem alguma inclinação pela dinâmica já adotada na repercussão geral, mas de maneira mais “discreta”; e a proposição da OAB (item “c”) se inspira flagrantemente na dinâmica adotada no TST.

Entende-se inoportuna a aproximação (com o TST) sugerida pela OAB.

Reduzir a relevância da questão federal a mais um requisito formal de admissibilidade dos recursos especiais (em caráter individual) esvaziaria quase que completamente a importância do instituto, afastando-o, inclusive, das razões pelas quais foi criado.

Aliás, se a dinâmica do exame da presença (ou não) da relevância se operar exclusivamente caso a caso, o “filtro” poderá, na prática, travancar ainda mais a atuação do STJ, pois este, se por acaso entender ausente a condição (de relevância), terá que em cada feito examinado submeter a questão ao elevado quórum de 2/3 do órgão colegiado competente, condição hoje que não existe.

Na realidade, “a unidade do direito que marca a função do STJ como Corte Suprema depende justamente da capacidade de sua atuação servir como precedente para casos futuros”²⁶, pelo que “sem vocação expansiva das razões de suas decisões, o que se relaciona precisamente com o requisito da transcendência da questão, a sua função não é alcançada”²⁷.

A adoção do filtro de relevância com função exclusivamente individual vai na contramão da teoria dos precedentes, que foi expressamente incorporada no ordenamento jurídico após o CPC/2015.

Nesse ponto, as ponderações lançadas por Fernando Natal Batista merecem registro:

Não é a vontade do documento formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil, associar a RQF ao instituto da repercussão geral. Apresenta como fundamento uma aparente simetria existente entre as funções exercidas pelo

²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Relevância no recurso especial**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022 [livro eletrônico].

²⁷ *Ibidem*

STJ e pelo TST, esquecendo-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça surgiu a partir de um desmembramento histórico de uma das competências realizadas, durante quase um século, pelo Supremo Tribunal Federal na guarda do princípio federativo.

A premissa de que o intuito do legislador foi de aproximar a relevância à transcendência é derruída também pela simples leitura e comparação da forma de tratamento dada aos institutos pelo texto da Constituição Federal: i) a transcendência não tem previsão constitucional e é fruto de uma alteração promovida por uma lei federal; ao contrário, ii) a relevância e a repercussão geral possuem disposição específica na CF/1988 e - não por mera coincidência - comungam do mesmo rito para o seu reconhecimento (quórum qualificado pelo seu órgão competente), algo que, repisa-se, é próprio da técnica de julgamento de tese vinculante.²⁸

Para que o STJ possa, de maneira coerente com as opções adotadas no ordenamento, assumir-se como corte suprema de precedente, é fundamental que o instituto da relevância da questão federal seja regulamentado com, no mínimo, inspiração na dinâmica da repercussão geral que foi experimentada pelo STF.

Naquele Tribunal (o Supremo), quando a criação do instituto da repercussão geral completou 15 anos, a Corte noticiou que “a sistemática contribuiu para uma significativa redução do acervo do Tribunal, que tem hoje 11,4 mil ações recursais, contra 118,7 mil em dezembro de 2007”²⁹, e, nas palavras do Min. Luiz Fux, então presidente do STF, “a repercussão

²⁸ BATISTA, Fernando Natal. **A relevância da questão federal e a reconfiguração do Superior Tribunal de Justiça como Corte de Precedentes**. Londrina, PR: Thoth, 2024), p. 180.

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Em 15 anos, aplicação da Repercussão Geral no STF permitiu redução do acervo de recursos de 118 mil para 11 mil**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487736&ori=1> Acesso em 19/07/2024.

geral é muito mais que números. Ela fez o Supremo julgar mais e melhor, decidindo questões importantes para o país”³⁰.

A depender da forma como regulamentado o instituto coirmão do STJ (o filtro de relevância da questão federal), é possível que a dinâmica na Corte Superior siga o mesmo rumo positivo que se viu no Supremo.

A propósito do tema, é importante salientar que não parece que a adoção, na norma regulamentadora, da preponderância do modelo semelhante ao da repercussão geral exclua, necessariamente, a absorção de características do modelo do TST.

Empregar, em alguma medida, o filtro de relevância com efeito apenas individual (como sugere a OAB no seu projeto) pode, por exemplo, ser admitido se coexistir com a possibilidade de empregar o mesmo instituto para operar efeitos transindividuais. Basta pensar em um modelo que a um só tempo autorize, de um lado, o exame da relevância como requisito individual do recurso especial, produzindo efeito apenas no caso concreto, mas admita, de outra banda, a afetação em rito próprio e especial, permitindo que o instituto produza efeitos transindividuais, à semelhança do que hoje acontece com o julgamento ordinário do recurso especial e o julgamento do recurso especial representativo de controvérsia.

Aliás, na primeira hipótese (efeitos apenas para o caso concreto), é até de se cogitar que o STJ possa, por meio da alteração do seu regimento interno, adotar solução semelhante à que hoje existe no Regimento Interno do STF, o qual, em seu art. 326, § 1º, disciplina que “poderá o relator negar repercussão geral com eficácia apenas para o caso concreto”. Ao passo que, na segunda hipótese, para se reconhecer ou rejeitar a relevância da questão federal com efeito pluri-individual, seguir-se-ia rito próprio, com respeito aos limites estabelecidos no art. 105, § 2º, da CF.

O que se percebe é, em resumo, que o futuro do STJ está intimamente relacionado com a forma como o instituto em exame (da relevância da questão federal) será regulamentado, e se espera que essa oportunidade seja muito bem aproveitada.

³⁰ *Ibidem*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional n. 125/2022 trouxe mudanças significativas ao artigo 105 da Constituição Federal, marcando um passo decisivo na transformação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em uma corte de precedentes. A introdução dos §§ 2º e 3º, que exigem a demonstração da relevância das questões de direito federal infraconstitucional para a admissão do recurso especial, é uma inovação que visa alinhar o funcionamento do Tribunal Superior com as demandas contemporâneas.

Essa modificação constitucional tem como um de seus principais objetivos reduzir o volume de processos no STJ, permitindo que a Corte se concentre em casos de maior relevância jurídica, social, econômica e política. A exigência de relevância representa um novo ônus processual para os recorrentes, que deverão demonstrar a importância das questões discutidas para que seus recursos sejam admitidos.

Outro ponto crucial é a presunção legal de relevância em determinadas situações específicas, como ações penais, de improbidade administrativa, e casos que envolvam valores significativos ou que possam gerar inelegibilidade. Essa presunção visa garantir que questões de grande impacto sejam obrigatoriamente analisadas pelo STJ, conferindo maior segurança jurídica e previsibilidade ao sistema.

No entanto, a implementação prática desse novo filtro depende de regulamentação por lei ordinária, o que ainda está em fase de discussão. O anteprojeto enviado pelo STJ ao Congresso Nacional sugere adaptações no Código de Processo Civil (CPC), espelhando-se nas regras da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (STF), o que pode trazer benefícios ao assegurar um tratamento uniforme das questões de relevância.

Há críticas quanto à possível restrição ao acesso à Justiça e à indeterminação do conceito de relevância. No entanto, tais preocupações são contrabalançadas pela necessidade de evitar a sobrecarga do STJ e assegurar que a Corte possa atuar de forma mais eficaz na uniformização da interpretação das leis federais.

Em conclusão, a criação do filtro de relevância, se regulamentada de maneira adequada, tem o potencial de transformar o STJ em uma verdadeira corte de precedentes, permitindo um aprimoramento na prestação jurisdicional e garantindo que a Corte se dedique às questões mais relevantes. Essa mudança estrutural busca equilibrar a eficiência do sistema judicial com a preservação do acesso à Justiça, marcando uma evolução significativa no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANTUNES DA CUNHA, Guilherme; SCALABRIN, Felipe. A relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade do recurso especial: reflexões iniciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022. DOI: 10.12957/redp.2022.66352. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/66352> p. 120/148. Acesso em: 18/07/2024.

BATISTA, Fernando Natal. **A relevância da questão federal e a reconfiguração do Superior Tribunal de Justiça como Corte de Precedentes**. Londrina, PR: Thoth, 2024), p. 180.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei n. 3804/2023**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159018#:~:text=Projeto%20de%20Lei%20n%C2%B0%203804%2C%20de%202023&text=2023%20Descri%C3%A7%C3%A3o%2FEmenta-,Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.105%2C%20de%2016%20de%20mar%C3%A7o%20de,de%20admissibilidade%20do%20recurso%20especial.&text=A%20mat%C3%A9ria%20vai%20%C3%A0%20CCJ,terminativa%2C%20nos%20termos%20do%20art.> Acesso em 19/07/2024.

BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portals/SiteAssets/documentos/noticias/Anteprojecto%20PEC%20Relev%C3%A2ncia%2007122022.pdf> Acesso em 18/07/2024.

BRASIL, Superior Tribunal De Justiça. **Boletim Estatístico: dezembro de 2023**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2023/Boletim202312.pdf Acesso em 18/07/2024.

BRASIL, Superior Tribunal De Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Anteprojeto%20PEC%20Relev%C3%A2ncia%2007122022.pdf> Acesso em 18/07/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Em 15 anos, aplicação da Repercussão Geral no STF permitiu redução do acervo de recursos de 118 mil para 11 mil.** Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487736&ori=1> Acesso em 19/07/2024.

CONSULTOR JURÍDICO. **Em anteprojeto de lei, OAB rejeita função vinculante do filtro da relevância no STJ.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-11/em-anteprojeto-de-lei-oab-rejeita-funcao-vinculante-do-filtro-da-relevancia/#:~:text=Para%20a%20OAB%2C%20o%20filtro,fun%C3%A7%C3%B5es%20tradicionais%20atribu%C3%ADdas%20ao%20STJ> e em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/04/Texto-principal-v4.pdf> Acesso em 18/07/2024.

HILL, Flávia Pereira. **A relevância da questão federal no recurso especial: Quando menos é mais.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/379936/a-relevancia-da-questao-federal-no-recurso-especial> Acesso em 19/07/2024.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. A relevância da questão de direito federal infraconstitucional no recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo. Vol. 47, N. 333, 2022, p 159/185.

KUKINA, Sérgio Luiz. A relevância da questão federal como filtro para a admissibilidade do recurso especial: considerações de *lege ferenda*. In: CAZZARO, Kleber (Org.). **Reflexões teóricas sobre Direito Material e Processual: estudos jurídicos em homenagem ao jubileu de diamante da criação da Faculdade Estadual de Direito de Ponta Grossa.** Blumenau (SC): Legere: Nova Letra, 2014, p. 642/648)

LEAL, Fabio Resende. **Recurso especial: teoria e prática- relevância da questão federal.** 2. ed. rev. amp. atual. Curitiba: Juruá, 2023, p. 226.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O filtro da relevância.** 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023 [livro eletrônico].

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedente: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 [livro eletrônico];

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022 [livro eletrônico].

MITIDIERO, Daniel. **Relevância no recurso especial**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022 [livro eletrônico].

ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. Primeiras Reflexões sobre a EC 125 e o Requisito da Relevância das Questões de Direito Federal Infraconstitucional (RESP com RQF). *In*: MARQUES, Mauro Campbell (org). **Relevância da questão federal no Recurso Especial**. Londrina: Thoth, 2023, p. 114/125.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis. Relevância de questão federal como filtro de admissibilidade do recurso especial: análise das propostas de Emenda Constitucional n. 209/2012 e n. 17/2013. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.224, 2013, p. 241/251.

SILVA, Ovídio A. Baptista. A função dos Tribunais Superiores. *In*: **STJ 10 anos: obra comemorativa 1989 - 1999**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 145/165.

STRECK, Lenio Luiz. **O que restará do recurso especial se aprovada a PEC da Relevância?** Revista Consultor Jurídico, 21 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/senso-incomum-restara-recurso-especial-aprovada-pec-relevancia/> Acesso em 18/07/2024.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL
(ANPC) E AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA:
desafio contemporâneo

Reynaldo Soares da Fonseca
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (ANPC) E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: desafio contemporâneo

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca¹

No âmbito da improbidade administrativa, vale asseverar, de início, que grande parte dos juristas sustentava, até recentemente, ser incabível a celebração de acordos, tendo em vista a vedação expressa que restava contida na redação originária do art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992².

Em busca da efetividade dos direitos e, paralelamente, das garantias fundamentais, contudo, passou-se a levar em conta, mais recentemente, a necessidade de superação da tradição demandista de acesso ao Poder Judiciário, inclusive na esfera da probidade, para se alcançarem novas formas de resolução de conflitos, em clara consolidação da ideia

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça; Professor da Universidade Federal do Maranhão, cedido à Universidade de Brasília; Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Constitucional – FADISP; Mestre em Direito Público - PUC/SP; Especialista em Direito Penal e Processual Penal – UNB; Especialista em Direito Constitucional – UFMA/UFSC.

² Vale conferir referida redação: “art. 17 (..) § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”. A mesma doutrina, contudo, não descartava a possibilidade de se firmar compromisso em matéria não afeta às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, em relação à reparação dos danos causados pelo agente ímprobo.

de Justiça Multiportas, terceira era da evolução do acesso à justiça, cujo expoente teórico é encontrado no mestre italiano Mauro Cappelletti.

Nesse diapasão, a Lei n. 12.846/2013, compondo com a mencionada LIA um microssistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública, regulamentou o acordo de leniência, forma de composição em relação às pessoas jurídicas que praticaram atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, nos termos do regulamentado pelos arts. 16 e 17 da mencionada lei³.

³ Confira-se os textos dos mencionados artigos: “ Art. 16 – A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. §1º - O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I – a pessoa jurídica admita seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II – a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura de acordo; III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento; §2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável. §3º - O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. §4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. §5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. §6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada. §8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração §9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei. § 10. A Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos

O art. 36, § 4º da Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), por sua vez, também passou a dispor expressamente que:

Nas hipóteses em que a matéria objeto de litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Mais recentemente, o art. 1º, § 2º da Resolução n. 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, passou a permitir a celebração de compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado⁴.

A medida prevista na mencionada resolução vinha fundamentada no fato de que a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada, no campo penal, e o acordo de leniência, nos campos administrativos e civil das pessoas jurídicas, passaram a permitir o afastamento de determinados comandos legais sancionatórios, bem como o fato de que os princípios e as normas estatuídas pelo CPC de 2015 incorporaram inúmeros mecanismos de autocomposição de conflitos, superando-se a forma rígida e tradicional de concretização de direitos por meio da imposição estatal de sentença. Ademais, o acordo de ajustamento de conduta proporciona solução mais célere às lesões a direitos transindividuais e contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário.

lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

⁴ Vale conferir: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

Com o intuito de colocar fim à discussão, a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) introduziu a permissão expressa para o acordo de não persecução cível no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992:

As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

O referido diploma, contudo, não delimitou todas as nuances do instituto, deixando um amplo espaço para a criação doutrinária e jurisprudencial. A título de exemplo, houve o surgimento de duas correntes acerca do momento e forma da celebração do acordo: a primeira sustentava que poderia ser celebrado antes mesmo do oferecimento da ação civil de improbidade administrativa, de forma similar ao acordo de não persecução penal. Nesse caso, o acordo deveria ser necessariamente submetido à homologação do Conselho Superior do Ministério Público; a segunda entendia que a sua celebração deveria ocorrer após o oferecimento da petição inicial da demanda de improbidade administrativa, com fulcro no art. 17, § 10-A, que estabelecia:

Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

Adotando-se a segunda corrente, abriam-se duas possibilidades: a primeira admitindo a celebração informal entre as partes, e a segunda exigindo audiência específica para validade do ato, em analogia com o que ocorre com a homologação do acordo de não persecução penal.

Mais recentemente, a Lei n. 14.320/2021 regulamentou de forma detalhada o acordo de não persecução cível (ANPC), fixando as bases do instituto e os limites para sua aplicação.

Trata-se de negócio jurídico de natureza mista, material e processual, que visa responsabilizar o agente ímprobo pelas condutas praticadas. Quanto ao conteúdo, é possível convencionar, exemplificativamente, como se dará o custeio de eventual prova pericial, as sanções aplicáveis ao agente ímprobo, a possibilidade de utilização de prova emprestada, entre outros.

Para tanto, o membro do Ministério Público, único legitimado para a celebração do acordo, nos termos do art. 17-B, *caput*, da Lei de

Improbidade Administrativa, deve, de início, verificar se o ANPC se denota mais vantajoso ao interesse público que o ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa, considerando, entre outros fatores, a provável duração do processo, a efetividade das sanções aplicáveis e a abrangência da responsabilização de agentes públicos e terceiros envolvidos no ilícito. Assim, embora mereça ser priorizada a solução consensual do conflito, inexistente direito subjetivo a celebração do acordo, como tem se manifestado a jurisprudência do STJ, como no precedente ARESp n. 1.341.323/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/5/2020.

Ultrapassada a primeira etapa, a celebração de acordo de não persecução na esfera da improbidade administrativa não pode ocorrer de forma desregrada. Faz-se necessário que dela advenham ao menos os seguintes resultados: i) integral ressarcimento do dano; e ii) reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

De se destacar o fato de que não há a intervenção do juiz na fase de celebração do acordo, mas apenas em um segundo momento, na fase de homologação. De fato, as negociações para a celebração do acordo ocorrem entre o Ministério público e o investigado - ou demandado - e seu defensor, nos termos do art. 17-B, § 5º, da Lei de Improbidade Administrativa.

De se ressaltar, ainda, que na celebração do acordo devem ser levados em conta os seguintes aspectos, nos termos do art. 17-B, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa: i) a personalidade do agente; ii) a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade administrativa; e iii) as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

Ademais, o art. 17-B, §4º, passou a admitir a sua celebração expressamente em três momentos: i) no curso da investigação de apuração do ilícito; ii) no curso da ação de improbidade; ou iii) no momento da execução da sentença condenatória.

Nesse sentido, para a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível a homologação judicial de acordo de não persecução cível no âmbito de ação de improbidade administrativa em fase recursal. A título exemplificativo, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL. ÂMBITO RECURSAL. POSSIBILIDADE. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO AJUSTE. ART. 17-B, DA LEI N. 8.429/1992, INCLUÍDO PELA LEI N. 14.230/2021.

1. A nova regra legal admite o acordo de não persecução cível, no âmbito das condutas qualificadas como de improbidade administrativa, desde o momento da investigação até a fase de execução da sentença.

2. Possível a homologação judicial de acordo no âmbito de ação de improbidade administrativa em fase recursal. Precedentes.

3. Cumpridos os requisitos legais, homologa-se o acordo.

(PET na Pet n. 14.712/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 27/9/2023, DJe de 2/10/2023)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ACORDO. NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL. ÂMBITO RECURSAL. POSSIBILIDADE.

1. Conforme a jurisprudência da Primeira Turma do STJ, a homologação judicial dos acordos de não persecução cível em sede de ação de improbidade administrativa, previsto na Lei n. 13.964/2019, pode ser levado a efeito na instância recursal.

2. A Lei n. 14.230/2021, que alterou significativamente o regramento da improbidade administrativa, incluiu o art. 17-B à Lei nº 8.429/1992, trazendo previsão normativa explícita quanto à possibilidade do acordo em exame até mesmo no momento da execução da sentença.

3. Hipótese em que a empresa, ora embargante, foi condenada pela prática do ato ímprobo previsto no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (consistente na contratação de serviço de coleta de lixo por preço superior ao que seria devido), sendo-lhe imposto o ressarcimento do dano ao erário e a proibição de contratar com o poder público pelo período de 5 (cinco) anos.

4. As partes deliberaram pela celebração de acordo de não persecução cível, com a fixação de multa civil no importe de

R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), em substituição à condenação de proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

5. Homologação do acordo. Embargos de divergência prejudicados.

(Acordo nos EAREsp n. 102.585/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 9/3/2022, DJe de 6/4/2022)

No que se refere aos requisitos para a celebração, podem ser divididos em duas categorias: positivos e negativos.

Em relação aos requisitos positivos, devem estar presentes cumulativamente, nos termos do art. 17-B, § 1º, da Lei da Improbidade Administrativa, os seguintes: i) oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; ii) aprovação, no prazo de até sessenta dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; iii) homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa.

Importa destacar, portanto, que na hipótese de o ANPC ser celebrado antes da propositura da ação civil de improbidade administrativa, será necessária a sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, na esfera estadual, ou pela Câmara de Coordenação e Revisão, no âmbito da União, bem como a homologação judicial. De outro modo, quando o acordo for celebrado após o ajuizamento da demanda de improbidade administrativa, basta a sua homologação judicial.

De outro modo, o requisito negativo constitui-se na vedação para que o investigado ou o demandado celebre novo acordo pelo prazo de cinco anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento de acordo anteriormente celebrado (artigo 17-B, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa).

Prosseguindo, interpretando as recentes alterações promovidas na Lei n. 8.429/1992, com a Resolução n. 179/2017-CNMP e a Resolução n. 1.193/2020-CPJ--MPSP, entendemos que o compromissário deve:

a) cessar o envolvimento com o ato ilícito;
b) confessar a prática do ato de improbidade administrativa (artigo 5º, inciso V, da Resolução n. 1.193/2020-CPJ-MPSP);

c) assumir a responsabilidade pela reparação integral do dano sofrido pelo erário (artigo 1º, § 2º, da Resolução 179/2017-CNMP), tendo em vista a natureza irrenunciável do direito tutelado, inclusive no que tange à reparação do dano moral coletivo e do dano social. Observe-se que, para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deve ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de noventa dias (art. 17-B, § 3º, da Lei de Improbidade Administrativa);

d) realizar a transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso (artigo 1º, § 2º, da Resolução n. 179/2017-CNMP);

e) submeter-se a uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa (artigo 1º, § 2º, da Resolução n. 179/2017-CNMP; e artigo 5º, inciso VIII, da Resolução n. 1193/2020-CPJ-MPSP). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu inclusive que:

O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ (REsp n. 1.184.897/PE, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin);

f) submeter-se a cláusula específica de aplicação de multa diária ou outra espécie de cominação que se mostre adequada e suficiente para o caso de descumprimento das obrigações assumidas. Em caso de descumprimento do acordo é possível o protesto de dívida e a inscrição da dívida em cadastro de proteção ao crédito;

g) assumir a obrigação, quando for o caso, de colaborar amplamente com as investigações, promovendo a identificação de outros agentes, partícipes, beneficiários, localização de bens e valores e produção de outras provas, durante o curso do inquérito civil ou do processo judicial;

h) especificar, se for o caso, tantos bens quanto bastem para a garantia do cumprimento das obrigações assumidas, os quais poderão permanecer indisponíveis.

Em relação ao item *b*, boa parte da doutrina sustenta que o Ministério Público não pode exigir a confissão da prática do ato de improbidade, como condição para a celebração do acordo de não persecução cível, por não ter previsão legal e não lhe cabe inovar o ordenamento jurídico, pois a Constituição Federal não lhe atribuiu essa competência legislativa suplementar. (<https://www.migalhas.com.br/depeso/358616/acordo-de-nao-persecucao-civel-na-lei-de-improbidade>).

No que tange ao conteúdo, o ANPC deve prever:

a) identificação do pactuante agente público ou terceiro que, não sendo agente público, induziu ou concorreu para a prática do ato ou dele se beneficiou direta ou indiretamente;

b) descrição da conduta ilícita, com todas as suas circunstâncias, em especial suas condições de tempo e local. Na hipótese de o ANPC ser celebrado apenas com o particular, deverá ser descrita a conduta tanto do agente público quanto do particular;

c) subsunção da conduta ilícita imputada à específica previsão legal de modalidade de ato de improbidade administrativa;

d) quantificação e extensão do dano e dos valores acrescidos ilicitamente, quando houver;

e) assunção por parte do pactuante da responsabilidade pelo ato ilícito praticado;

f) compromisso, quando for o caso, de colaborar amplamente com as investigações, promovendo a identificação de outros agentes, partícipes, beneficiários, localização de bens e valores e produção de outras provas, durante o curso do inquérito civil ou do processo judicial;

g) reparação integral do dano atualizado monetariamente, acrescido de juros legais e perdimento de bens e valores acrescidos ilicitamente;

h) aplicação de medidas sancionatórias previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa;

i) estipulação de cláusula específica de aplicação de multa diária ou outra espécie de cominação que se mostre adequada e suficiente para o caso de descumprimento das obrigações assumidas;

j) especificação, se for o caso, de tantos bens quanto bastem para a garantia do cumprimento das obrigações assumidas, os quais permanecerão indisponíveis;

k) advertência de que a eficácia do acordo extrajudicial estará condicionada a sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de até 60 (sessenta) dias e, na sequência, pelo órgão jurisdicional.

Quando celebrado com pessoas jurídicas, o acordo pode contemplar, ainda, a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas, nos termos do artigo 17-B, § 6º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Trata-se de busca pela prevenção da prática de atos de improbidade administrativa e harmonização entre as diferentes instâncias de consensualidade em matéria de ilícitos praticados contra a Administração Pública, sejam as de natureza penal – colaboração premiada e ANPP –, sejam as da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção – acordo de leniência.

Perceba-se, ainda, que inexistente óbice para a celebração de acordos parciais em demandas de improbidade administrativa, ou seja, que envolvem apenas algumas condutas ou alguns dos agentes. Prossegue-se, assim, com o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa em relação aos demais fatos ou agentes. O mesmo entendimento é aplicável à

“colaboração premiada coletiva”, desde que respeitados os limites e critérios fixados pela Lei n. 12.850/2013⁵.

De outra parte, como já aventado supra, em caso de descumprimento do acordo, é possível a averbação cautelar, o protesto de dívida e a inscrição da dívida em cadastros de proteção ao crédito, tendo em vista a natureza do direito tutelado.

Em suma, a inovação legislativa vai ao encontro da promessa constitucional contida no Preâmbulo da nossa Lei maior:

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

Nessa linha de raciocínio, a Constituição Federal de 1988 representou um marco na construção do Estado de Direito brasileiro na medida em que atribuiu um novo papel institucional para o Judiciário, isto é, forneceu as condições normativas para a afirmação política do Estado-Juiz em contexto nacional, reafirmando e redesenhando o clássico e necessário princípio da separação dos poderes.

Em parte, esse êxito pode ser explicado pela posituação de uma plêiade de direitos fundamentais os quais devem ser garantidos institucionalmente por uma série de remédios processuais também previstos no texto constitucional. Portanto, em última medida, o Judiciário passa a ter o dever de concretização desses direitos.

⁵ Didier JR., Fredie; Zaneti JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 338.

Acontece que a realidade brasileira é marcada por forte desigualdade econômica e social juntamente com uma deficiência sistêmica nas prestações estatais, ao passo que a Constituição Federal é pródiga em positivar os mais diversos direitos sociais, econômicos e culturais, sem necessariamente se atentar para os custos sociais e econômicos atrelados. Nesse sentido, a carência material se confronta com a promessa civilizatória, o que resulta em uma expressiva demanda por acesso ao Judiciário e à Justiça.

Após mais de trinta anos da promulgação do texto constitucional, a sociedade brasileira experimenta uma explosão de litigiosidade, a qual pode ser dimensionada na ordem de centenas de milhões de processos contabilizados no sistema judicial pátrio. Visto isso, a literatura jurídica sugere uma “crise do Poder Judiciário”, tendo em vista que o Estado brasileiro desenvolve sua função judicial muito aquém das expectativas sociais do seu destinatário, a população.

Diante dessa situação, muitas respostas têm sido esboçadas por juristas, políticos e gestores públicos para corrigir as disfuncionalidades e distorções constatadas no desempenho institucional do Poder judicante. Em termos gerais, essas respostas são sumarizadas como “ondas de acesso à Justiça”.

Tendo em vista que o Direito não deixa de ser um aparato cultural desenvolvido pelas sociedades para lidar com seus conflitos de interesses, o avanço da experiência conciliatória no Brasil exige também mudanças paradigmáticas nos escopos gerais e específicos, isto é, as culturas social e jurídica no contexto brasileiro.

Nessa trilha, não se pode esquecer que a CF/88, desde o seu preâmbulo e no art. 3º do corpo permanente, anuncia os valores fundamentais da República, apontando o caminho da sociedade fraterna, com soluções pacíficas para as controvérsias. Logo, o ANPC insere-se no desenvolvimento e crescimento dos métodos alternativos (substituível por “consensual” ou “adequado”, segundo a literatura jurídica mais moderna) de resolução de controvérsias, na quadra do movimento político-filosófico do Acesso à Justiça, e concretiza os princípios da efetividade, da prevenção, da reparação, da duração razoável do processo e do Estado Democrático de Direito.

DIREITO PENAL, EMPRESA,
MUNDIALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

DIREITO PENAL, EMPRESA, MUNDIALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE

Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹

Palavras-Chave: Direito Penal; Direito Penal Econômico; empresa; criminalidade empresarial; imputação criminal; responsabilidade penal da pessoa jurídica; *compliance*; cooperação jurídica internacional; crimes transnacionais; globalização; meio ambiente.

Keywords: *Criminal Law; Economic Criminal Law; corporations; corporate crime; criminal liability; corporate criminal liability; compliance; international legal cooperation; transnational crimes; globalization; environment.*

1. INTRODUÇÃO

Vamos explorar, nesta breve exposição, as relações — ou, quando menos, interseções — entre Direito Penal, empresa, globalização e meio ambiente, abordando os conceitos e teorias mais relevantes que dizem respeito ao assunto, além de fazer as referências jurisprudenciais e doutrinárias básicas que ajudam a compreender essas conexões tão complexas.

¹ Mestre e Doutor em Direito; Professor de Cursos de Graduação (UnB) e Pós-graduação (Uninove) em Direito; Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

2. O DIREITO PENAL E AS EMPRESAS

O Direito Penal tradicionalmente se foca na responsabilização de indivíduos. No entanto, a partir do século XX, começou-se a reconhecer que as empresas, como entes coletivos, também podem ser responsáveis por crimes, ou podem ser um ambiente propício para seu cometimento, especialmente quanto àqueles delitos que causam danos significativos ao meio ambiente, à economia, enfim, à sociedade em geral.

Surge então o Direito Penal Econômico, que trabalha com a preservação de bens jurídicos supraindividuais e que é um sub-ramo do Direito Penal, com uma série de características muito peculiares. O DPE se encontra em franca expansão, como procuraremos demonstrar.

3. O DIREITO PENAL ECONÔMICO

O DPE é um ramo novo, crescente. Abrange delitos contra bens jurídicos transindividuais como o meio ambiente, os direitos do consumidor, a economia popular, a ordem econômica, a ordem tributária (aí incluída a previdenciária) etc.

O Direito Penal Econômico é complexo:

- a) porque expande em muito a área tradicionalmente ocupada pelo Direito Penal;
- b) por ser um campo relativamente novo do Direito Penal, em que os próprios institutos básicos — por exemplo, o conceito de crime econômico — são ainda objeto de disputas entre os doutrinadores;
- c) porque a amplitude de sua temática faz com que ela se espalhe por dezenas de leis, o que dificulta uma visão unitária da matéria;
- d) por trabalhar com a preservação de bens supraindividuais ou coletivos, atingindo, assim, uma infinidade de pessoas, categorias ou até a sociedade inteira;
- e) por utilizar bastante, dadas suas especificidades, muitos tipos penais abertos, normas penais em branco, conceitos jurídicos advindos de outras áreas do Direito ou até de fora dele;

f) porque se debate entre a rigidez necessária ao Direito Penal e a maleabilidade e flexibilidade exigidas pelas relações econômicas, sofrendo por isso muitas contradições internas.

Enfim, o DPE é uma matéria na qual é perigoso fazer afirmações excessivamente categóricas.

4. CRIMES COMETIDOS NAS EMPRESAS OU UTILIZANDO AS EMPRESAS

4.1. Considerações iniciais

A responsabilidade penal relativa a delitos que dizem respeito a empresas envolve uma complexa teia de fatores jurídicos, organizacionais e sociológicos. A seguir, exploraremos os crimes empresariais, os desafios na respectiva imputação penal, as teorias mais relevantes a tanto referentes e as tendências contemporâneas mais conspícuas nessa temática.

4.2. Crimes Cometidos no Seio das Empresas

Crimes empresariais abrangem uma vasta gama de condutas ilícitas que podem ser cometidas por, ou em nome de, uma empresa. Esses crimes incluem, mas não se limitam a:

- a) crimes contra a ordem econômica, como cartéis e manipulação de mercados;
- b) crimes contra o meio ambiente, como poluição, desmatamento ilegal e descarte inadequado de resíduos;
- c) crimes tributários, como sonegação fiscal e fraudes contábeis;
- d) crimes contra a administração pública, como corrupção e lavagem de dinheiro a ela associada.

4.3. Desafios na Imputação Penal

A imputação é um dos maiores desafios da criminalidade empresarial, porque carrega muitos problemas que não ocorrem — ou só acontecem com muito menor intensidade e frequência — em outras searas do Direito Penal.

O primeiro deles é a identificação dos responsáveis.

Identificar os indivíduos responsáveis pelas decisões e ações criminosas dentro de uma estrutura empresarial complexa não é fácil. A dispersão de responsabilidades em níveis hierárquicos diversos dificulta a individualização da conduta criminosa.

Na sua tese de doutorado acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais, Cristina Ossipe Martini Botelho² observa que, no Reino Unido, o *common law* desenvolveu “o fundamento à responsabilização criminal sem culpa ou necessidade de provar a culpa dos autores e partícipes (*strict liability*), pessoas físicas ou jurídicas”, segundo “a fórmula de Lord Denning, tomada em uma decisão civil de 1956, em H. L. Bolton Co. v. P. J. Graham & Sons Ltd., citada por Raymond Legeais”.

“A mencionada decisão”, prossegue a autora,

compara uma pessoa jurídica ao corpo humano. A pessoa jurídica, assim como a física, possui um cérebro e um centro nervoso que controla tudo o que executa (*alter ego*). Alguns membros das pessoas jurídicas são simples prepostos e agentes, constituindo assim apenas o braço, o *longa manus*, que age conforme as instruções do centro. Outros são os diretores e administradores, que representam a inteligência diretiva e a vontade da companhia. O estado de espírito dos gestores é o mesmo da empresa e como tal é tratado pelo direito.

Alamiro Velludo e Salvador Netto³ destacam a existência de dois modelos dogmáticos, ou tipos ideais, que fundamentam a

² BOTELHO, Cristina Ossipe Martini. **A culpabilidade e a punição da pessoa jurídica em delitos ambientais: a necessária revisão da dogmática penal.** 2004. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 249. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3873/1/arquivo5041_1.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

³ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 103-105

superação da ideia de que as pessoas jurídicas não podem praticar crimes ou ser responsabilizadas penalmente (*Societas delinquere non potest*): a responsabilidade por atribuição e a responsabilidade própria.

Na estrutura da responsabilidade por atribuição ou empréstimo verifica-se um viés de heterorresponsabilidade, por meio da transferência à pessoa jurídica da responsabilidade originada pelo delito cometido pela pessoa física ocupante de determinada função na empresa.

No modelo da responsabilidade própria ou originária, constata-se uma forma de autorresponsabilidade no qual a responsabilidade do ente coletivo resulta de um fato que lhe é próprio, seja por inviabilizar a “depuração de responsabilidades (irresponsabilidade individual organizada), ou bem pelas dificuldades na atribuição de responsabilidade penal em estruturas organizadas (irresponsabilidade individual estruturada)”⁴.

Depois, vem a questão da chamada cultura corporativa.

A cultura corporativa pode incentivar ou tolerar práticas ilícitas, criando um ambiente onde a ilegalidade é normalizada, em nome da defesa “do grupo”, “do time”, “da casa”. Isso complica a atribuição de culpa individual, pois muitas vezes os atos criminosos são o resultado de políticas ou práticas empresariais arraigadas e que não só não são percebidas como erradas como em vários casos são entendidas como valiosas — “dar o sangue pela empresa”, “fazer o diabo para alcançar as metas” etc.

Por fim, há a temática das vicissitudes probatórias e investigativas.

Coletar provas suficientes para a imputação penal é um desafio, dado que empresas têm recursos para obstruir investigações, destruir provas ou dificultar o acesso a documentos e testemunhas essenciais.

Nesse contexto, é necessário dizer algo sobre as teorias que a doutrina construiu sobre a imputação penal em delitos praticados nas empresas ou em que estas foram usadas por pessoas físicas para praticá-los.

⁴ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.104

4.3.1.1. Teoria da Dupla Imputação

A teoria da dupla imputação sugere que tanto a pessoa jurídica quanto os indivíduos que agem em seu nome devem ser responsabilizados simultaneamente, conforme a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998), que prevê a responsabilidade penal de empresas e de seus gestores. A teoria foi adotada na jurisprudência pátria até o julgamento do Recurso Extraordinário 548.181/PR.

4.3.1.2. Teoria da Imputação Objetiva

Essa teoria, defendida por Claus Roxin e Gunther Jakobs *apud* Havrenne, 2001⁵, foca na criação de um risco não permitido e na sua materialização em um resultado danoso. No contexto empresarial, isso significa que as empresas devem ser responsabilizadas se suas práticas ou políticas criarem riscos que se materializem em crimes.

4.3.2.3. Teoria do Domínio do Fato

A teoria do domínio do fato, popularizada pelo já mencionado Claus Roxin *apud* Greco e Lobato⁶, sustenta que quem controla o fato criminoso, mesmo que não o execute diretamente, deve ser responsabilizado. No ambiente empresarial, essa teoria pode ser usada para responsabilizar altos executivos que, embora não executem diretamente os atos ilícitos, os controlam ou permitem.

⁵ HAVRENNE, Michel François Drizul. Direito penal, sociedade de riscos e teoria da imputação objetiva. **Revista da Advocacia-geral da União**, Brasília, v. 8, n. 22, p. 241-262, ago. 2009. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/254>. Acesso em: 20 jul. 2024.

⁶ ROXIN, Claus. Autoria mediata por meio do domínio da organização. Trad. de José Danilo Tavares Lobato. *In*: GRECO, Luís; LOBATO, José Danilo Tavares (coord.). **Temas de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 323-324.

4.3.2.4. Teoria da Responsabilidade Penal Corporativa

Proposta por Albin Eser⁷, essa teoria argumenta que a pessoa jurídica deve ser vista como um ente dotado de vontade própria, distinta dos indivíduos que a compõem. A responsabilização penal deve, assim, focar na empresa como um todo, considerando suas políticas e cultura organizacional.

4.4. Jurisprudência

Os tribunais, referindo ou não alguma ou algumas das teorias doutrinárias relativas à imputação nos delitos empresariais, findam se dividindo em duas grandes linhas decisórias:

a) uma que exige uma mais detalhada descrição e prova do nexo de causalidade entre o comportamento do agente (empregado, administrador ou sócio da empresa) e o concreto resultado delituoso da ação empresarial; e

b) uma que não é tão exigente nessa avaliação, satisfazendo-se com uma individualização menos precisa, desde que demonstrada a responsabilidade social do agente naquela matéria específica, aliada a dados como sua posição no quadro empresarial, proximidade geográfica ou organizacional com os fatos, etc.

No Direito Europeu, a primeira postura é dita germânica; a segunda, francesa. No Brasil, as decisões do Superior Tribunal de Justiça são mais próximas daquela; as do Supremo Tribunal variam mais, chegando, em alguns casos, a identificar-se com esta.

Todavia, como quer que seja, mesmo os partidários da última não podem jamais chegar a consagrar a responsabilidade penal objetiva, que a nosso sentir não apenas colide com toda a principiologia do Direito Penal e até Processual Penal, mas até mesmo com a Constituição da República.

⁷ ESER, Albin; HEINE, Gunter; HUBER, Barbara (Coord.). **Criminal responsibility of legal and collective entities**: international colloquium, Berlin 1998. Freiburg im Breisgau: Ed. iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und International Strafrecht, 1999. Disponível em: https://pure.mpg.de/rest/items/item_2640412/component/file_3012698/content. Acesso em: 20 jul. 2024.

5. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas (empresas) é um tema controverso. No Brasil, essa responsabilidade é reconhecida na Constituição Federal de 1988 e detalhada na Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998). Segundo essa lei, empresas podem ser responsabilizadas por ações ou omissões que causem danos ao meio ambiente.

Todavia, por uma série de fatores que não poderão ser aqui aprofundados porque tornariam excessiva esta exposição, a responsabilização penal de pessoas jurídicas levanta questões sobre a natureza da culpa e a adequação das penas.

Resumindo: enquanto indivíduos podem ser presos, empresas não podem ser encarceradas, levando à necessidade de sanções alternativas — que possuem um color evidentemente administrativo — como multas, suspensão de atividades ou programas de *compliance* obrigatórios.

Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt⁸ defende a impossibilidade de atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, mesmo em relação ao meio ambiente: “deve-se punir severamente também e, particularmente, as **pessoas jurídicas**, com sanções próprias a esse gênero de entes morais.”

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 1, p. 293.

Na doutrina, Eugênio Raul Zaffaroni *apud* Estévez⁹, embora seja um expoente da teoria segundo a qual *societas delinquere non potest*, destaca que a criminalização de pessoas jurídicas é uma evolução necessária do Direito Penal para enfrentar crimes complexos que indivíduos isolados dificilmente poderiam cometer.

⁹ “En lo referente al carácter de la disputa en torno de la capacidad penal de las personas jurídicas, refiere [Zaffaroni] que, en definitiva, ella es casi especulativa, y sostiene que la discusión es perfectamente inútil, porque la circunstancia de que la persona jurídica no tenga capacidad penal no implica, en modo alguno, que no sea posible sancionar a los directivos que en el desempeño de su cargo cometen delitos.

Asimismo, sostiene que nada impide tampoco la aplicación de una sanción de carácter administrativo a la persona jurídica, lo cual no afecta el principio de intrascendencia de la pena (porque no es pena) ni altera los principios que fundamentan la culpabilidad penal.

En cuanto al carácter de la sanción administrativa, entiende que al no estar sometida a exigencias tan estrictas como las de la sanción penal, ofrece una mejor defensa social contra estos entes usados como medios para la comisión de delitos, las que pueden ser aplicadas por el juez penal, puesto que en definitiva se trata de una cuestión de competencia que no hace a la naturaleza de fondo de la sanción.

Por último, desde una perspectiva político penal se alinea entre quienes entienden que el problema está en individualizar y golpear a las personas físicas que esconden su actividad delictuosa detrás de los muros protectores de la persona jurídica.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal:** parte general, III. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 57 *apud* ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **La responsabilidad penal en el ámbito de estructuras empresariales:** teoría de la imputación personal y corporativa. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad Austral. Buenos Aires, 2012. Disponível em: https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Rodriguez_Estevez.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal (HC 83.554/PR¹⁰ e RE 548.181/PR¹¹) e do Superior Tribunal de Justiça (RMS

¹⁰ “EMENTA: *Habeas Corpus*. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás. 5. Ausência de nexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. *Habeas Corpus* concedido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 83.554. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 16 de agosto de 2005. **DJ**, Brasília, 28 out. 2005.

¹¹ “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parciais de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.

39.173/BA¹² e AgRg no RMS 48.851/PA¹³) tem abandonado a teoria da dupla imputação, permitindo a propositura de ação penal isoladamente contra a pessoa jurídica de direito privado.

5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 548.181. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 6 de agosto de 2013. **DJe**, Brasília, 29 out. 2014.

¹² “EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 548.181. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 6 de agosto de 2013. **DJe**, Brasília, 29 out. 2014. 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RMS 39.173/BA. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6 de agosto de 2015. **DJe**, Brasília, 13 ago. 2015.

¹³ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA QUE FIGURA ISOLADAMENTE COMO RÉ NA DENÚNCIA POR CRIME AMBIENTAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 2. Este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a entender que, nos crimes societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação. Precedentes. 3. O trancamento de ação penal, somente deve ser acolhido se restar, de forma indubitável, comprovada a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda da atipicidade da conduta. 3. Agravo regimental improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no RMS 48.851/PA. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 20 de fevereiro de 2018. **DJe**, Brasília, 26 fev. 2018.

6. PROPOSTAS DE ENFRENTAMENTO

As propostas mais atuais e viáveis para o enfrentamento dessa problemática (tanto a dos crimes de pessoas físicas no seio das empresas como a dos delitos das próprias pessoas jurídicas empresariais) giram em torno do seguinte:

6.1. Implementação de Programas de *Compliance*

Programas de *compliance* são mecanismos internos que visam a garantir que a empresa cumpra com as leis e regulamentos. Eles incluem códigos de conduta, treinamento de funcionários e sistemas de monitoramento. Embora eficazes na prevenção de crimes, a implementação genuína e não apenas formal desses programas é um desafio.

6.2. Cooperação Internacional

Crimes empresariais frequentemente têm uma dimensão transnacional. A cooperação entre países é essencial para investigar e processar esses crimes. Tratados como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC) e a Convenção de Palermo sobre Crime Organizado Transnacional são exemplos de esforços para harmonizar legislações e procedimentos.

6.3. Evolução Jurisprudencial

A jurisprudência tem evoluído para lidar com a complexidade dos crimes empresariais. No Brasil, por exemplo, tanto o STF como o STJ têm decidido casos que delineiam a responsabilidade penal de gestores e empresas, consolidando princípios e práticas para a responsabilização penal no contexto empresarial.

6.4. Enfoque em soluções consensuais

Merece destaque a possibilidade de formalização de acordos de leniência, em que empresas cooperam com as autoridades em troca de penas reduzidas, e programas que incentivam a reparação dos danos causados.

Verifica-se, também, uma crescente tendência na utilização de práticas restaurativas em crimes empresariais, com a identificação

das necessidades dos envolvidos, conscientização dos responsáveis sobre as consequências da conduta ofensiva, participação da vítima ou seu representante, no caso de vítimas difusas, e da comunidade, sempre que possível.

Há uma crescente tendência de utilizar abordagens de justiça restaurativa em crimes empresariais. Isso inclui acordos de leniência, em que empresas são conscientizadas sobre as consequências de conduta ofensiva com a participação da vítima ou de seu representante que, quando possível, cooperam com as autoridades em troca de penas reduzidas e programas que incentivam a reparação dos danos causados.

Em suma, a imputação penal no contexto empresarial é repleta de desafios devido à complexidade das estruturas corporativas, à dispersão de responsabilidades e à necessidade de provas robustas. As teorias jurídicas fornecem *frameworks* úteis para abordar essas questões, mas a prática judicial e a evolução legislativa são fundamentais para enfrentar os crimes empresariais de maneira eficaz e justa. O desenvolvimento de programas de *compliance*, a cooperação internacional e a evolução jurisprudencial são tendências que buscam aprimorar a responsabilização penal no seio das empresas, promovendo um ambiente corporativo mais ético e responsável.

7. MUNDIALIZAÇÃO E DIREITO PENAL

7.1. Apresentação do tema

A mundialização ou globalização, entendida como a intensificação das relações econômicas, sociais e culturais em escala global, tem impactos profundos no Direito Penal. Ela facilita a transnacionalidade dos crimes, tornando necessária uma cooperação internacional mais efetiva.

7.2. Crimes Transnacionais

Crimes como o tráfico de drogas, terrorismo, lavagem de dinheiro, e crimes ambientais frequentemente envolvem múltiplas jurisdições. Isso desafia os sistemas legais nacionais, que precisam cooperar através de tratados internacionais e organizações como a *The International Criminal Police Organization* (INTERPOL) e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).

7.3. Doutrina

Manuel Iturralde¹⁴ enfatiza a necessidade de um Direito Penal cosmopolita, capaz de responder eficazmente aos desafios da criminalidade globalizada.

Por sua vez, Albin Eser¹⁵ *apud* Viviani sugere que a harmonização das legislações penais internacionais é essencial para enfrentar crimes transnacionais, propondo o fortalecimento de convenções internacionais.

¹⁴ “São evidentes os aspectos e as dinâmicas que os campos penais de diversos países compartilham hoje em dia, mas isso não implica desconhecer as particularidades e as trajetórias históricas de contextos muito diferentes entre si. Por isso, é necessário contar com ferramentas teóricas e metodológicas que contribuam para se ter uma visão de conjunto da configuração dos campos penais e das formas de governo das sociedades contemporâneas, pois essa visão pode nos ajudar a compreender melhor problemas e desafios comuns, assim como as diferenças, a influência de uns campos sobre outros, a forma com que se produzem as transferências e intertrocas de discursos, lógicas e mecanismos de governo e controle da pobreza e da insegurança.” ITURRALDE, Manuel. O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. *In*: BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 169-195. p. 189.

¹⁵ “Sem embargo, a aprovação do Estatuto de Roma representou um marco de extrema relevância no âmbito do Direito Internacional Penal. Primeiramente, como aponta Albin Eser, porque, desde a fundação da Nações Unidas, em 1945, não houve nenhuma outra instituição que exercesse a mesma influência sobre a soberania dos Estados como o Tribunal Penal Internacional. Em segundo lugar, conforme destaca Eser, o Tribunal Penal Internacional representaria um primeiro passo, em plano mundial, para mostrar a ditadores ou titulares de funções públicas relevantes que não estão imunes à responsabilidade penal. E, finalmente, remarca o autor alemão, com a criação do Estatuto, atravessasse as fronteiras dos países, aplicando-o a diferentes culturas jurídicas, o que motivaria os teóricos do Direito Penal a desenvolverem princípios e normas para serem aplicados à comunidade mundial.” ESER, Albin. *Hacia un derecho penal mundial*. Traduzido para o espanhol por Enrique Díaz Aranda et al. Granada: Editorial Comares, 2009. p. 36-37 *apud* VIVIANI, Rodrigo Andrade. **Intervenção do direito internacional penal para a tutela do meio ambiente**: protagonismo por meio de uma Corte Penal Internacional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, 2016. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2054/Dissertacao%20-%20RODRIGO%20ANDRADE%20VIVIANI.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

7.4. Jurisprudência

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal (AP n. 521/MT¹⁶ e RE n. 351.487/RR¹⁷) e o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no

¹⁶ “EMENTA: DIREITO PENAL. AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. CRIME DO ART. 90 DA LEI 8.666/1993. CORRUPÇÃO PASSIVA. QUADRILHA. DEPUTADO FEDERAL. FALTA DE PROVA HÁBIL. ABSOLVIÇÃO. 1. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o ‘standard’ anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2. À falta de prova suficiente da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas parlamentares de sua autoria, bem como do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas parlamentares e, ainda, de associação a grupo dedicado à prática de fraudes e peculatos na aquisição de ambulâncias com recursos federais, impõe-se a absolvição. 3. Ação penal julgada improcedente.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. AP 521/MT. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 2 de dezembro de 2014. **DJe**, Brasília, 5 fev. 2015.

¹⁷ “EMENTAS: 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de *reformatio in peius*. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal,

REsp n. 1.786.891/PR¹⁸) frequentemente aplicam normas do direito internacional para solucionar as demandas que lhes são propostas.

na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 351.487/RR. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 3 de agosto de 2006. **DJ**, Brasília, 10 nov. 2006.

¹⁸ “EMENTA: DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. LAVAGEM DE ATIVOS. OMISSÃO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISCUSSÃO DE FUNDAMENTOS DE DECIDIR. ACLARATÓRIOS. INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL. ART. 4º, § 16, DA LEI 12.850/2013. PROVA DE CORROBORAÇÃO. AGENTE POLÍTICO. ATO DE OFÍCIO. COMPROVAÇÃO. *OVERRULING* JURISPRUDENCIAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. LAVAGEM DE DINHEIRO. MERO EXAURIMENTO DE DELITO ANTECEDENTE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ALTERAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROGRESSÃO DE REGIME. REPARAÇÃO. ART. 33, 4º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. (...) VIII - Com o objetivo de implementar um sistema internacional de combate aos crimes transnacionais e, em especial o terrorismo, a Assembléia Geral das Nações Unidas em 9.12.1999 estatuiu a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, internalizada no Brasil por meio do Decreto n. 5.640, de 26.12.2005. IX - Em regulamentação à aludida norma de direito internacional e à Lei 9.613/1998, o Banco Central do Brasil editou a Circular n. 3.461, de 24.7.2009. Dentre as principais diretrizes impostas às instituições financeiras nacionais figura a obrigatoriedade de manutenção de sistema de registro que permita a identificação, pelas autoridades públicas, de operações financeiras cujo valor seja igual ou superior a R\$10.000,00 (dez mil) reais. X - Como meio de burlar o sistema público-privado de controle da circulação de capitais, os possuidores e administradores de valores ilícitos idealizaram diversas formas de colocação (*placement*) de valores espúrios no

8. MEIO AMBIENTE E DIREITO PENAL

A proteção ambiental tem se tornado uma prioridade global, e o Direito Penal é um instrumento crucial para combater a degradação

mercado formal. Dentre esses mecanismos, destaca-se o *smurfing*, que consiste no fracionamento de depósitos, geralmente realizados em dinheiro, de maneira que nenhum deles alcance o valor cuja comunicação às autoridades públicas se encontram obrigadas as instituições financeiras. XI - Reconhecido pela c. Corte *a quo*, por meio de elementos concretos, a prática de condutas tendentes a dissimular e ocultar valores de origem ilícita, entender de modo contrário, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência que encontra óbice no verbete sumular n. 7/STJ. XII - A revisão, por este col. Superior Tribunal de Justiça, das premissas utilizadas pelas instâncias ordinárias para individualização da pena deve se restringir às situações excepcionais, quando evidenciado *primo ictu oculi* a violação das balizas estabelecidas pelo artigo 59 do Código Penal. XIII - A culpabilidade como requisito do crime é, sucintamente dizendo, o juízo de reprovação objetivo que recai sobre o autor do fato típico e ilícito, segundo o qual podem ser traçadas balizas para verificar se poderia, no caso concreto, ter agido de forma diversa. Já a culpabilidade como circunstância para fixação da pena-base compreende o grau da censura subjetiva da conduta do réu que praticou um fato típico, ilícito e que é culpável. XIV - Na espécie, considerouse mais intensa a culpabilidade, porque o acusado, na condição de Secretário de Governo do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, ocupante alto cargo na escala da administração pública, atuou de forma a perceber propinas no âmbito de contratos administrativos firmados para a realização de obras públicas, os quais atingiram quantias extremamente vultosas. XV - Por certo que não é muito se esperar dos agentes políticos, especialmente aqueles ocupantes de posições proeminentes na seara estatal, um maior zelo e atenção aos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil - arts. 1º e 3º da Constituição Federal. XVI - Ainda quanto ao crime do art. 317 do CP, para a fixação da pena-base, foram consideradas circunstâncias fáticas, como a elevada escolaridade, as condições financeiras favoráveis do acusado, a complexidade do iter criminis e a existência de prejuízos aos cofres públicos, tudo em consonância com a jurisprudência há muito consolidada por este col. Superior Tribunal de Justiça. XVII - É firme a dicção do Excelso Pretório em reconhecer a constitucionalidade do art. 33, § 4º, do Código Penal, o qual condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a administração pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. Agravo Regimental desprovido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no REsp 1.786.891/PR. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 15 de setembro de 2020. **DJe**, Brasília, 23 set. 2020.

ambiental. A legislação ambiental penal visa a prevenir e punir condutas que causem danos significativos ao meio ambiente.

Crimes ambientais incluem a poluição, desmatamento ilegal, caça e pesca ilegais, e a contaminação de recursos naturais. A punição desses crimes tem uma função tanto repressiva quanto preventiva, incentivando práticas empresariais sustentáveis. O Direito Ambiental, antes encarado sob um prisma puramente preservacionista (visão ecológica), passa a ter, cada vez mais um caráter de sustentabilidade (enfoque econômico).

Na esfera doutrinária, nomes como Paulo Affonso Leme Machado¹⁹ — um dos principais doutrinadores no campo do Direito Ambiental no Brasil —, argumenta que o Direito Penal Ambiental deve ser rigoroso para ser efetivo. Isso justifica a utilização do DP, em geral a *ultima ratio* da intervenção estatal, no Direito Ambiental, que, em princípio não pareceria carecer de providência tão pesada.

Sob outra perspectiva, o pensamento de Antonio Herman Benjamin²⁰ defende que o Direito Penal Ambiental deve ser

¹⁹ “O Brasil, pela Constituição Federal de 1988, art. 225, § 3º, adotou também a responsabilidade penal da pessoa jurídica no domínio das condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. Importa que a pena a ser aplicada pelo Juiz à pessoa jurídica seja realmente dissuasiva com relação à sua atividade agressora do meio ambiente e que a pessoa física, cuja responsabilidade em concurso se apurar, não seja isenta da pena adequada.” MACHADO, Paulo Affonso Leme. Crimes ambientais. **Revista do Ministério Público Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, p. 66, 1990. Disponível em: https://www.amprs.com.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285250801.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

²⁰ “Finalmente, indicando uma (re)orientação radical de rumo, aparece a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981), dando início à fase holística, onde o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo), com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico) e com garantias de implementação (= facilitação do acesso à justiça). Só com a Lei n. 6938/81, portanto, é que verdadeiramente começa a proteção ambiental como tal no Brasil, indo o legislador além da tutela dispersa, que caracterizava o modelo fragmentário até então vigente (assegura-se o todo a partir das partes). Afastando-se da metodologia de seus antecessores legislativos, a lei não só estabeleceu os princípios, objetivos e instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, como

complementado por outras áreas do direito, como o direito civil e administrativo, para uma abordagem mais abrangente e eficaz. Ou seja, o meio ambiente é tão importante que exige do ordenamento jurídico um tratamento holístico, integral. Essa visão demonstra que a transversalidade a serviço da eficiência se impõe, não apenas internamente, com o diálogo e a interação entre ramos jurídicos diversos, mas também externamente, com uma maior troca de saberes entre o Direito e outras ciências ou fontes de conhecimento.

Os crimes ambientais interessam-nos particularmente porque, no momento, são os únicos que podem acarretar responsabilização penal da própria empresa, de sorte que ocupam uma posição de destaque na matéria aqui abordada.

9. A INTERSEÇÃO EMPRESAS, GLOBALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE NO DIREITO PENAL

A interseção entre empresas, globalização e meio ambiente no Direito Penal é complexa. Empresas multinacionais, operando em múltiplas jurisdições, podem tanto ser parte do problema quanto da solução.

A implementação de programas de *compliance* nas empresas é, consoante já dissemos, uma resposta à necessidade de prevenir práticas ilícitas. Programas efetivos de *compliance*, no que tange ao Direito da Sustentabilidade, incluem políticas ambientais rigorosas, treinamento constante de funcionários e mecanismos de auditoria e denúncia.

ainda incorporou, de vez, no ordenamento jurídico brasileiro o Estudo de Impacto Ambiental, instituindo, ademais, um regime de responsabilidade civil objetiva para o dano ambiental, sem falar que lhe coube conferir ao Ministério Público, pela primeira vez, legitimação para agir nessa matéria.

Com idêntica filiação holística e fechando o círculo da regulação legal (que agora é administrativa, civil e penal), é aprovada, em 1998, a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente.” BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 98-99, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49540/30958>. Acesso em: 20 jul. 2024.

A globalização exige cooperação internacional para a prevenção e repressão de crimes ambientais cometidos por empresas. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), ou Convenção de Mérida, é exemplo de esforços internacionais para combater a corrupção corporativa e crimes relacionados.

Finalmente, é necessário registrar que as empresas têm um papel central na promoção do desenvolvimento sustentável. Iniciativas como o Pacto Global da ONU incentivam-nas a adotar práticas sustentáveis e a respeitar os direitos humanos e ambientais.

A propósito, estudiosos como Michael Faure²¹ e Marjan Peeters²² defendem que a internalização dos custos ambientais pelas empresas é

²¹ “However, the literature equally indicates that even though there are strong arguments for corporate criminal liability (Friedman, 2000; Kahan, 1998), there are reasons to apply criminal liability to individuals within the corporation as well. We have shown that non-monetary sanctions may have to be applied to environmental crime as well. Indeed, corporate entities may also be equally unable to pay for the damage caused by their pollution. A polluting corporation may escape a liability suit because the damage to the environment is widely dispersed and therefore difficult to trace. Monetary sanctions may exceed the corporation’s assets and thus, not be an effective deterrent. Because non-monetary sanctions are hard to apply to corporations (this is obvious for incarceration), they must also be applied to individual employees as well. Polinsky and Shavell have made a strong economic argument in favour of the individual criminal liability of the employee. One of the arguments they make is that monitoring by firms may often be imperfect: another problem is that if employees only face fines, they may not be induced to exercise socially optimal levels of care. Therefore they argue that non-monetary sanctions on employees (imprisonment) should be used in addition to fines applied on corporations (Polinsky and Shavell, 1993; Kornhauser, 1982).” FAURE, Michael. **Environmental crimes: criminal law and economics**. Cheltenham: N. Garoupa, 2019. p. 331-332. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228169074_Environmental_Crimes. Acesso em: 20 jul. 2024.

²² “While greenhouse gas emissions are still on the rise (International Energy Agency, 2018), the question of whether liability law can help to curb this trend in order to bring down emissions to a safe level is one of the core themes of current climate law. This article aims to provide major insights into this issue, thereby taking liability as a broad concept: ‘The state of being legally responsible for something.’ Core focus goes to liability for emitting greenhouse gases and, in this vein, to what is referred to as third party liability, in other

fundamental para a justiça ambiental, sugerindo o uso de instrumentos econômicos e penais.

Outros, a exemplo de John Braithwaite²³, chegam a propor uma “regulação responsiva”, em que o Estado e as empresas cooperam

*words, legal responsibilities toward parties (victims of damage caused by greenhouse gas emissions) with whom the potentially responsible person (the emitter) does not stand in any contractual relationship. Core attention goes to the function of liability rules for the mitigation of greenhouse gases (Bouwer, 2018). This liability for emitting greenhouse gases exists (or can exist) in the area of public law and private law and can be subdivided into international, administrative, and criminal liability (public law liabilities) and tort law liability (private law liability). Actions for holding individual and legal persons (such as states, authorities, and companies) liable can generally be triggered by citizens but also by legal persons, such as authorities, companies, and non-governmental organizations (NGOs) particularly environmental NGOs.” FAURE, Michael; PEETERS, Marjan. Liability and climate change. In: STORCH, H. von (ed.). **Climate science**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 2-3. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/146934247/Peeters-2019-Liability-and-Climate-Change.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.*

²³ *“I do not see law and business systems as normatively closed and cognitively open. In a society with a complex division of labor the most fundamental reason as to why social systems are not normatively closed is that people occupy multiple roles in multiple systems. A company director is also a mother, a local alderman, and a God-fearing woman. When she leaves the board meeting before a crucial vote to pick up her infant, her business behavior enacts normative commitments from the social system of the family; when she votes on the board in a way calculated to prevent defeat at the next Council election, she enacts in the business normative commitments to the political system; when she votes against a takeover of a casino because of her religious convictions, she enacts the normative commitments of her church. In extremis, wealthy business people sometimes dismantle their empires to give away their wealth for a charitable foundation. So much of the small and large stuff of organizational life makes a sociological nonsense of the notion that systems are normatively closed. Nor is it normatively desirable that they be normatively closed, as Parker (2002) has argued. Rather, there is virtue in the justice of the people and of their business organizations bubbling up into the justice of the law, and the justice of the law percolating down into the justice of the people and their commerce.*

[...]

A law that goes against the grain of business culture risks irrelevance; a law that crushes normative systems that naturally emerge in business can destroy virtue; a law that lets business norms take it over can destroy its own virtues. I am at one with Teubner in

para alcançar objetivos regulatórios, utilizando uma combinação de incentivos e sanções.

10. CONCLUSÃO

O Direito Penal, ao lidar com empresas no contexto da globalização e do meio ambiente, enfrenta desafios significativos, mas também oportunidades para promover a justiça e a sustentabilidade. A responsabilização penal das empresas, a cooperação internacional e a promoção de práticas empresariais sustentáveis são fundamentais para enfrentar os problemas complexos do mundo contemporâneo. A doutrina oferece diversas perspectivas e ferramentas para aprofundar esse debate e buscar soluções efetivas.

Mas esta análise é apenas um panorama introdutório ao complexo e fascinante tema a nós proposto, o qual continua a evoluir com o desenvolvimento da legislação e da prática judicial em todo o mundo.

seeing it as essential to regulate by working with the grain of naturally occurring systems in business (Braithwaite, 2005a, chap. 13). We agree that it is through the 'structural coupling' of reflexively related systems (or nodes of networked governance as I would prefer) that the horns of the regulatory trilemma can be escaped. Abuse of power is best checked by a complex plurality of many separated powers - many semi-autonomous nodes of networked governance (Braithwaite, 1997, pp. 311–313; Braithwaite, 2005b). All nodes of separated private, public, or hybrid governance need enough autonomy so that they cannot be dominated by other nodes of governance. Equally, each needs enough capacity to check abuse of power by other nodes so that a multiplicity of separated powers can network to check any node of power from dominating all the others. The required structural coupling among a rich plurality of separated powers is not only about checking abuse, it is also about enhancing the semi-autonomous power of nodes of governance to be responsive to human needs (Teubner, 1986, pp. 316–318)." BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, v. 34, n. 5, p. 885-886, 2006. Disponível em: https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Responsive_Regulation_2006.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 98-99, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49540/30958>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 1.

BOTELHO, Cristina Ossipe Martini. **A culpabilidade e a punição da pessoa jurídica em delitos ambientais**: a necessária revisão da dogmática penal. 2004. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3873/1/arquivo5041_1.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and developing economies. **World Development**, v. 34, n. 5, 2006. Disponível em: https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Responsive_Regulation_2006.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Data de acesso: 20 jul. 2024.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Data de acesso: 20 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no REsp 1.786.891/PR. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 15 de setembro de 2020. **DJe**, Brasília, 23 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RMS nº 39.173. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6 de agosto de 2015. **DJe**, Brasília, 13 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no RMS 48.851/PA. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 20 de fevereiro de 2018. **DJe**, Brasília, 26 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. AP 521/MT. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 2 de dezembro de 2014. **DJe**, Brasília, 5 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 548.181. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 6 de agosto de 2013. **DJe**, Brasília, 29 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 83.554. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 16 de agosto de 2005. **DJ**, Brasília, 28 out. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 351.487/RR. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 3 de agosto de 2006. **DJ**, Brasília, 10 nov. 2006.

ESER, Albin; HEINE, Gunter; HUBER, Barbara (coord.). **Criminal responsibility of legal and collective entities**: international colloquium, Berlin 1998. Freiburg im Breisgau: Ed. iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und International Strafrecht, 1999. Disponível em: https://pure.mpg.de/rest/items/item_2640412/component/file_3012698/content. Acesso em: 20 jul. 2024.

FAURE, Michael. **Environmental Crimes**. Criminal Law and Economics. Cheltenham: N. Garoupa, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228169074_Environmental_Crimes. Acesso em: 20 jul. 2024.

FAURE, Michael; PEETERS, Marjan. Liability and climate change. In: H. von Storch (Ed.), **Climate Science**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/146934247/Peeters-2019-Liability-and-Climate-Change.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

HAVRENNE, Michel François Drizul. Direito penal, sociedade de riscos e teoria da imputação objetiva. **Revista da Advocacia-geral da União**, Brasília, v. 8, n. 22, ago. 2009. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/254>. Acesso em: 20 jul. 2024.

ITURRALDE, Manuel. O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. *In*: BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 169- 195.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Crimes ambientais. **Revista do Ministério Público Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, 1990. Disponível em: https://www.amprs.com.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285250801.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crime. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Brasília: UNODC, 31 out. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VIVIANI, Rodrigo Andrade. **Intervenção do direito internacional penal para a tutela do meio ambiente**: protagonismo por meio de uma Corte Penal Internacional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, 2016. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2054/Dissertacao%20-%20RODRIGO%20ANDRADE%20VIVIANI.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

CLEMÊNCIA COMO MATERIALIZAÇÃO
DA SOBERANIA DO JÚRI

Antonio Saldanha Palheiro
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

CLEMÊNCIA COMO MATERIALIZAÇÃO DA SOBERANIA DO JÚRI

Ministro Antônio Saldanha Palheiro

RESUMO

O artigo discute a natureza e os efeitos do quesito genérico de absolvição, introduzido pela reforma processual de 2008, no Tribunal do Júri. Argumenta-se que a resposta afirmativa ao quesito, independentemente das teses defensivas, configura clemência e não, decisão técnica passível de reexame, sob pena de afronta à soberania das decisões do Júri.

Palavras-chave: quesito genérico de absolvição; Tribunal do Júri; clemência; soberania dos veredictos; duplo grau de jurisdição.

ABSTRACT

This article discusses the nature and effects of the generic acquittal question in the Jury Trial introduced by the 2008 procedural reform. It argues that an affirmative answer to the question, regardless of the defensive arguments, configures clemency and not a technical decision subject to review by an appeal Court without affronting the sovereignty of the Jury's trials.

Keywords: *generic acquittal question; jury trial; clemency; sovereignty of verdicts; double judicial review.*

INTRODUÇÃO

A práxis jurídica é useira e vezeira em se apropriar de termos e expressões que, na sua operacionalização, mostram-se inadequados. Exemplo clássico se refere ao chamado “Voto de Minerva”, que no linguajar jurídico é entendido como o voto do presidente do colegiado para desempatar o julgamento¹.

Entretanto, a origem mítica da expressão leva a um entendimento ligeiramente distinto do instituto.

Como brilhantemente narrado na última peça da trilogia Oréstia, do poeta grego Ésquilo, Orestes estava sendo julgado por haver assassinado sua própria mãe e o amante desta e, com isso, vingar seu pai, Agamênon, morto na noite em que retornou vitorioso da Guerra de Tróia. Composto o tribunal por 12 cidadãos atenienses, a votação estava empatada e quem presidia o julgamento, Atenas – Minerva para os romanos –, votou para desempatar a contenda e absolver Orestes.

Destarte, conforme a tradição mitológica, o “Voto de Minerva” foi criado como voto de clemência, tendo como único resultado possível ser favorável à absolvição do acusado em caso de empate, como concretização do princípio também aplicado na Grécia antiga do *in dubio pro reo* (Aristóteles, 1952).

De forma semelhante, no meu entender, a reforma processual penal de 2008 introduziu no procedimento do Tribunal do Júri a figura da clemência, e entender de forma contrária seria, *permissa venia*, desfigurar o referido instituto.

HISTÓRICO

Introduzido na reforma processual penal de 2008 com a nova redação do art. 483, III, do CPP, o quesito genérico de absolvição do réu

¹ Não se desconhece o rigor terminológico das Cortes de vértice, que corretamente nomeiam o referido instituto como “Voto de qualidade” (art. 13, IX, do RISTF) e “Voto de desempate” (art. 21, VI, e art. 24, I, ambos do RISTJ). Entretanto, o que se discute no presente artigo é a terminologia comumente utilizada pelos operadores do direito, que se utilizam das expressões de forma equivalente.

pelo Júri tinha o intuito de facilitar a resposta dos jurados às teses defensivas quando direcionadas à absolvição do agente, desde que já reconhecidas a materialidade e a autoria.

Tal procedimento acaba por enfeixar as teses defensivas que buscam a absolvição do agente em uma única e simples pergunta, qual seja, “O Jurado absolve o acusado?”.

A despeito da simplicidade do enunciado, seus resultados geraram amplos debates acerca da definitividade da decisão dos jurados quando respondido afirmativamente tal quesito.

ENTENDIMENTOS DIVERGENTES

Inicialmente, os Tribunais pelo País passaram a entender que, reconhecidas a materialidade e a autoria nos dois primeiros quesitos, a mera resposta afirmativa ao quesito genérico de absolvição consistiria em contradição interna que justificaria, *per se*, a anulação, uma única vez, do julgamento em razão de ser manifestamente contrário à prova dos autos, conforme disposto no art. 593, III, *d*, do CPP².

Entretanto, a jurisprudência do STJ evoluiu para rechaçar tal entendimento, passando a exigir fundamentação concreta e casuística sobre em que consistiria a contrariedade manifesta à prova dos autos, não se permitindo a alegação genérica de contradição pois, conforme bem explicitado pelo em. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,

A absolvição por clemência somente se verifica quando reconhecidas a materialidade e a autoria. Dessa forma, nessas hipóteses, sempre haverá contradição, o que já remete de pronto ao provimento do recurso para submissão a novo Tribunal do Júri. Contudo, entendo não ser este o entendimento que melhor se compatibiliza com as garantias

² Confram-se, *e.g.*, HC n. 350.895/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/3/2017, DJe de 17/5/2017; HC n. 352.330/PB, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe de 1º/8/2016; AgRg no REsp n. 1.215.688/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe de 3/11/2015, etc.

do Tribunal do Júri e com as novas disposições trazidas pela edição da Lei n. 11.689/2008” (HC n. 323.409/RJ, relator para acórdão Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 8/3/2018, trecho do voto vencido).

Em consequência, alguns tribunais passaram a entender que somente seria possível ser acolhido o quesito absolutório se teses exculpatórias fossem levantadas pela defesa durante sua peroração, entendimento que também foi afastado pelo STJ sob o argumento de que:

[n]a hipótese em que os jurados tenham respondido positivamente aos quesitos da autoria e da materialidade, **é possível a absolvição do réu amparada em qualquer tese defensiva, ainda que não sustentada em plenário**, como decorrência lógica do sistema da íntima convicção e consagrado na norma insculpida no inciso III do art. 483 do Código de Processo Penal (AgRg no HC n. 717.764/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 14/3/2022, grifei)³.

DISCUSSÃO

Na sequência, a discussão que se colocou pode ser resumida em duas indagações simples e consecutivas, a saber: a) se a dicção do art. 483, III, do CPP introduziu a absolvição por clemência; e b) em caso positivo, se tal questão desafia o reexame por deliberação manifestamente contrária à prova dos autos.

A meu sentir, a resposta positiva à primeira indagação exclui a incidência da segunda, por decorrência primeiramente da análise terminológica do próprio instituto introduzido.

³ No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1.215.688/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe de 3/11/2015; AgRg no REsp n. 1.548.434/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/5/2016, DJe de 27/5/2016; AgRg no AREsp n. 71.554/GO, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 11/9/2012, etc.

Com efeito, clemência significa sentimento ou disposição de perdoar, indulgência pela ação cometida. Ora, o perdão se concede aos possíveis culpados, pois aos inocentes se faz justiça. Essa concepção, no plano axiológico, não concebe cotejamento à procura de afinidade com as provas dos autos, visto que essas são perscrutadas para aferição de elementos técnicos que conduzam à absolvição ou condenação. Para o perdão (clemência), irrelevantes as provas disponíveis.

Quem ostenta circunstâncias que conduzem à absolvição não precisa de perdão (clemência), e sim aqueles que não as têm, mas despertam no colegiado popular o sentimento de merecimento da indulgência, pelo sentido de equidade, da justificativa moral, filosófica ou religiosa para adoção da conduta incriminada, apesar de antijurídica, ou, como bem lançado pelo em. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,

possível a absolvição do réu por qualquer tese defensiva, ainda que não amparada em substratos fáticos nos autos, dentre elas, **a clemência**, porquanto possível que os jurados, a despeito de formar sua convicção pelo reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, estejam convencidos da desnecessidade ou injustiça de eventual pena a ser imposta, resolvendo, pois, absolver o acusado (HC n. 323.409/RJ, relator para acórdão Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 8/3/2018, trecho do voto vencido do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca).

Indo mais além, não vendo sequer a necessidade de a tese exculpatória haver sido esgrimida em Plenário, valho-me de trecho de voto do em. Ministro Marco Aurélio Bellizze, para quem,

[a] partir da reforma, a meu sentir, [...] a absolvição pelos jurados, fundada em tese não sustentada pela defesa, é corolário não só da soberania dos veredictos como também da plenitude de defesa (AgRg no AREsp n. 71.554/GO, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 11/9/2012, trecho do voto condutor do acórdão).

Apesar de ser pessoalmente contrário ao instituto, esse é o mais relevante sentido do Tribunal do Júri, quando se atribui ao povo, por meio

do cidadão comum, a distribuição da justiça pelos seus próprios valores, históricos, culturais, morais etc.

Submeter a resposta de um quesito tão abrangente e despido de qualquer acepção técnica ao reexame científico, à luz de excludentes que não foram exploradas no escrutínio leigo, contraria toda a lógica do sistema para o qual se evoluiu, e cuja tônica é exatamente, nesse caso específico, abstrair-se de investigação técnica e delegar ao povo a prerrogativa de absolver o acusado por motivação exclusivamente íntima.

O fato de os jurados não motivarem o veredito, ainda que por respostas digitalizadas em “sim” ou “não” para indagações técnicas, tornaria ainda mais difícil e isolada a impugnação recursal por não se ter conhecimento das razões que motivaram o Júri a optar pela absolvição.

A prevalecer a possibilidade do recurso contra tal indagação genérica ao corpo de jurados, cairíamos num paradoxo insuperável de, por um lado, autorizar a absolvição direta e sem motivação e, por outro, permitir o reexame da deliberação porque não suportada pelo conjunto probatório.

Ora, se posso decidir sem motivar, como questionar a decisão por ausência de motivação compatível?

No plano das referências internacionais, especialmente em países de consolidada tradição romano-germânica, peço vênia para transcrever parte do estudo publicado na última Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – n. 58 – out/dez 2015, de autoria do Promotor de Justiça Alexander Araújo de Souza, que informa às fls. 36/37:

[...] Como já acenou anteriormente, apesar da longa tradição do Ministério Público no tocante ao exercício da ação penal nos ordenamentos de tradição romano-germânica, bem como o fato de a legitimação de referida instituição se vincular à aplicação imparcial da lei – e não ao consenso eleitoral -, sendo os recursos tradicionalmente considerados remédios utilizados por ambas as partes da relação processual com vistas à correção das sentenças, parcela da doutrina, sobretudo na Itália, começa a sustentar que se deve abolir o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau. Os fundamentos invocados

para sustentar tal tese circunscrevem-se, em regra, ao fato de convenções internacionais – como por exemplo, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 – terem assegurado aos acusados o direito de ver confirmada sua condenação por um tribunal superior, bem como a tentativas de importação do paradigma vigente nos países de tradição anglo-saxônica (a regra do *double jeopardy*), sobretudo em razão da influência exercida na Itália pelo processo penal norte-americano.

Referida tese, contudo, alcançou o plano legislativo, e países como a Itália e a França procederam a reformas processuais (no caso da Itália, como se verá adiante, cuidou-se de uma tentativa frustrada) que limitaram o direito de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Na Itália, em 2006, foi promulgada a chamada *Legge Pecorella* (Lei n. 46, de 20.02.2006, que traz o seu epíteto do nome de seu principal inspirador, Gaetano Pecorella), a qual, modificando o *Codice di procedura penale* (art. 593) impediu o Ministério Público de apelar contra sentenças de absolvição prolatadas em primeiro grau de jurisdição. Tal lei, considerada por muitos como uma “lei encomendada” ou “de caráter pessoal”, pois aprovada pela coalizção liderada pelo então primeiro-ministro Silvio Berlusconi – que respondia a várias acusações penais na justiça italiana e pretendia que a referida reforma fosse utilizada em seu favor –, foi declarada inconstitucional pela Corte constitucional italiana (*sentenza* n. 26, de 06 de fevereiro de 2007), a qual entendeu que a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado afronta expressamente o princípio de paridade de armas estabelecido no art. 111, 2, da Constituição italiana.

Outro exemplo digno de nota foi o que ocorreu, ainda anteriormente, na França, com a edição da Lei n. 516, de 15 de junho de 2000, também conhecida como *loi présomption d’innocence* e também como *Loi Guigou* (que extrai seu epíteto do nome da então Ministra da Justiça Élisabeth Guigou), a qual, modificando o *Code de procédure pénale* (art. 380) previu tão somente o recurso de apelação relativamente às decisões condenatórias proferidas pela

cour d'assises em primeiro grau, excluindo a possibilidade de recurso em caso de absolvição. Também nesta hipótese, a doutrina especializada sublinhou a afronta ao princípio da paridade de armas no processo penal. Contudo, a Lei n. 307, de 4 de março de 2002 (art.8, I), veio a prever a possibilidade de o *procureur générale* junto à *Cour d'appel* (mas não o *procureur de la République*) interpor recurso de apelação em face de decisões absolutórias proferidas pela *cour d'assises*.

Dessa forma, se convergirmos à ideia de que o quesito único de absolvição imotivada incorpora a importação de metodologia assente no sistema anglo-saxão, já introduzida em países de renomada e consolidada tradição romano-germânica, bem como que tal sistemática não comporta questionamento técnico na esfera recursal exatamente pela abstração da resposta, como pretender a coexistência de duas metodologias a tal ponto antagônicas, sem ofender drasticamente a conformação lógica, sistemática histórica e teleológica de tal evolução?

A hermenêutica da inovação nos remete, ainda que superficialmente, aos possíveis critérios de interpretação da norma para aferição de seu sentido e razão de existir.

A análise literal, a par de ser a menos precisa e abrangente, aponta-nos uma indagação objetiva, linear e despida de qualquer expressão outra que não apurar a vontade exclusiva e isolada dos jurados quanto ao destino da tese.

A interpretação lógica aponta na mesma direção, ante a singeleza da indagação, pois que, pretendesse o legislador que a deliberação de absolver o acusado fosse embasada em elementos concretos do conjunto probatório, assim direcionaria a formulação, vinculando a assertiva às circunstâncias demonstradas no curso da apuração.

A abordagem sistemática não destoa, pois a modificação do critério de indagação se amoldou ao conjunto de alterações introduzidas pela Lei n. 11.689/2008, no sentido de simplificar as regras procedimentais, tratando-as efetivamente como mero instrumento para consecução do resultado pretendido, o que frustraria a orientação legislativa e a harmonia

do sistema, caso concentrada e simplificada a pergunta quanto à vontade dos jurados em relação ao destino do réu, para depois submetê-la ao crivo hermético do colegiado técnico em relação a matéria que não foi precisamente submetida ao organismo leigo.

Ressalte-se ainda, quanto à concepção lógico/sistemática, que a própria ordem de formulação dos quesitos demonstra o objetivo da norma, visto que, inserido logo após as indagações de autoria e materialidade, em que os jurados afirmam que foi o acusado o autor da ação delituosa e que esta foi a causa eficiente da morte da vítima, quisesse a lei abordar excludentes legais assim o faria, ainda que de forma mais simplificada, mas não o fez, optou por um único questionamento sem nenhuma base conceitual, orientando da seguinte forma: “Os senhores já decidiram que o réu foi o autor do homicídio, e, ainda assim, absolvem o acusado?”

No referente à concepção histórica da modificação, temos nitidamente delineada a evolução de nosso sistema, tradicionalmente de índole estritamente positivista em decorrência da base romano-germânica, para incorporar preceitos do direito anglo-saxão, como a cultura dos precedentes e agora essa solidificação do axioma da soberania dos vereditos, que demonstra assim a assimilação da autonomia plena e acatamento à vontade dos jurados, como coroamento do julgamento popular.

Assim, se historicamente evoluímos para essa modalidade, já tradicional no modelo anglo-saxão, e incorporada em sua plenitude essa legislação de países da Europa Continental (França e Itália *u.g.*), é porque este é o ponto que queremos atingir.

Na mesma linha, a avaliação sob o ponto de vista teleológico ou finalístico vem coroar essa conclusão, porque indelevelmente demonstrada a finalidade do preceito quando migra de uma fórmula intrincada e detalhista exigindo a vinculação das respostas a cada etapa das “excludentes”, e assim subordinadas às provas dos autos, para uma pergunta absolutamente independente, que pretende aferir estritamente se o jurado deseja absolver o acusado, e só.

Se possibilitarmos a revisão dessa deliberação por elementos técnicos, corremos o risco de criação de sistemática paradoxal em sua

essência, gerando um “Quasímodo” jurídico, claudicante e desencontrado para as soluções que dele se esperam.

ATUAL ENTENDIMENTO DO STJ

Não obstante toda a argumentação acima, que apresentei em votos na Sexta Turma e na Terceira Seção do STJ, o entendimento atual da Corte é o de que, a despeito de ser possível a anulação, uma única vez, do julgamento pelo Conselho Popular quando alcançada a maioria afirmativa ao quesito do inciso III do art. 483 do CP com sua novel redação, tal procedimento não pode ter como fundamento apenas a contradição entre a resposta afirmativa aos dois primeiros quesitos e a absolvição pelo quesito genérico⁴, devendo ser apresentada fundamentação concreta que demonstre a incoerência entre as alegações defensivas e as provas amealhadas.

CRÍTICAS

A despeito de me curvar à jurisprudência acima, a liberdade acadêmica de se criticar os entendimentos firmados pelas Cortes autoriza-me a tecer alguns comentários sobre os principais argumentos que sustentaram esses julgados.

Cumpre ressaltar que quaisquer decisões dos jurados, uma vez que secretas, são imperscrutáveis, não se podendo cogitar de suas razões, que, em casos de condenação, podem ter sido guiadas pelas mais espúrias motivações, como racismo, classismo, homofobia, vingança pessoal, etc.

Logo, considerar a possibilidade de absolvições motivadas por “equivocadas premissas de defesa social ou eliminação de delinquentes” (Neto, 2016) é um despropósito que somente obnubila o debate com importação indevida de conceitos extrajurídicos e utilitaristas.

⁴ Confram-se: AgRg no HC n. 717.764/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 14/3/2022; HC n. 698.709/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021, etc.

Inclusive, há farta documentação sobre os mais variados vieses que desequilibram a balança em desfavor de alguns acusados, como a super-representação de negros e pobres no sistema penal (Sawyer & Wagner, 2023)⁵, a tendência humana em reconhecer maior intencionalidade de terceiros a depender do resultado (Dias & Schwartzman, 2024)⁶, a potencialização desses vieses pela alimentação e reprodução de reconhecimentos pessoais equivocados (Selby, 2021), entre outros.

Vale também trazer à discussão o bem lançado voto do em. Ministro Rogerio Schietti ao votar no HC n. 350.895/RJ, rememorando a obra de Roberto Lyra afirmando que

o Júri decide por sua livre e natural convicção. Não é o jurado obrigado, como o juiz, a decidir pelas provas do processo, contra os impulsos da consciência. [...] O Júri não está adstrito ao alegado e provado nos autos, nem à estreiteza dos textos, e não seria Júri se deixasse de sentir o conjunto das realidades individuais e sociais.

No mesmo voto, colaciona preciosa lição de Tourinho Filho de que, “se por acaso o constituinte quisesse um julgamento técnico, por óbvio não teria instituído e mantido o Júri. Este compreende a sociedade em que vive. O Juiz togado, não”.

Por fim, para colmatar a questão, traz lição:

Deveras, nos países pertencentes ao *common law* – Estados Unidos, Reino Unido e toda a *Commonwealth* – existem restrições, com maior ou menor amplitude, ao direito de recorrer, por entender-se que a submissão do acusado ao julgamento de outra instância interfere na garantia contra dupla persecução penal. Citem-se, como exemplo, os Estados Unidos, onde existe nítida tensão entre o direito ao recurso

⁵ No estudo apresentado e que é repetido anualmente pela *Prison Policy Initiative*, organização americana de estudos sobre o sistema criminal, os negros são 38% dos encarcerados a despeito de serem apenas 13% da população e os encarcerados recebiam antes da prisão cerca de metade dos rendimentos anuais dos não encarcerados nos EUA.

⁶ O estudo evidencia a tendência de as pessoas atribuírem maior intencionalidade aos outros quando os resultados de suas ações são negativos.

pela promotoria e a proteção contra o *double jeopardy*, que, em princípio, impede o recurso da acusação quando se trata de absolvição. A matéria é regulada, no âmbito federal, pelo U.S. Code, votado pela *House of Representatives* em 1996, cujo Título 18, que trata do processo criminal, estabelece, no parágrafo 3731, ser admissível o recurso do Estado, em casos criminais, exceto “*where the double jeopardy clause of the United States Constitution prohibits further prosecution*”.

Dito de outro modo, qualquer recurso da acusação contra o mérito da absolvição do réu é vedado, porque o provimento da impugnação conduziria o réu a submeter-se a novo julgamento, o que não é admitido pela *double jeopardy clause*. Na Inglaterra, também, somente o réu pode recorrer para a *Court of Appeal* contra o veredito do júri. A promotoria não pode recorrer da absolvição, embora o Procurador-Geral (Attorney General) seja autorizado a endereçar provocação sobre questão de direito para ser avaliada e discutida pela Corte, como mera opinião sobre tema relevante (a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, em relação à *advisory opinion*, presente em alguns tribunais estaduais, cf. Notícia Henry J. Abraham. *The judicial process*. 7. Ed. New York: Oxford University, 1998, p. 274).

(HC n. 350.895/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/3/2017, Dje de 17/5/2017, trechos do voto do Ministro Rogerio Schietti).

Da mesma forma, peço vênia à em. Ministra do STF, Carmén Lúcia, para discordar de sua posição de que

[n]egar ao Ministério Público o direito ao recurso nas hipóteses de manifesto descompasso entre o veredito popular e a prova dos autos implicaria violação à garantia do devido processo legal, que contempla, dentre outros elementos indispensáveis à sua configuração, o direito à igualdade entre as partes” (HC n. 111.207/STF, Segunda Turma, SJe 17/12/2012),

Porquanto entendo que o princípio da paridade de armas é uma ficção importada da Teoria Geral do Processo que se mostra totalmente desbalanceada em nosso sistema processual penal. Veja-se, *e.g.*, a dificuldade

de se realizar investigação criminal defensiva⁷, com um grande número de indeferimento de requisição de laudos e perícias ao fundamento de serem meramente protelatórios, ou mesmo a fase inquisitorial, quase que totalmente desprovida de contraditório.

No caso específico, cumpre ressaltar que o ônus suportado pela derrota do órgão acusatório é nulo, e o do réu é incomensurável, qual seja, sua própria liberdade, enjaulado em masmorras medievais. Ademais, o custo recursal para o *Parquet* e qualquer de seus membros é irrisório em relação ao seu orçamento, em total oposição à situação da maioria dos acusados no país. Logo, creio estar em abissal desequilíbrio em favor da acusação a ficção da paridade de armas.

Outro ponto que, no meu entender, se mostra um verdadeiro oximoro é a alegação de que a manutenção da possibilidade de recurso do Ministério Público visa a impedir o cometimento de arbitrariedades. Ora, a absolvição imotivada pode ter como fundamento íntimo critérios como clemência, indulgência, comoção, equidade etc., não havendo nenhum sentido em considerar uma decisão absolutória, que afasta o poder punitivo estatal, uma arbitrariedade, termo que é sempre associado ao exato oposto disso, como a utilização de força irrazoável e desmotivada de um poder maior sobre alguém indefeso.

A alegação de decisão contrária à prova dos autos também carece de qualquer sentido lógico. Ora, para se chegar ao quesito genérico de absolvição, os jurados necessariamente realizaram julgamento em perfeita consonância com as provas produzidas em juízo, porquanto votaram, ao menos em maioria, pela comprovação da materialidade e autoria imputada ao acusado nos dois primeiros quesitos.

⁷ Ao contrário de ordenamentos jurídicos como os dos EUA e da Itália, atualmente não há regulamentação da investigação criminal defensiva no Brasil. Entretanto, o Projeto de Novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n. 8.045/2010) prevê a regulamentação do tema nos seguintes termos:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Já para se concluir que a resposta afirmativa ao quesito genérico é contrária à prova dos autos, os Tribunais poderão apenas presumir que os jurados acolheram alguma das teses esgrimidas pela defesa ou, quando em plenário não tiverem sido ventiladas alegações absolutórias, realizar um *creatio ex nihilo* de uma tese, pois, como já exposto acima, a formulação de tal quesito é obrigatória independentemente de qual alegação defensiva foi apresentada ao Conselho de Sentença.

Ora, somente se cogita de contrariedade entre teses colidentes. Entretanto, para se concluir pela possibilidade de anulação da absolvição por clemência, esta será cotejada contra uma especulação acerca de qual tese foi acolhida pelo Tribunal Popular, ou até mesmo contra uma alegação inexistente, mas capaz de, não existindo, ser contrária às provas dos autos, em oposição ao princípio filosófico *ex nihilo nihil fit*, que em tradução livre ensina que do nada, nada pode surgir.

SITUAÇÃO ATUAL

O tema teve reconhecida a repercussão geral pelo STF e está afetado com a fixação da seguinte questão-problema: a realização de novo júri, determinada por Tribunal de segundo grau em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico (art. 483, III, c/c o §2º, do CPP), ante suposta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, d, do CPP), viola a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, da CF)? (ARE 1.225.185 RG, relator GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 7/5/2020, DJe-155 de 22/6/2020.)

CONCLUSÃO

Conforme exposto acima, ainda que vencido na Sexta Turma e na Terceira Seção desta Corte, reafirmo meu entendimento de que o quesito genérico, inserto no Código de Processo Penal pela reforma processual de 2008, importa na entronização da figura da **clemência** no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro e, como consequência, por enfeixar todas as teses absolutórias em um único quesito, torna-se insondável a decisão do Júri de absolver o acusado com a resposta afirmativa a este quesito, porquanto pode ter acolhido uma, várias **ou mesmo nenhuma das teses**

defensivas para formar sua convicção de livrar o agente da acusação, que lhe foi imposta, de crime doloso contra a vida.

Logo, com a devida vênia aos entendimentos em sentido oposto, creio ter havido derrogação parcial da norma inculpada no art. 493, III, *d*, do CPP, pois a absolvição do acusado pela resposta afirmativa do Júri ao quesito genérico importa na impossibilidade de apelação ministerial fundada no dispositivo citado, uma vez que não haverá como se avaliar os motivos para a absolvição do agente e, por conseguinte, se esses motivos são manifestamente contrários às provas dos autos.

Por fim, novamente ressaltando minha visão contrária ao instituto do Júri, entendo que, uma vez que permanece vigente, devemos louvar a intenção de sua existência valendo-nos da famosa lição de Alexis de Tocqueville, para quem

[o] júri é, portanto, antes de mais nada, uma instituição política. [...] A instituição do júri pode ser aristocrática ou democrática, conforme a classe em que se convocam os jurados; mas sempre conserva um caráter republicano, por colocar a direção real da sociedade nas mãos dos governados ou de uma porção deles, e não na dos governantes (Tocqueville, 2005).

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. (1952). *Constitution of Athens* (Traduzido por H. Rackham ed., Vol. 20/23). Harvad, Cambridge: Loeb Classical Library.

DIAS, Á. M., & Schwartsman, H. (2024). Acesso em 5 de 3 de 2024, disponível em Folha de São Paulo: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2024/02/imparcialidade-no-direito-e-ilusoria-mostrado-estudo.shtml?pwgt=kzby18n0lovo006jnitzgkfw617pq7h6h2twk6zpm51a0y&utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwagift

NETO, O. F. (10 de 2016). A tese de clemência no Tribunal do Júri: uma solução possível. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, 13(74), 42-54.

SAWYER, W., & Wagner, P. (2023). Acesso em 5 de 3 de 2024, disponível em Prison Policy Initiative: <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2023.html>

SELBY, D. (2021). Acesso em 5 de 3 de 2024, disponível em Innocence Project: <https://innocenceproject.org/how-racial-bias-contributes-to-wrongful-conviction/>

TOCQUEVILLE, A. d. (2005). Democracia na América, Leis e Costumes. Em A. d. Tocqueville, *De certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático* (2 ed., Vol. 1). São Paulo: Martins Fontes.

RESSOCIALIZAÇÃO OU
DESUMANIZAÇÃO: o paradoxo do
sistema prisional

Messod Azulay Neto
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

RESSOCIALIZAÇÃO OU DESUMANIZAÇÃO: o paradoxo do sistema prisional

Ministro Messod Azulay Neto

“Quem nunca esteve na prisão não sabe como é o Estado”
(Liev Tolstói)¹

“Se nossos governantes não fizerem escolas, em 20 anos faltará dinheiro para construir presídios”.
(Darcy Ribeiro)²

RESUMO

Num país com profundas desigualdades sociais como o nosso, a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos da Constituição, exige que compreendamos a garantia de direitos para além da retórica e do apego a concepções anacrônicas e ultrapassadas.

¹ Frase atribuída a Liev Nilolayevich Tolstói, escritor notoriamente conhecido como um dos maiores de todos os tempos e principal representante do realismo russo (1828 - 1910).

² Frase atribuída a Darcy Ribeiro, escritor, antropólogo e sociólogo brasileiro notoriamente conhecido por seus estudos sobre aos indígenas e a educação no Brasil. Foi Senador da República, Ministro Chefe da Casa Civil e da Educação no Governo João Goulart e vice-governador no Estado do Rio de Janeiro (1922-1997).

Este artigo traz algumas reflexões sobre o sistema prisional brasileiro e suas crises. Caracterizado por sua notória precariedade e falta de infraestrutura, os estabelecimentos penitenciários são frequentemente superlotados e apresentam condições insalubres que prejudicam a reabilitação e dignidade dos detentos. A indiferença por parte dos governantes perpetua a situação, com escassez de investimentos adequados para reformas e programas de reinserção. Adicionalmente, a ausência de oportunidades educacionais e socioeconômicas no País contribui para a escalada da criminalidade, evidenciando a necessidade de uma abordagem mais ampla e integrada para solucionar a crise carcerária brasileira.

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário no Brasil se tornou um ponto focal no debate contemporâneo envolvendo direitos humanos, segurança pública, política criminal e a posição do Brasil no cenário internacional. Sua complexidade e os desafios que apresenta são multifacetados e exigem análise criteriosa. Historicamente, as prisões têm se configurado como espaços de contenção e retribuição, mas seu papel na contemporaneidade deveria se alinhar às demandas de uma sociedade democrática que busca, em seu cerne, justiça e reintegração.

O Ministério Público, instituição guardiã da ordem jurídica, possui um papel indispensável nesse contexto. Seu envolvimento vai além da mera fiscalização das execuções penais, estendendo-se à garantia de que o sistema prisional não se transforme em um mecanismo de perpetuação de violações de direitos humanos. Mais do que nunca, sua atuação deve ser pautada por uma visão crítica e transformadora, capaz de influenciar políticas públicas que visem à humanização das prisões.

Quando observamos a situação carcerária, fica evidente que as prisões, em muitos aspectos, falham enquanto instrumentos de combate à criminalidade. Em vez de servirem como locais de ressocialização, tornam-se frequentemente espaços de degradação, onde a reincidência criminal é mais regra do que exceção. Esta realidade, somada à desumana superlotação e às condições precárias, aponta para um sistema que opera em desacordo com seus princípios fundantes.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem sido fundamental para evidenciar a gravidade da situação. A corte, em diversas ocasiões, enfatizou a urgência de reformas estruturais que garantam direitos fundamentais aos detentos. Suas decisões refletem o anseio por um sistema que esteja em sintonia com os preceitos constitucionais e normativas internacionais.

Nesse sentido, é crucial lembrar que o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que estabelecem padrões mínimos para o tratamento de detentos. A não conformidade com tais padrões não apenas coloca em risco a dignidade dos presos, mas também a reputação do Brasil no cenário global, tornando imperativo um comprometimento real com a mudança.

A segurança pública, intrinsecamente ligada ao sistema prisional, é afetada por suas falhas. Um sistema carcerário ineficiente reverbera nas ruas, impactando diretamente a sociedade. Se não há um eficaz processo de ressocialização, os egressos do sistema retornam à criminalidade, alimentando um ciclo vicioso de violência.

A abordagem da política criminal brasileira também merece revisão. Há um desequilíbrio evidente entre as medidas repressivas e as preventivas. A tendência ao encarceramento em massa, sem o devido foco em políticas de reinserção social, resulta em prisões superlotadas e em detentos sem perspectiva de reintegração.

Além disso, é vital reconhecer que a situação carcerária varia significativamente entre as diferentes regiões do Brasil. Enquanto algumas unidades federativas apresentam avanços e iniciativas inovadoras, outras enfrentam crises agudas. Esse panorama heterogêneo torna ainda mais desafiador o desenvolvimento de políticas nacionais efetivas.

É premente uma reavaliação profunda do sistema carcerário brasileiro. É necessário transcender abordagens simplistas e trabalhar por um sistema que equilibre justiça, segurança e respeito à dignidade humana. As reformas precisam ser pautadas por um compromisso genuíno com os direitos humanos e com a construção de um país mais justo e solidário.

CONTEXTO HISTÓRICO

Ao longo da história, o ser humano sempre criou métodos de punição para manter a ordem social. Estes sistemas passaram por diversas metamorfoses até se consolidarem no modelo atual, baseado principalmente na privação de liberdade como forma de punição coercitiva e reabilitadora.

Durante a Idade Antiga, período que vai do século VIII a.C. até a queda do Império Romano do Ocidente no século V d.C., o encarceramento era praticado de maneira rudimentar. Nessa época, o ato de aprisionar tinha o intuito principal de manter o sujeito sob domínio físico, aguardando a punição que viria posteriormente. Não existia um código regulamentado de conduta social como conhecemos hoje.

Os ambientes destinados à detenção naquela época eram majoritariamente insalubres. Calabouços, ruínas e torres de castelos eram os locais escolhidos. As descrições, de acordo com Carvalho Filho (2002), nos mostram espaços sem iluminação, precários em higiene e, frequentemente, letais. Não era incomum que indivíduos morressem antes mesmo de serem julgados, vítimas das péssimas condições dos cárceres.

A Idade Média, período que se estende de 476 a 1453 foi marcada por punições severas, como amputações, degolas e queimadas em fogueiras. Tais castigos, além de causarem dor extrema, serviam como espetáculos públicos.

Outro marco deste período foi a distinção entre o cárcere do Estado e o cárcere eclesiástico. O primeiro visava a manter o indivíduo sob custódia até que fosse punido, enquanto o segundo era destinado a clérigos rebeldes que, por meio da penitência, deveriam se arrepender e buscar correção. Foi nesse contexto que surgiu o termo “penitenciária”, originário do Direito Penal Canônico.

Ao chegarmos à Idade Moderna e Contemporânea, iniciada em 1453 e demarcada pela Revolução Francesa em 1789, observamos uma grande transição nos sistemas de punição. A sociedade mudou de uma organização feudal para o estabelecimento do Estado Moderno, moldado pela lógica capitalista.

O poder estava centralizado nas mãos de monarcas absolutistas. O rei, figura central da monarquia absoluta, detinha todo o poder e impunha punições severas sem necessidade de justificativas. O conceito de prisão como pena autônoma ainda era desconhecido.

Entretanto, no século XVIII, dois eventos marcantes influenciaram profundamente o sistema penal: o surgimento do Iluminismo e as adversidades econômicas da época. A miséria e a crescente criminalidade trouxeram a necessidade de repensar o sistema punitivo. O direito divino de governar foi substituído pelo contrato burguês. Essa transformação trouxe consequências na justificativa do direito de punir em prejuízo das classes mais baixas da população.

Michel Foucault, em “Vigiar e Punir” (1998), aborda essa nova visão sobre as penas, enfatizando como a prisão começou a ser vista como um meio eficaz de controle social. O contexto econômico, marcado por uma crescente pobreza e a conseqüente criminalidade, aliado às mudanças filosóficas e culturais, foi fundamental para a reformulação das penas.

Pensadores iluministas, como Cesare Beccaria, questionaram veementemente as práticas punitivas da época. A obra “Dos Delitos e das Penas” de Beccaria (1764), por exemplo, pedia uma atenuação das penas, além de defender o princípio da reserva legal e garantias processuais ao acusado.

No período iluminista observa-se uma nova configuração nas relações entre indivíduos e o Estado, sintetizada em quatro pilares principais: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que postula uma fundamentação lógica da pena, assegurando proporcionalidade com o fato cometido - a diferenciação entre delito e pecado, conduzindo a um tratamento diferenciado dos crimes contra a religião e a moral - e, finalmente, a humanização das penas, com a preponderância da pena privativa de liberdade.

Com as influências do Iluminismo, o século XVIII experimentou um gradual abrandamento das penas. As críticas às práticas desumanas e cruéis ganharam força, e a sociedade começou a buscar formas mais justas e eficazes de punição.

Foucault destaca que, durante essa transição, a natureza da pena mudou de uma punição física e brutal para uma forma de reclusão e reforma. A ideia era isolar o indivíduo para que ele pudesse refletir sobre seus erros e buscar sua própria reabilitação.

Nesse sentido, a prisão começou a ser entendida como uma instituição capaz de reformar o infrator. A punição, então, não tinha mais como foco apenas a retribuição, mas também a possibilidade de ressocialização.

Hoje, o sistema prisional é uma combinação de várias influências históricas. Baseado na privação de liberdade, busca não apenas punir, mas também reeducar o indivíduo para que ele possa retornar à sociedade de maneira produtiva.

Contudo, é fundamental entender que as práticas punitivas sempre refletiram as necessidades e valores de sua época. A prisão, como a conhecemos hoje, é fruto de um longo processo histórico, repleto de debates e transformações, que busca equilibrar a necessidade de punir com a busca pela reabilitação do indivíduo.

Em conclusão, a evolução histórica das penas revela uma tentativa contínua da sociedade em encontrar o equilíbrio entre a proteção da coletividade e os direitos individuais. A história nos mostra que, apesar das muitas mudanças, a busca por um sistema penal justo e eficaz continua sendo um desafio.

INFLEXÃO ENTRE CÁRCERE E DIGNIDADE HUMANA

O sistema carcerário brasileiro é constituído por prisões federais e estaduais que se subdividem em unidades masculinas e femininas para cumprimento de penas de acordo com três modalidades de regime: o aberto, o semiaberto e o fechado. Esta estrutura, contudo, inicialmente concebida como solução para reabilitação social, há muito vem se deteriorando e transformando-se em um problema de dimensões inquietantes, notoriamente conhecido pela ineficiência, superlotação e violações permanentes dos direitos humanos, contribuindo para o acirramento de conflitos e tensões dentro e fora dos muros prisionais.

Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a forma dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20).

Esse conjunto de instituições faz parte de um amplo espectro de estratégias de controle social, por meio do qual a sociedade busca impor limites e sanções àqueles que, de alguma forma, desrespeitam as leis e normas estabelecidas. É uma tendência natural do ser humano tentar coibir comportamentos ilícitos que possam resultar em prejuízos, injustiças e desordem social. Neste sentido, o Direito surge como um instrumento de busca pelo equilíbrio nas relações sociais, visando corrigir e reorientar aqueles que se desviam do caminho da legalidade e do bem comum. No entanto, chegamos a um ponto crítico em que se faz necessária uma profunda reflexão e reavaliação do sistema prisional, uma vez que os métodos de exclusão social e exposição a condições degradantes têm se mostrado contraproducentes, comprometendo seriamente os processos de ressocialização e reintegração dos indivíduos à sociedade.

Fernando da Costa Tourinho Filho, renomado jurista brasileiro, expressa de forma incisiva sua visão acerca dessa temática, destacando a contradição intrínseca ao sistema prisional. Segundo ele, por mais que se tente mascarar a realidade, a pena imposta pelo sistema carcerário é, em sua essência, um castigo.

Há quem argumente que seu principal objetivo seja o de reeducar e reintegrar o condenado à sociedade. No entanto, é ilusório acreditar que o ambiente prisional desempenhe uma função educativa; ele é, na verdade, um espaço de punição. Negar essa realidade, atribuindo ao cárcere rótulos mais amenos, é um exercício de hipocrisia. Os que ali estão reclusos acabam por se tornar sombras de si mesmos, privados até mesmo da esperança (2011).

Daí a importância de princípios como o da dignidade da pessoa, que transcende fronteiras jurídicas, constituindo-se na essência da própria condição humana. Esse valor intrínseco reflete um princípio ético universal sobre o qual se erguem as estruturas de direitos e obrigações nas democracias. A dignidade humana assegura que cada pessoa mereça respeito e consideração, a despeito de suas ações ou status social, um preceito fundamental contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e intimamente ligado ao conceito de justiça e à qualidade da cidadania.

Contudo, quando as condições mínimas de existência são violadas nas prisões, não só a dignidade humana é atingida, mas também se instaura um ciclo de marginalização e desumanização que persiste mesmo após a pena ser cumprida. Superlotação, falta de higiene, nutrição deficiente e cuidados médicos precários são exemplos claros de como o essencial para a vida digna é frequentemente negligenciado, corroendo a dignidade dos presos. Isso coloca a sociedade diante de um paradoxo: um sistema que, embora busque a reabilitação, paradoxalmente, promove a desumanização daqueles a quem se propõe reeducar.

Prisões, por sua natureza, limitam severamente a liberdade individual, mas isso não deve equivaler à renúncia do respeito pela dignidade dos detentos. É essencial reconhecer que a proteção da dignidade humana e a garantia das condições básicas de vida não são simples atos de benevolência, mas sim deveres fundamentais que refletem o nível de civilidade e justiça de um país. Sem essa base, a reabilitação e a integração social dos indivíduos tornam-se metas irrealizáveis, e o sistema de justiça criminal falha em uma de suas funções mais básicas: preservar a humanidade, mesmo diante das falhas e desafios.

O tratamento humano nas prisões é um indicador da maturidade e da sensibilidade de um sistema jurídico, bem como da sociedade que ele reflete. Ao ignorar a dignidade dos presos, a sociedade não só falha com aqueles dentro das prisões, mas também com a própria justiça que procura administrar.

Infelizmente, relatórios e estudos apontam para uma realidade preocupante, na qual muitas prisões se tornam cenários de violações dos direitos humanos, com condições desumanas e degradantes que

desconsideram a importância da dignidade humana. Tais falhas sinalizam uma crise que vai além dos limites físicos das instituições penais e põem em xeque o comprometimento do Estado e da sociedade com os princípios básicos do convívio humano. Frente a esses desafios, é imperativo refletir e atuar concretamente para reformar o sistema carcerário de modo que a dignidade de cada ser humano seja verdadeiramente respeitada, a fim de que possamos construir, de fato, uma sociedade mais justa, equitativa e segura para todos.

CENÁRIO DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL E REGISTROS ESTATÍSTICOS

As prisões, em sua concepção original, surgiram como uma resposta mais compassiva às formas de punição arcaicas, que muitas vezes recorriam a castigos corporais brutais ou à pena capital. Pretendia-se que estas instituições desempenhassem uma função bifronte: não só de retribuição e proteção social, como também de reabilitação civil. Contudo, a realidade prática se impôs, desviando significativamente esses ideais, fazendo com que as prisões se convertessem em centros de marginalização e violência de difícil regeneração.

A tragédia humanitária nos presídios brasileiros tem reflexos claros na insegurança pública que se alastra pelo País. A interligação entre a deterioração do sistema prisional e o aumento da criminalidade nas ruas é evidente, revelando que a negligência com os encarcerados alimenta um ciclo vicioso de violência e marginalização. A superlotação e as precárias condições de encarceramento dão espaço para que facções criminosas tomem o controle das prisões, tornando-as verdadeiras “escolas do crime”. Indivíduos presos por delitos menores, em vez de serem reabilitados, são aliciados e muitas vezes saem das penitenciárias mais perigosos do que quando entraram.

Esse fenômeno perturbador de pessoas oscilando para dentro e fora da prisão, presas à sua condição de segunda classe, tem sido descrito por Loic Wacquant como um “circuito fechado da marginalidade perpétua”. Centenas de milhares de pessoas são libertadas da prisão todos os anos, apenas para perceberem que estão banidas da sociedade e da economia. A maioria delas retorna à prisão, às vezes pelo

resto da vida. Outros são libertados novamente, apenas para perceberem que estão na mesma situação de antes, incapazes de lidar com o estigma do rótulo de prisioneiro e com sua condição de pária. (ALEXANDER, 2017, p. 153).

Depoimentos e dados apresentados em audiências públicas reforçam a gravidade da situação. A causa, entre as mais frequentemente apontadas, é que o Estado, em muitos casos, não exerce a autoridade necessária dentro dos presídios, deixando essa responsabilidade nas mãos de organizações criminosas. Fato que pode ser corroborado por pesquisas e dados alarmantes que mostram que os detentos têm 2,5 vezes mais chances de serem assassinados do que indivíduos em liberdade. Ou seja, paradoxalmente, estar sob a custódia do Estado pode ser mais letal do que estar nas ruas.

Esse cenário de caos nas prisões alimenta e é alimentado pela visão distorcida que a sociedade tem sobre os detentos. A demonização dos que cometem crimes, aliada à invisibilidade das realidades prisionais, cria um ambiente propício para a perpetuação de abusos e violações de direitos. Quando a sociedade fecha os olhos para as condições desumanas nas prisões, ela não apenas desrespeita os princípios fundamentais do Estado de Direito, mas também permite que o problema da insegurança pública se agrave.

É fundamental reconhecer que a reabilitação e a ressocialização dos presos são objetivos centrais do sistema prisional. A manutenção de detentos em ambientes superlotados, insalubres e violentos contraria esses objetivos e, de fato, só fortalece a influência das organizações criminosas. Dessa forma, o Estado acaba por ser conivente com a formação e consolidação de uma estrutura que fomenta o crime tanto dentro quanto fora das grades.

Atualmente, segundo dados do 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública³, de 2023, o número de vagas no sistema prisional

³ Os dados correspondem ao período de janeiro a junho de 2021 e julho a dezembro de 2022 e foram baixados do sistema do site Sisdepen no dia 18/05/2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> . Acesso em 15/10/2023.

brasileiro é de 596.162, mas a população carcerária já ultrapassa o número de mais de 826.740⁴ detentos. Desse total, 621.608 já foram condenados, enquanto 210.687 estão provisoriamente presos, aguardando julgamento. Ou seja, um em cada quatro detentos ainda não foi julgado ou teve a pena definida pela justiça brasileira. Os dados apontam um crescimento de 1,4% no período de 2021/2022.

A grandeza dessa população, que aumenta dia a dia - e, ainda, ostenta a posição, nada honrosa, de terceira maior do mundo, atrás somente dos Estados Unidos e da China⁵ -, já é comparável ao número de moradores de cerca de 5.186 cidades brasileiras, de acordo com o censo de 2022, como também ao dos estados de Roraima⁶ (com 636.707 pessoas), do Amapá (com 733.759 pessoas) e do Acre (com 830.018 pessoas).

Para se ter uma ideia, o total de pessoas encarceradas, no período de 2000 até 2022, teve um aumento percentual de 372,5% e o crescimento do déficit de vagas, para o mesmo período, alcançou o patamar de 143%, mostrando que o sistema opera com quase 50% acima de sua capacidade, possuindo, na verdade, 1,4 presos por vaga disponível. As condições de superlotação e insalubridade, ao que parece, continuam prevalecendo em que pese o julgamento da ADPF 347⁷, em 2015.

⁴ O total de presos do sistema penitenciário considera a população carcerária em regime fechado, semiaberto e aberto, em medida de segurança de internação e tratamento ambulatorial. Além disso, considera aqueles segregados em celas físicas ou em prisão domiciliar (seja em monitoramento eletrônico ou não).

⁵ Estados Unidos [dados de 2020] 1.767.200 e China [dados de 2017] 1.712.000. Países que mais prendem, segundo o World Prison Brief, levantamento mundial sobre dados prisionais realizado pelo ICPR (Institute for Crime & Justice Research) e pela Birkbeck University of London. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/> Acesso em 25/10/2023.

⁶ Dados do IBGE: Disponível em <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/> e https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2021/POP2021_20230710.pdf. Acesso em 15/10/2023.

⁷ A superlotação já foi pauta de discussão do Supremo Tribunal Federal (STF) enquanto “estado de coisas inconstitucional”, julgada cautelarmente na ADPF 347, em 2015, considerando as condições de violação de direitos humanos a que os custodiados estão

Ainda de acordo com as pesquisas, o sistema prisional brasileiro espelha um racismo estrutural com 68.2% da população carcerária constituída de negros, 30,4% de brancos e 43,1% de jovens na faixa etária de 18 a 29 anos, deixando evidente que a seletividade penal tem cor. Nesse contexto, a “cultura de encarceramento” se fortalece, atrelada a uma percepção racializada de criminalidade, perpetuando estigmas e mantendo a engrenagem da desigualdade social ativa e operante. É por isso que Wacquant (2009), com apoio nas lições do professor de economia Glenn Loury⁸, considera o termo hiperencarceramento mais apropriado:

Encarceramento em massa sugere as preocupações com o confinamento de grandes áreas da cidadania (como acontece com os meios de comunicação de massa, cultura de massa, o desemprego em massa, etc.), implicando que a rede penal foi arremessada para bem longe através do espaço físico e social. Mas a expansão e intensificação das atividades da polícia, dos tribunais e das prisões ao longo do último quarto de século têm sido algo amplas e indiscriminadas. Elas têm sido finalmente direcionadas, em primeiro lugar, atendendo à classe, em segundo à denominada raça, através da disfarçada marca de etnicidade, e, em terceiro, ao espaço físico. Este acumulado de alvos levou ao hiper-encarceramento de uma categoria particular – os homens negros de classe baixa a viver em guetos em ruínas – deixando os restantes membros da sociedade – incluindo, de modo mais saliente, os negros de classe média - praticamente intocados. Além disso, essa tripla seletividade é uma propriedade constitutiva do fenômeno: se o Estado penal se desenrolasse de uma forma indiscriminada por meio de políticas, resultando na captura de um vasto número de cidadãos brancos e de classe média, o seu crescimento teria sido rapidamente interrompido por uma ação política. O encarceramento em massa é socialmente tolerável e, portanto, viável como política

submetidos. Quase uma década após essa manifestação do Judiciário, ainda há 230.578 pessoas privadas de liberdade a mais do que o sistema comporta.

⁸ Glenn Cartman Loury é um economista americano, acadêmico e autor. Professor de economia na Brown University, desde 2005. Aos trinta e três anos, tornou-se o primeiro professor americano de economia na Universidade de Havard a ganhar o cargo.

pública, apenas enquanto não atingir as massas: é uma figura de estilo, que esconde os vários filtros que funcionam para demarcar o alvo penal.

Observa-se que, em 2022, o número de mortos nas prisões atingiu o patamar de 2.453 pessoas. A maior causa está relacionada a problemas de saúde, com 1.430 óbitos; seguida por 400 mortes ainda sem causa esclarecida; 390 vítimas de crime e 175 por suicídio. Não se podendo olvidar que, em seara prisional, as linhas divisórias entre causas de morte muitas vezes se esfumaçam, refletindo a complexidade e a gravidade das condições de encarceramento.

Sobre a reincidência criminal, estudos inéditos⁹, recém efetuados pelo Departamento Penitenciário Nacional em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco em 13 estados brasileiros mostram que a média de reincidência no primeiro ano é em torno de 21%, progredindo até uma taxa de 38,9% ao final de 5 anos, evidenciando, que a falta de políticas públicas de reinserção social do apenado é causa eficiente de reingresso contínuo às prisões.

⁹ Um dos temas menos investigados no Brasil é o da reincidência. É comum ouvirmos que a taxa de reincidência no País é de, aproximadamente, 70% a 80%. Quando se procuram referências para esses números, vê-se que não existem. Ou seja, “supõe-se”, quer pela experiência direta de pessoas que trabalham na área, quer por levantamentos, na verdade muito pouco rigorosos, sobre a matéria. Contudo, o estudo em referência é inédito e foi realizado com base em dados disponibilizados pelo Depen. O relatório “**Reincidência Criminal no Brasil**” foi formulado a partir da análise de 979 mil presos no período de 2008 até 2021. A amostra valeu-se de dados de 13 estados brasileiros: Acre, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraíba, Piauí, Paraná, Rio Grande do Norte, São Paulo e Tocantins. Para o estudo, foram definidos conceitos de indivíduos reincidentes e de reincidência e foram identificadas características mais relevantes acerca dos ingressos e egressos das unidades prisionais por meio de indicadores como: características demográficas básicas como perfil de idade, sexo, raça, local de nascimento; características sociais como nível de escolaridade, perfil de ocupação e renda no mercado de trabalho e histórico de acesso a programas sociais federais; histórico de casos nas justiças comum, criminal, federal e estadual; indicadores de mortalidade; Indicadores de empreendedorismo e recebimento de benefícios sociais. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acesso em: 25/10/2023.

Assim, urge a necessidade de reformas e políticas eficazes que busquem soluções abrangentes para o sistema carcerário. Estas devem contemplar não apenas a infraestrutura física das prisões, mas também programas de reeducação, assistência psicológica e oportunidades de trabalho e estudo para os detentos. Ao investir na dignidade e na ressocialização dos encarcerados, o Brasil dará um passo essencial para reverter o ciclo de violência e insegurança que hoje o assola.

Quanto ao monitoramento eletrônico, considerado pelo CNJ uma resposta hábil aos problemas estruturais do sistema e uma boa alternativa de prisão, é de se notar que, em 2019, passou de 16.821 (2,2% do total da população prisional), para 91.362 (correspondente a 11% dos presos) em 2022.

Relativamente aos custos, de acordo com dados coletados pela Senappen (Secretaria Nacional de Políticas Penais), nos meses de janeiro e fevereiro de 2023¹⁰, o gasto mensal de um preso em 16 estados do Brasil foi em média de R\$ 1.819,00, ou seja, 37% mais elevado que o salário mínimo nacional, estipulado em R\$ 1.320,00. Já um aluno de educação básica, de acordo com a Fundeb, recebe investimento anual de cerca de R\$ 5.600,00, o que representa R\$ 470,00 por mês - quatro vezes inferior ao custo mensal de um preso.

Especificamente em São Paulo, dados do Instituto Sou da Paz indicam que: o custo mensal de um detento é 47 vezes maior do que o decorrente da aplicação de pena alternativa; o orçamento da gestão carcerária, na última década, teve um crescimento de 27,5%; e o custo com prisão provisória de jovens, em um único mês, supera o total investido pelo governo do estado no programa “Ação Jovem”, da Secretaria de Desenvolvimento Social, em um ano.

¹⁰ Reportagem do Correio do Povo: Custo Médio de cada preso no Brasil. Disponível em <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/maior-que-o-sal%C3%A1rio-m%C3%ADnimo-custo-m%C3%A9dio-de-cada-presos-no-brasil-chega-a-r-1-819-por-m%C3%AAs-1.1042046> . Acesso em 25/10/2023.

Essa discrepância de valores evidencia a complexidade e os desafios associados ao sistema prisional do País, bem como levanta questionamentos acerca da alocação de recursos e a necessidade de reformas e melhorias nas políticas públicas de encarceramento.

A falta de assistência médica nos presídios é outro problema alarmante. Muitos presos sofrem com doenças crônicas e condições de saúde precárias, mas não recebem o tratamento adequado. Esta negligência, além de ser um atentado à dignidade humana, pode acarretar a disseminação de enfermidades, afetando inclusive os agentes públicos e familiares dos presos que entram e saem dos presídios.

O grau de escolaridade da população carcerária brasileira é extremamente baixo. Enquanto a média nacional de pessoas que não concluíram o ensino fundamental é de 50%, no sistema prisional 8 em cada 10 pessoas estudaram no máximo até o ensino fundamental.

Em relação ao ensino médio, a taxa de conclusão na população brasileira é de cerca de 32%, enquanto apenas 8% da população prisional concluiu essa etapa de estudo. Entre as mulheres presas, essa proporção é um pouco maior, cerca de 14%.

Na prisão, o trabalho e a inclusão produtiva são considerados meios para “recuperação” do preso, porém, tais políticas apresentam muitas fragilidades quanto à estrutura física quando ofertado, resumindo-se ao trabalho simples, o qual apresenta um caráter mais terapêutico e de ocupação do tempo ocioso do que para a qualificação profissional. Em relação à educação, grande parte respondeu que o estudo não é atrativo, outros consideram ser um tempo para reflexão e a escola um espaço de possibilidades.

Estes dados, além de alarmantes para a sociedade, reforçam o consenso entre especialistas de diferentes áreas sobre a necessidade premente de reavaliar a política de encarceramento no Brasil. É evidente que os métodos continuamente aplicados ao longo dos anos, em sua grande maioria, não têm produzido os resultados esperados.

AÇÕES VOLTADAS À REINTEGRAÇÃO

Diante da complexidade desse panorama, é nosso dever tanto questionar criticamente as práticas vigentes quanto redirecionar nossa perspectiva em busca de alternativas que possam fomentar transformações estruturais, que transcendam a noção antiquada de castigo e revertam a lógica de violência dos presídios. Nesse sentido, são muitas as medidas facilmente implementáveis, em todo território nacional, que precisam ser estendidas e cobradas dos órgãos competentes.

Os direitos dos presos, independente da modalidade de detenção ou do regime prisional, são integrados ao título executivo penal por força de lei, como se expressamente inscritos estivessem. A execução penal é obrigada a honrar os direitos fundamentais que, sob a égide da Constituição Federal, estão garantidos ao detento. O simples ato de cumprir uma pena não priva o indivíduo da proteção contra ameaças de violência, tortura, maus-tratos e outros ilícitos, ou da exposição a perigos que comprometam sua saúde física e mental ou sua integridade pessoal.

CONCLUSÃO

Em um cenário onde a segurança pública e a integridade do sistema penal são temas de constante debate, observa-se a urgência de uma reformulação na abordagem das penas aplicadas pelo estado brasileiro. Necessita-se de uma transição para modelos de sanção mais alternativos, que ultrapassem a esfera punitiva, proporcionando, assim, uma execução penal eficaz e condizente com a legislação vigente. A adoção de medidas alternativas, sobretudo em casos de penas de curta duração, emerge como uma solução viável, possibilitando que o condenado mantenha vínculos familiares e profissionais, evitando sua exposição ao ambiente prisional e seus efeitos deletérios. Tal prática contribui não apenas para a diminuição da superlotação carcerária, mas também para a superação do paradoxo entre a busca pela segurança pública e o processo de reeducação e reinserção social do indivíduo.

Contudo, para que essa mudança seja efetiva, é fundamental que as estratégias de reinserção social sejam cuidadosamente planejadas e implementadas. A negligência dessa etapa vital no processo penal perpetua

a condição de abandono dos encarcerados, submetendo-os a condições precárias e incentivando a reincidência. Assim, faz-se necessário um olhar mais humanizado sobre o indivíduo recluso, enxergando-o não como um mero objeto de punição, mas como um sujeito de direitos, em um contexto no qual a prisão deveria servir não como castigo, mas como uma oportunidade de ressocialização e desenvolvimento pessoal.

Para consolidar essas mudanças, é crucial o envolvimento ativo da sociedade civil e das autoridades competentes. É necessário romper com as barreiras do preconceito e da indiferença, estabelecendo um compromisso coletivo na luta contra o desrespeito aos direitos humanos. Os direitos individuais, nesse contexto, transcendem sua natureza formal e se afirmam como pilares fundamentais de uma sociedade democrática, onde o respeito à dignidade humana e ao mínimo existencial se colocam como princípios norteadores de todas as ações e políticas públicas.

Após a reflexão sobre a necessidade de uma abordagem mais humanizada e eficiente no sistema penal, bem como a urgência em implementar estratégias eficazes de reinserção social, é imperativo destacar a importância do investimento em educação como ferramenta primordial na redução da criminalidade. A educação, ao proporcionar oportunidades de desenvolvimento pessoal e profissional, atua como um agente transformador, capaz de romper ciclos de violência e marginalização.

Observando experiências internacionais bem-sucedidas, percebe-se que países que priorizaram a educação como política pública central conseguiram não apenas elevar os níveis de qualidade de vida de seus cidadãos, mas também reduzir significativamente as taxas de criminalidade. Esses países entenderam que o investimento em educação gera um impacto direto na formação de indivíduos mais críticos, conscientes de seus direitos e deveres e menos propensos a se envolverem em atividades ilícitas.

Dessa forma, ao estabelecer um paralelo com outras nações, fica evidente que o Brasil deve seguir por esse caminho, ampliando o acesso à educação de qualidade e investindo na formação integral de seus cidadãos. Ao fortalecer as bases educacionais, estaremos não apenas promovendo um desenvolvimento socioeconômico mais sustentável, mas também

contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, segura e, consequentemente, menos suscetível às mazelas do crime e da violência.

Assim, ao unir esforços para reformular o sistema penal, implementar estratégias de reinserção social e investir maciçamente em educação, o Brasil pavimentará o caminho para uma realidade onde o respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa são colocados no centro das políticas públicas, promovendo uma transformação profunda e duradoura em toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, M. A nova segregação. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

BARATTA, A. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/E4zA8o>>. Acesso em: 07/10/2023.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das penas. 11ª ed. 5ª reimp. Trad. Torrieri Guimarães, São Paulo: Hemus, 1998.

BITENCOURT, C. R. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena. In: BITTAR, W. A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris e BCCRIM, 2007.

COSTA, N. M. Justiça restaurativa no Brasil. Prática Jurídica, São Paulo: Consulex, n. 127. 2013.

CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. Revista de Ciências Sociais, vol. 47, n. 2, 2004.

FABRIS, Lucas Rocha. Monitoramento eletrônico de presos. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17136>>. Acesso em: 16/10/2023.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2001.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. Espaço urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípios Políticos do Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 6ª ed., revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99, p. 266/267. São Paulo: Atlas, 1999.

PASSETI, Edson. Sociedade de controle e abolição da punição. São Paulo, Perspec., vol.13, nº. 3, São Paulo July/Sept.1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999999300008&script=sci_arttext> Acesso em: 15/10/2023.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. Aspectos importantes da obra dos Delitos e das Penas de Cesare Beccaria., Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1027>. Acesso em: 10/10/2023.

ROXIN, Claus. Problemas fundamentais do direito penal. 3ª ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998.

RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. 5ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WACQUANT, L. O estigma racial na construção do Estado punitivo americano. Open Edition Journals. 2009. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/configuracoes/88>>. Acesso em: 09/10/2023.

WACQUANT, L. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. Tradução: Sérgio Lamarão. Portal de Revistas da USP. Tempo Social, v, 26, n. 2, 2014.

CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL
EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: breve
exposição doutrinária e tratamento
jurisprudencial do tema

Paulo Sérgio Domingues
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: breve exposição doutrinária e tratamento jurisprudencial do tema

Ministro Paulo Sérgio Domingues¹

I. INTRODUÇÃO

Participar de uma obra comemorativa dos 35 anos do Superior Tribunal de Justiça – STJ constitui elevada honra e enorme satisfação para mim. Ao longo dos muitos anos de dedicação à magistratura, por gosto pessoal e também por dever de ofício, sempre acompanhei de perto os trabalhos dessa Alta Corte de Justiça, trabalhos esses que, mais recentemente, também a mim estão confiados.

É quase um truísmo afirmar que a jurisprudência do STJ constitui ferramenta elementar para o bom exercício da atividade judicante, e não há – *rectius*: não deveria haver – sentença ou acórdão que passasse ao largo da interpretação do direito infraconstitucional produzida pelo Tribunal da Cidadania. É a partir dessa jurisprudência que se edifica a solução dos casos concretos – dos milhares e milhares de casos concretos que correm pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário –, pois não há boa solução para qualquer causa que não decorra da aplicação dos

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

julgados do STJ. Aplicação, entenda-se, que se faz não só obedecendo-se às diretrizes desses julgados, em prol da segurança jurídica e de soluções isonômicas para controvérsias idênticas; mas também, e tanto quanto, na “desobediência racional” deles, por meio do que valiosos raciocínios jurídicos de demonstração da superação dos entendimentos da Corte (*overruling*) ou da distinção relevante entre os seus precedentes e o caso concreto (*distinguishing*) conduzem, ao fim e ao cabo, à evolução do estado da arte da própria jurisprudência a ser aplicada.

A interpretação da legislação infraconstitucional em toda sua amplitude impele o STJ, além do mais, a cuidar mais pormenorizadamente da vida cidadã, estabelecendo os padrões juridicamente aceitáveis de conduta individual e coletiva, de pessoas físicas e jurídicas, nos âmbitos empresarial, familiar, sucessório, contratual, ambiental, criminal, processual, administrativo, regulatório, fiscal e tributário. Neste último aspecto da vida cidadã, muitos são os julgados paradigmáticos do STJ, a partir dos quais vão sendo conferidos contornos definitivos às relações jurídicas conflituosas havidas entre o Fisco e os contribuintes. Essa atuação desassomburada do Tribunal da Cidadania faz-se mesmo em momentos os mais tempestuosos, em que as dificuldades orçamentárias, o arrocho fiscal ou as sucessivas crises econômicas muitas vezes são invocados nos processos judiciais como argumentos *ad terrorem* em prol ora dos afazeres estatais, ora da sobrevivência de setores inteiros de nossa economia.

Esse costumeiro transplante para o ambiente judiciário dos desígnios e das vicissitudes do complexo sistema tributário nacional nos impele a discorrer sobre tema dos mais candentes na atualidade, consistente no que se pode chamar de uma visão **consequencialista** da decisão judicial, particularmente da decisão que traga em si a pretensão de estabelecer cores definitivas a determinada controvérsia de natureza tributária. Até que ponto, enfim, as **consequências práticas da decisão**, erigidas como elemento integrante e indispensável do ato de decidir², condicionam ou

² “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (LINDB, art. 20, *caput*).

orientam o comportamento dos tribunais, particularmente das Cortes Nacionais (STF e STJ), idealizadas de modo a uniformizar a interpretação do Direito e a pautar as normas de conduta em matéria tributária?

Tal formulação carece, evidentemente, de uma resposta de fôlego. Não há, entretanto, pretensão alguma de se abordar à exaustão o tema, o que, por certo, seria incompatível com a abordagem cirúrgica que se impõe a um artigo. Nosso propósito, então, cinge-se a uma digressão singela sobre o tema do consequencialismo judicial, sucedida por uma descrição empírica do comportamento dos tribunais nacionais em casos tributários emblemáticos, nos quais tenha ganhado notoriedade a discussão sobre eventual “modulação de efeitos” de decisões modificadoras do *status quo* das relações tributárias.

II. CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL: BREVE EXPOSIÇÃO DOUTRINÁRIA E LEGISLATIVA

Em uma acepção telegráfica, pode-se conceituar o consequencialismo judicial como um método de elaboração da decisão judicial por meio do qual a definição jurídica de determinada controvérsia seja estabelecida primordialmente pelos resultados práticos conhecidos ou intuídos que dela – decisão – decorrerão.

Em termos doutrinários, é corrente uma visão crítica ao consequencialismo, no sentido de que esse não deve ser o elemento central a ser sopesado por ocasião da interpretação das normas jurídicas. Nesse sentido, diz-se que o órgão julgador, seja integrante do Poder Judiciário ou esteja inserido na própria Administração Pública, não faz política tributária; simplesmente aplica o direito. O consequencialismo, nessa perspectiva, não permitiria chegar ao ponto de subverter as regras.

Bem define o que viemos de dizer a crítica ao consequencialismo judicial do Professor de Harvard Laurence H. Tribe³, cofundador da *American Constitution Society*, que, embora elaborada tendo em vista a

³ TRIBE, Laurence H., *Constitutional Choices*, 1985, p. viii – tradução livre.

atuação da Suprema Corte norte-americana, mostra-se, *mutatis mutandis*, significativa a um expectador brasileiro:

A questão merece especial ênfase no momento em que a Suprema Corte, enquanto nossa principal intérprete da Constituição, cada vez mais se parece com um Escritório de Administração e Análise Orçamentária, limitando o discurso constitucional por meio de uma peneira administrativa na qual os ‘custos’ (geralmente tangíveis e visíveis) de tratar de forma séria as premissas constitucionais são supostamente ‘equilibrados’ contra os ‘benefícios’ (geralmente efêmeros e difusos) deste tratamento, e as regras constitucionais propostas são examinadas menos dentro de uma estrutura jurídica de princípios fundamentais do que dentro de uma estrutura burocrática que pergunte somente o que cada decisão possível acrescentaria, ou subtrairia, ao último passo do decisor.

Ainda sob a perspectiva do dilema do “Estado deficitário” e do custo da implementação de políticas públicas, Roderick M. Hills⁴ aponta que ao respeitar os limites das decisões judiciais que não adentram questões políticas, é possível honrar os valores constitucionais que incluem os meios, não só os fins.

Essa questão é relevante também do ponto de vista dos julgamentos envolvendo direito tributário e políticas fiscais em um estado deficitário, já que muitas questões que deveriam ser resolvidas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo acabam por resultar em ações de elevado valor no Poder Judiciário. Dessa forma, já que cabe aos outros poderes proceder ao cumprimento não só da legislação, como também das decisões judiciais, a eles se impõem iniciativas adequadas em sua área de atuação.

Importante o ponto de vista de Luis Fernando Schuarz⁵ sobre o assunto:

⁴ HILLS, Roderick M., *The Pragmatists’s View of Constitutional Implementation and Constitutional meaning*, Harvard Law Review Forum, Vol 119:173 p. 182.

⁵ SCHUARZ, Luis Fernando, *Consequencialismo Jurídico, Racionalismo Decisório e Malandragem*. Revista de Direito Administrativo 248/2008, p. 158.

É certo que as normas que os juízes são chamados a aplicar, em especial as constitucionais, contêm determinações cujo cumprimento somente será factível mediante os esforços coordenados dos três poderes, e que há situações nas quais a impaciência com a aparente falta de iniciativa atinge níveis insuportáveis. Mas, diante delas, existem os canais institucionais adequados, notadamente o voto, os compromissos políticos e as mobilizações populares. Úteis enquanto armas na luta por liberdades individuais nos regimes autoritários, militância e malandragem têm pouco espaço nos estados democráticos de direito. Nestes, alérgicos como são a quem se opõe à legalidade, deve-se resistir à sua utilização inclusive e justamente ali onde ela é mais tentadora: nos nichos em que normas de papel coabitem com a oficialização e a rotinização de desvios e abusos de poder. Quanto ao malandro pra valer, ele de tudo isso sempre soube.

Outro cuidado que a doutrina demanda seja observado, principalmente no âmbito tributário, é acerca do uso indiscriminado e sem controle algum de argumentos consequentialistas. Isso porque, na lição de Roberto Codorniz⁶:

o uso indiscriminado e sem controle algum de argumentos consequentialistas pode excepcionar regras em situações que a sua generalidade deve ser mantida (tal como ocorre em relação às regras que definem práticas, como exposto por Rawls). Daí ser tão importante desenvolvermos uma teoria da argumentação voltada à justificação de decisões que se dedique, dentre inúmeras outras finalidades, a aferir a função desempenhada pelo consequentialismo.

Nessa ordem de ideias, as críticas doutrinárias apresentadas a decisões judiciais realizadas com base no consequentialismo centram-se na falta de estudo e evidência para amparar as conclusões, tal como exposto

⁶ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite, *O Consequencialismo Decisório e a sua Relevância para o Direito Tributário*. *Revista Direito Tributário Atual*, 38, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, p. 182.

por Daniela Gueiros Dias e Fernando Leal⁷ quando em jogo a atuação do STF:

A argumentação consequencialista realizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em julgamentos de direito tributário pode ser considerada problemática por duas razões distintas. A primeira delas é relativa a uma limitação necessária da argumentação preocupada com os efeitos práticos da decisão. Ela diz respeito à incerteza inerente à atribuição de consequências para cada alternativa decisória e à limitação racional dos ministros para trabalharem com diversas variáveis bem como analisarem provas complexas. A segunda limitação é contingente e é evidenciada pelos dados empíricos coletados. Trata-se do fato de que os juízos de prognose realizados pelos ministros não são acompanhados de estudos que demonstrem a sua ocorrência. Essas duas limitações, talvez, indiquem que a melhor postura a ser adotada pelos ministros é, em relação às provas e estudos apresentados pela parte, uma de deferência, enquanto, em relação à sua própria argumentação, uma que procure evitar o uso de consequências não demonstradas ao longo do processo.

Acerca dos argumentos que chegam aos Tribunais, José Maria Arruda de Andrade resume bem o componente de “terrorismo fiscal” inserto em alguns argumentos oriundos da Fazenda Pública. Ao longo de sua crítica⁸, o autor explora alguns argumentos que ele chama de

⁷ LEAL, Fernando e DIAS, Daniela Gueiros. *Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, Vol. 7. N 3, 2017, p. 839/840.

⁸ “Uma das possíveis e questionáveis formas de se utilizar do consequencialismo em matéria tributária é a sua defesa toda vez que o Supremo Tribunal Federal fixa uma tese (construção de norma) em sentido contrário aos interesses da Fazenda. De forma recorrente, a Procuradoria, em seu papel normal de advocacia de interesses (Ministério da Fazenda ou Secretarias de Fazenda) e não de justiça imparcial, recorre a argumentos de risco fiscal, apresentando uma conta do impacto no orçamento da decisão recém-formada pelo Poder Judiciário. A situação fica ainda mais perigosa quando alguns dos ministros ressoam tal

“terrorismo fiscal”, a partir de diferentes perspectivas como a noção de positivismo jurídico não inclusivo, tópico no qual o autor defende que decisões administrativas ou judiciais que busquem fundamento em considerações morais ou juízos consequencialistas, estranhos ao ordenamento posto, devem ser refutadas com base nas regras típicas do Estado de Direito.

Ainda sobre esse assunto, entende o autor que os parâmetros para a modulação de efeitos foram estabelecidos pelo próprio legislador, ao realçar o caráter excepcional da modulação, de modo que, sob o ponto de vista estritamente jurídico, ou bem a aplicação da modulação se dá por questão de reviravolta no entendimento jurisprudencial anterior (daí o uso da expressão “segurança jurídica”) ou por “excepcional interesse social”.

Nada mais correto, assim, que se reconheça que os tribunais podem rever seus entendimentos anteriores, seja porque toda aplicação de norma jurídica comporta uma decisão, seja porque a evolução da discussão pode reforçar um novo entendimento.

A modulação de efeitos do novo entendimento pode ser utilizada justamente para se preservar as expectativas legítimas daqueles que seguiam o entendimento outrora existente. A adoção excepcional da modulação, porém, tão somente porque uma das partes resolveu “apostar” em um entendimento por décadas, premiando a atuação daquele que age como um apostar compulsivo em resultados improváveis de contencioso tributário, desafia a interpretação de que a segurança jurídica possa ser preservada.

A LINDB foi atualizada em 2018, por meio da Lei n. 13.655, para incluir “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Os artigos acrescentados visam principalmente à segurança jurídica e, como exposto no art. 20 dessa lei

*argumentação e buscam, eles mesmos, mudar a orientação da maioria da corte ou partem para uma estratégia de salvação das contas por meio da proposta de modulação dos efeitos da decisão”. (ANDRADE, José Maria Arruda, Consequencialismo e Argumento de Risco Fiscal na Modulação de Efeitos em Matéria Tributária, **Revista Direito Tributário Atual**, 40, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, p. 512).*

de sobre Direito, as consequências práticas das decisões administrativas e judiciais devem ser consideradas.

A norma é digna de elogio, pois é essencial, do ponto de vista judicial, que o juiz “olhe para fora” do processo e entenda que suas decisões têm consequências reais que impactam a sociedade.

No âmbito tributário é relevante lembrar a importância da aplicação do consequencialismo em virtude do impacto concorrencial da decisão judicial, pois empresas (principalmente em setores altamente regulados), que tenham benefícios obtidos judicialmente podem levar à falência seus concorrentes, tendo em vista que a tributação impacta diretamente os preços praticados e, portanto, as posições de mercado. O Ministro Luiz Fux expôs, no RE n. 1.083.955-AgR/DF⁹ que:

os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, ‘as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos.’ (SUSTEIN, Cass R., ‘Law and Administration after Chevron’. Columbia Law Review, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).

O argumento é importante, ainda que não se tenha espaço aqui para a necessária reflexão acerca da sempre comentada captura das agências reguladoras pelo mercado regulado.

Antes de adentrar às questões tributárias, insta destacar que o Supremo Tribunal Federal, tendo como um dos fundamentos o consequencialismo, proferiu diversas decisões com importantes impactos para a sociedade, dentre as quais vale lembrar a inconstitucionalidade da restrição de doação de sangue por orientação sexual, sendo exposto, na ementa, que:

⁹ STF, Primeira Turma, RE 1.083.955/DF-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2019, DJe 07.06.2019.

o estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequentialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim.¹⁰

III. CONSEQUENCIALISMO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Aplicação notória do consequentialismo em matéria tributária ocorrera no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da denominada “tese do século”, *i.e.*, do RE n. 574.706/PR¹¹, submetido ao regime da repercussão geral da matéria (Tema n. 69/STF).

No julgamento em questão, prevaleceu a orientação de que o “ICMS” não comporia a base de cálculo para a incidência do “PIS” e da “Cofins”, o que, por evidente, teria por consequência prática a restituição aos contribuintes de todos os valores indevidamente recolhidos aos cofres da União àquele título. A Fazenda Nacional, em embargos de declaração, buscou atenuar os efeitos concretos da derrota, o que fez por meio de requerimento de modulação dos efeitos da decisão produzida pelo STF, atribuindo-se a ela eficácia meramente prospectiva.

O pano de fundo sobre o qual assentado pelo STF o precedente vinculante sensibilizou a maioria dos Ministros, sendo acolhido o pleito de modulação dos efeitos, a serem produzidos somente a partir de 15.03.2017, data em que julgado o mérito do RE n. 574.706/PR.

Considerou-se, para tanto, que a solução encontrada pelo STF correspondia, de certo modo, a uma “virada jurisprudencial”, já que o Superior Tribunal de Justiça houvera estabelecido, em julgamento de repetitivo igualmente dotado de eficácia transcendente, solução

¹⁰ STF, Tribunal Pleno, ADI 5.443/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 11.05.2020, DJe 26.08.2020.

¹¹ STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15.03.2017, DJe 02.10.2017.

diametralmente oposta àquela alcançada pelo STF. Além disso, o próprio STF, em diversas ocasiões em que provocado a se manifestar sobre a controvérsia, teria atribuído a ela caráter infraconstitucional e de ofensa meramente reflexa à Constituição Federal, reforçando, assim, a percepção geral de que a “norma de conduta” a ser observada era aquela oriunda do STJ.

Nesse contexto, a segurança jurídica foi invocada como causa determinante para a modulação dos efeitos da decisão do STF, embora a crise fiscal da União tenha sido mencionada como argumento adicional de convencimento quanto à conveniência da modulação, registrando-se o pesadíssimo impacto orçamentário que a devolução irrestrita do *quantum* indevidamente recolhido imporia à União.

De um modo geral, porém, manifestou-se o Tribunal, de maneira consensual, no sentido de que a preservação da segurança jurídica não se confunde com blindagem orçamentária, de modo que perdas arrecadatórias não constituiriam, em si, argumento válido ou suficiente para se conferir efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade de normas tributárias¹².

Abordagem semelhante foi adotada pelo STF nas sessões de julgamento de 11 e 12 de junho de 2008, quando do julgamento do RE n. 556.664/RS¹³, no qual assentada a inconstitucionalidade formal dos

¹² A visão do tribunal no julgamento em tela, no sentido de que a proteção à segurança jurídica não é balizada pelo interesse fiscal em resguardar o seu orçamento, foi bem sintetizada por Humberto Ávila: “(...) a perda de arrecadação com a declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições não é fundamento para a manutenção dos efeitos pretéritos de lei inconstitucional. O fundamento é a segurança jurídica, não a segurança orçamentária. Fosse a perda da arrecadação fundamento para manter efeitos de leis inconstitucionais, quanto mais gravosa fosse a lei, e maior fosse a arrecadação dela resultante, maior seria a chance de ela ser mantida. Quanto mais inconstitucional ela fosse mais chance teria de ser declarada... constitucional! Seria a institucionalização do princípio do quanto pior, melhor”. (ÁVILA, Humberto. A Inconstitucionalidade da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS/COFINS. Contribuições e Imposto sobre a Renda: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2015, págs. 27-28).

¹³ STF, Tribunal Pleno, RE 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJe 14.11.2008.

artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, que estabeleciam regras de prescrição e decadência específicas para as contribuições para a Seguridade Social. Na oportunidade, embora não se deparasse o Tribunal com uma hipótese clara de “guinada jurisprudencial”, conferiu-se eficácia prospectiva à decisão, afastando-se a possibilidade de repetição tributária em favor dos contribuintes, ressalvando-se apenas as ações judiciais propostas antes da conclusão daquele julgamento.

Tem sido recorrente, por outro lado, uma abordagem consequentialista do STF no tratamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de benefícios fiscais instituídos pelos Estados. Não raro, o Tribunal tem reconhecido a inconstitucionalidade desses benefícios, notadamente quando sua instituição decorre de ato unilateral do Estado-membro – leia-se: à míngua de convênio interestadual –, mas reconhece que, a despeito de ser sabida a posição do STF sobre o tema, sobreleva o grande impacto financeiro da alteração forçada do arcabouço tributário estadual, ainda mais quando as leis estaduais inconstitucionais tenham sido aplicadas por muitos anos (*v.g.* ADI n. 6.222/CE-ED¹⁴; ADI n.5.467/MA¹⁵; ADI n. 3.984/SC¹⁶ e ADI n. 4.481/PR¹⁷).

Os exemplos citados permitem identificar certo padrão decisório a cargo do Supremo Tribunal Federal, prestigiando a ideia de modulação de efeitos sempre que – mas não apenas quando – o resultado do julgamento implique uma mudança contundente na jurisprudência até então prevalente. Merece destaque, nesse particular aspecto, a posição pessoal do Ministro Barroso, manifestada às claras no RE n. 593.849/

¹⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI 6.222/CE-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31.08.2020, DJe 22.09.2020.

¹⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 5.467/MA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30.08.2019, DJe 16.09.2019.

¹⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.984/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30.08.2019, DJe 23.09.2019.

¹⁷ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.481/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11.03.2015, DJe 19.05.2015.

MG¹⁸, para quem, em matéria tributária, a mudança da jurisprudência do STF equivale à criação de direito novo, e, por tal razão, deve sempre operar efeitos prospectivos ou “ex nunc”.

IV. CONSEQUENCIALISMO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a modulação de efeitos de seus julgados tributários, como expressão maior de um certo consequentialismo decisório, não tem sido notada em proporções semelhantes às identificadas nas causas resolvidas pelo STF.

A um expectador mais desatento, seria possível creditar essa escassez de pronunciamentos tributários “consequencialistas” do STJ a um eventual desinteresse ou despreço do Tribunal pelo instituto da modulação dos efeitos de seus próprios julgados.

Essa hipótese, contudo, é refutada sem maiores dificuldades, haja vista a identificação de inúmeros pronunciamentos do STJ nos quais, em matérias diversas, a atribuição de efeitos prospectivos ao julgado se faz sem rodeios, invocando-se, para tanto, a autorização contida no art. 927, § 3º, do CPC. Ilustra essa afirmação, por todas, a decisão que, reconhecendo o rol do art. 1.015 do CPC como de “taxatividade mitigada”, estabeleceu o cabimento do agravo de instrumento sempre que verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento de questão processual no recurso de apelação, tese essa à qual atribuiu o STJ, sem resistências manifestadas, eficácia prospectiva para ser aplicada somente às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão de fixação da tese¹⁹.

Melhor explica o fenômeno em comentário, a nosso sentir, o fato de que a prodigalidade de regras tributárias assentadas na Constituição Federal impõe que muitas das controvérsias mais candentes dessa matéria sejam resolvidas pelas instâncias ordinárias do sistema de Justiça sob uma

¹⁸ STF, Tribunal Pleno, RE 593.846/MG, Rel. Min. Edson Fachin, j. 19.10.2016, DJe 05.04.2017.

¹⁹ STJ, Corte Especial, RESP 1.704.520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.12.2018, DJe 19.12.2018.

perspectiva eminentemente constitucional, de interpretação direta de comandos constitucionais, com o que se reduz o espectro de atuação do STJ, desde sempre limitado à interpretação do direito infraconstitucional.

Afora isso, não se pode esquecer que a maior parte das normas tributárias a disciplinar o “varejo” do sistema tributário nacional está formalmente contida em leis ou atos normativos federais e estaduais, submetendo-se, assim, ao controle concentrado de constitucionalidade exercido, com exclusividade, pelo Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102, I). O exercício desse poder, por si, atrai para o STF um protagonismo inexcedível em termos de validação, invalidação e ressignificação de regras tributárias, do que decorre, sempre que alteradas as regras do tabuleiro tributário pelo próprio STF, a difícil arte de validação, invalidação ou ressignificação de condutas pretéritas dos contribuintes e do Fisco.

Um terceiro elemento que se soma aos anteriores na tentativa de explicar a quase inexistência de precedentes tributários relevantes do STJ sobre os quais tenha havido uma abordagem consequencialista é a constatação de que essa Corte Superior tem sido extremamente parcimoniosa na superação de seus próprios precedentes, em especial os vinculantes (recursos repetitivos) e os produzidos por colegiados qualificados (Corte Especial e Primeira Seção, especializada está última em Direito Público e, por decorrência, em Direito Tributário).

Vale dizer: a estabilidade da jurisprudência tributária do STJ, estabelecida como dever no art. 926, “caput”, do CPC e indispensável para a segurança jurídica, traz consigo o subproduto da eliminação do *leitmotif* para uma abordagem consequencialista nos julgados tributários da Corte: a guinada jurisprudencial.

V. A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Neste breve ensaio, buscamos render justas homenagens ao Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, em seus primeiros 35 anos de existência. No cumprimento do mister, tecemos considerações acerca do consequencialismo judicial em matéria tributária, o que se fez por

meio de uma descrição panorâmica do tratamento doutrinário conferido à matéria, e bem assim por meio da exposição, ainda que sumária, do estado atual desse tema no âmbito dos Tribunais Superiores. Muito há para evoluir, e, para essa evolução, outros tantos anos de trabalho diuturno serão dedicados pelo STJ, por meio de seus Ministros e servidores, sempre com vistas ao bem comum, à segurança jurídica, e ao atingimento dos demais objetivos essenciais de nossa sociedade.

INSTITUTOS CORRELATOS AO JUIZ DAS
GARANTIAS: comparando o ordenamento
jurídico em Portugal

Teodoro Silva Santos
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**INSTITUTOS CORRELATOS AO JUIZ DAS GARANTIAS:
comparando o ordenamento jurídico em Portugal**

***RELATED INSTITUTES TO THE GUARANTEE JUDGE:
comparing the legal system in Portugal***

Ministro Teodoro Silva Santos

Sumário: 1 Introdução. 2 Institutos correlatos ao do juiz das garantias em Portugal. 3 O juiz das liberdades e a imparcialidade em Portugal. 4 Conclusão. Referências.

Summary: *1 Introduction. 2 Institutes related to the judge of guarantees in Portugal. 3 The judge of liberties and impartiality in Portugal. 4 Conclusion. References.*

RESUMO

Este artigo explora o recente instituto do Juiz das Garantias no Brasil, considerando seu contexto normativo e comparando-o com institutos correlatos no sistema português. A análise é baseada na premissa do sistema acusatório e busca compreender como o Juiz das Garantias pode fortalecer a proteção dos direitos fundamentais dos investigados. Comparativamente, o sistema português apresenta um Juiz de Instrução que supervisiona a investigação, toma decisões jurisdicionais e age como um garantidor dos direitos dos investigados. A estrutura acusatória e a separação de funções

entre juízes de instrução e julgamento no sistema português contribuem para a imparcialidade do juiz e a objetividade do processo. O artigo também discute a constitucionalização do sistema processual penal português, que explicita o princípio acusatório em sua Constituição. A comparação entre os sistemas jurídicos revela que o modelo português pode servir como referência para a implementação do Juiz das Garantias no Brasil, destacando a importância de se garantir a imparcialidade do juiz.

Palavras-chave: Juiz das Garantias; sistema acusatório; garantias fundamentais; imparcialidade; ordenamento jurídico brasileiro; ordenamento jurídico português.

ABSTRACT

This article explores the recent institution of the Judge of Guarantees in Brazil, considering its normative context and comparing it with related institutes in the Portuguese system. The analysis is based on the premise of the accusatorial system and seeks to understand how the Judge of Guarantees can strengthen the protection of the fundamental rights of the accused. In comparison, the Portuguese system features an Examining Magistrate who oversees the investigation, makes jurisdictional decisions, and acts as a protector of the rights of the accused. The accusatorial structure and the separation of functions between examining and trial judges in the Portuguese system contribute to the judge impartiality and objectivity of the process. The article also discusses the constitutionalization of the Portuguese criminal procedural system, which explicitly enshrines the accusatorial principle in its Constitution. The comparison between the legal systems reveals that the Portuguese model can serve as a reference for the implementation of the Judge of Guarantees in Brazil, highlighting the importance of ensuring the impartiality of the judge.

Keywords: Judge of Guarantees; accusatorial system; fundamental guarantees; impartiality; Brazilian legal system; Portuguese legal system.

1 INTRODUÇÃO

O recente instituto do Juiz das Garantias foi originalmente apresentado no Projeto Preliminar de Reforma do Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 2009). Na fundamentação, o grupo de juristas

encarregado da formulação do documento começou a descrição do Juiz das Garantias demonstrando a necessidade de consolidação de um modelo processual regido pelo princípio acusatório.

Os juristas ressaltam que a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, 1941), naquele momento, antes das atualizações modernas, não estava alinhada com os ditames de um modelo processual acusatório, diferentemente do que é sugerido pelo sistema de direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, [2023]).

Além disso, na proposta de reforma, além do elemento inovador, o grupo de juristas também fez questão de registrar expressamente a escolha do sistema acusatório. Isso resulta do esforço para explicitar a escolha do modelo direcionador do processo penal brasileiro por meio da legislação infraconstitucional, dado que a Constituição da República (BRASIL, [2023]) não o fez, deixando essa responsabilidade para os intérpretes da lei.

A recente promulgação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), com o objetivo de aprimorar o direito penal e o direito processual penal, trouxe à legislação vigente a questão da escolha do sistema acusatório e da figura do Juiz das Garantias, introduzindo o instituto de forma antecipada, já que o Projeto Preliminar de Reforma do Código de Processo Penal (BRASIL, 2009) ainda está em tramitação nas Casas Legislativas.

A nova lei (BRASIL, 2019) adicionou os artigos 3º-A a 3º-F ao Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, 1941), estipulando que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, além de proibir a substituição da atividade probatória, que é característica do órgão acusatório pelo juiz, e sua iniciativa na fase de investigação.

No que tange ao papel do Juiz das Garantias, ficou determinado que é responsável pela supervisão da legalidade na investigação e pela proteção dos direitos fundamentais do investigado. Suas atribuições estão especificadas nos itens do artigo 3º-B, englobando todos os crimes, com exceção dos de menor potencial ofensivo. Sua atuação se encerra ao receber a denúncia ou queixa.

Além disso, a nova legislação delimitou a divisão das funções entre o Juiz das Garantias e o chamado juiz da instrução e julgamento. Este último, diante da denúncia ou queixa, tomará as decisões pendentes e futuras durante o processo. É relevante salientar que as decisões tomadas pelo Juiz das Garantias, inclusive as referentes às medidas cautelares em andamento, não obrigam o juiz da instrução e julgamento, o que reflete a intenção do legislador de manter a atuação independente e imparcial dos juízes.

Dessa forma, será analisado o juiz das garantias em Portugal, buscando entender como esse instituto pode servir de referência para a implementação da figura no ordenamento jurídico brasileiro, destacando aspectos comuns e diferenciando as características que se afastam do sistema processual brasileiro.

Em seguida, como fonte de inspiração para o legislador brasileiro ao escolher uma estrutura de processo penal acusatório e estabelecer uma série de restrições ao juiz que atua na fase de investigação criminal, menciona-se a legislação portuguesa e a criação de um juiz de investigação criminal ou juiz de liberdades como a figura processual que protege os direitos fundamentais dos investigados.

Por fim, discute-se, no cenário jurídico brasileiro atual, a declaração de constitucionalidade do “Juiz das Garantias” pelo Supremo Tribunal Federal. Sugere-se, entretanto, que, uma vez declarada essa constitucionalidade, a modulação para estabelecer critérios de aplicação, sobretudo nas comarcas onde há apenas um juiz disponível, não foi procedida de forma satisfatória.

2 INSTITUTOS CORRELATOS AO DO JUIZ DAS GARANTIAS EM PORTUGAL

O ordenamento jurídico português exprime em sua estrutura processual penal instituto correlato ao do Juiz das Garantias da legislação brasileira. Assim, importa examinar tal instituto com o objetivo de correlacioná-lo à figura brasileira e ampliar a compreensão sobre a sua atuação.

Nessa perspectiva, passa-se ao estudo do Código português. Conquanto o Código de Processo Penal de Portugal (PORTUGAL, 1987)

porte as nomenclaturas “juiz de instrução” e “juiz de julgamento”, o que remete às figuras encontradas em ordenamentos de Estados que mantêm um sistema processual dividido em fases – uma das quais baseada em princípios inquisitivos, como a França –, a realidade portuguesa diverge da experienciada por aqueles.

O artigo 17 do Código de Processo Penal português explicita a competência do juiz de instrução, a quem cabe proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até o momento em que o processo seja remetido para julgamento, passando, ato contínuo, a ser tratado pelo juiz de julgamento (PORTUGAL, 1987).

Inferre-se do exposto que, no processo penal português, isola-se o contato dos juízes responsáveis pelos “momentos” processuais, o que implica que a sua participação se limita àquela fase. No caso de Portugal, fica evidente a estrutura acusatória com a integração do princípio de investigação, por haver clara delimitação de funções entre o Ministério Público, o Juiz de Instrução e o Juiz de Julgamento, propiciando melhoria para o arguido, que terá conhecimento sobre os seus direitos e deveres processuais (MOTA, 2002).

Importa mencionar inclusive que, diferentemente do Brasil, Portugal traz expressa menção à adoção do princípio acusatório em sua Constituição (PORTUGAL, 2005)¹, ao prever as garantias do processo criminal. O fato de expressar explicitamente que o processo criminal português tem estrutura acusatória na Constituição do país define o formato que deve ser adotado na elaboração das normas infraconstitucionais.

Em Portugal, a primeira fase investigativa é desenvolvida pela polícia judiciária, com a participação do Ministério Público, este último competente para requerer a diligência nomeada **inquérito**. Essa fase pré-processual é similar à que ocorre no Brasil: o inquérito também tem natureza

¹ CP/2005: “Artigo 32.º Garantias de processo criminal [...] 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.” (PORTUGAL, 2005).

de procedimento administrativo, visando à colheita de informações que irão subsidiar a atuação do Ministério Público como titular da ação penal.

Em análise ao procedimento criminal português, constata-se que não há magistrado na fase das investigações, medida que tem como propósito o isentar de qualquer contaminação que poderia advir, caso participasse ativamente dessa fase ou tivesse contato com a busca das informações e provas próprias do inquérito policial. Todos esses manejos são utilizados para preservar, ao máximo, a imparcialidade do juiz (NOVAES, 2015).

Como fora explanado, apesar da existência do “juiz de instrução” português, sua atuação consiste em sopesar os argumentos da acusação e da defesa na instrução criminal em juízo, guiada por princípios próprios de um sistema acusatório, momento em que irá decidir se irá aceitar a acusação, transformando o inquérito em ação, ou se decidirá pelo arquivamento (NOVAES, 2015).

Nesse entendimento, no procedimento criminal português, não há um instituto correlato ao Juiz das Garantias brasileiro propriamente dito; contudo, ao que parece, Portugal transformou paulatinamente o seu ordenamento jurídico para viabilizar um processo criminal conduzido pelo rito de um sistema acusatório. Essas transformações promoveram melhorias na ordem criminal portuguesa, que passou a funcionar em um formato bem mais avançado do que o adotado por outros Estados europeus, em termos de defesa dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (SILVA, 1999).

Devido à especialização das funções, separando as competências da acusação, da defesa e do julgamento e bem delimitando as fases procedimentais, com ênfase no princípio acusatório, o processo penal português mostra-se vanguardista ao ser comparado aos sistemas vigentes em outros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, por adotar, nas normas e na prática, o sistema acusatório, que suprime a herança dos princípios do sistema inquisitivo amplamente difundidos outrora e ainda utilizados por Estados do continente europeu e da América Latina.

3 O JUIZ DAS LIBERDADES E A IMPARCIALIDADE EM PORTUGAL

Como fonte de inspiração para o legislador brasileiro na adoção de uma estrutura processual penal de matriz acusatória, com uma série de impedimentos ao juiz que atua na fase da investigação criminal, deve-se mencionar o ordenamento jurídico português e a instituição de um juiz de investigação criminal ou juiz de liberdades como sujeito processual que tutela direitos fundamentais dos investigados.

Averiguar o conteúdo das normas jurídicas portuguesas e as suas fundamentações teóricas a partir da constitucionalização do processo penal português pode se caracterizar como excelente ponto de partida para comparar os institutos do Juiz das Garantias ainda pendente de efetivação no Brasil, e do Juiz de Instrução Criminal (ou Juiz de Liberdades) já em pleno funcionamento em Portugal há algumas décadas.

3.1 A Constitucionalização do Direito Processual Penal Português

Conforme já destacado, a Constituição da República de Portugal (PORTUGAL, 2005) prevê explicitamente em seu artigo 32.º n.º 5 que o processo penal terá estrutura acusatória, além de consagrar no artigo 222.º n.º 5 que os juízes do Tribunal Constitucional gozam da garantia da imparcialidade. Noutro ponto, prevê em seu artigo 266.º n.º 2 que os órgãos e agentes administrativos devem exercer suas funções com respeito ao princípio da imparcialidade.

Essas previsões irradiam o ordenamento jurídico lusitano, em especial a sua codificação processual penal, conforme se depreende da leitura do teor do artigo 40.º² (ao prever uma série de impedimentos

² CPP/87: “Artigo 40.º Impedimento por participação em processo 1 - Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver: a) Aplicado medida de coação prevista nos artigos 200.º a 202.º; b) Presidido a debate instrutório; c) Participado em julgamento anterior; d) Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior. e) Recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a

de atuação de juiz que tenha proferido decisões anteriores no caso e ao concentrar como funções de um julgador atos que tangenciem direitos fundamentais dos investigados) desse diploma (PORTUGAL, 1987).

No artigo 268.^{o3} do Código de Processo Penal português (PORTUGAL, 1987) é possível identificar uma série de atos previstos como de competência de uma autoridade judiciária no âmbito do inquérito, bem como no artigo 269.^{o4} há inúmeros atos que podem ser ordenados e autorizados pelo juiz de instrução.

forma sumaríssima por discordar da sanção proposta. 2 - Nenhum juiz pode intervir em instrução relativa a processo em que tiver participado nos termos previstos nas alíneas a) ou e) do número anterior. 3 - Nenhum juiz pode intervir em processo que tenha tido origem em certidão por si mandada extrair noutra processo pelos crimes previstos nos artigos 359.^o ou 360.^o do Código Penal.” (PORTUGAL, 1987).

³ CPP/87: “Artigo 268.^o Actos a praticar pelo juiz de instrução

1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução: a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; b) Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 196.^o, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do n.^o 5 do artigo 177.^o, do n.^o 1 do artigo 180.^o e do artigo 181.^o; d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do n.^o 3 do artigo 179.^o; e) Declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, com expressa menção das disposições legais aplicadas, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.^o, 280.^o e 282.^o; f) Praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução. 2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente. 3 - O requerimento, quando proveniente do Ministério Público ou de autoridade de polícia criminal, não está sujeito a quaisquer formalidades. 4 - Nos casos referidos nos números anteriores, o juiz decide, no prazo máximo de vinte e quatro horas, com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível.” (PORTUGAL, 1987).

⁴ CPP/87: “Artigo 269.^o Actos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução

1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar: a) A efetivação de perícias, nos termos do n.^o 3 do artigo 154.^o; b) A efetivação de exames, nos termos do n.^o 2 do artigo 172.^o; c) Buscas domiciliárias,

Observa-se, portanto, a manutenção pelo CPP de 1987 (PORTUGAL, 1987) da total jurisdicionalização da fase de investigação, sendo autorizada a intervenção do juiz de instrução nas medidas de investigação que tangenciem direitos, liberdades e garantias. O objetivo, segundo Fernandes (2001), seria o de evitar crítica que reste fundamentada em transformar o trabalho do juiz em um trabalho de polícia, subvertendo o papel do magistrado, que é decidir.

Mata-Mouros (2011) aduz que as limitações às ingerências promovidas pelo Estado em relação aos direitos e garantias dos indivíduos amiúde são vistas como meras autocontenções do poder persecutório, ignorando a conquista promovida pelo enquadramento dos direitos fundamentais enquanto projeções dos direitos humanos.

Tanto no *common law* quanto no *civil law* há a característica de separar as funções de quem decide sobre direitos fundamentais e quem investiga (MATA-MOUROS, 2011). Portanto, há de se destacar que essa característica do sistema acusatório já está permeando países das mais variadas tradições jurídicas, ainda que se tenha ressaltado a existência de doutrina brasileira que reafirma como ponto fulcral do referido sistema a atribuição da gestão da prova ao julgador.

Antunes (2016) descreve o que denomina de princípio da acusação, segundo o qual deve ocorrer uma distinção entre as entidades que acusam e a que julga, dada a estrutura acusatória adotada pelo processo penal português a partir da opção prevista na CRP. Essa separação seria uma das garantias de objetividade e imparcialidade do ato decisório.

Além dessa, esse princípio acarreta outra consequência, a de que o juiz que atua na fase de instrução é outro em relação ao que realiza o julgamento. Há hipótese de impedimento prevista no artigo 40.º, alínea “b”, do CPP português nesse sentido (ANTUNES, 2016).

nos termos e com os limites do artigo 177.º; d) Apreensões de correspondência, nos termos do n.º 1 do artigo 179.º; e) Intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º; f) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução. 2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2, 3 e 4 do artigo anterior.” (PORTUGAL, 1987).

Acerca dos impedimentos relacionados no artigo 40.º, ao comentar o teor do Código de Processo Penal, Albuquerque (2009) afirma que na versão inicial da codificação não estava previsto o impedimento do juiz que teria determinado a prisão preventiva do investigado. Isso não correspondia ao proferido em jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, especialmente no entendimento firmado no caso *De Cubber v. Bélgica*, de 26 de outubro de 1984, apesar de a referida Corte Internacional já ter admitido a mesma possibilidade no caso *Nortier v. Países Baixos*, de 28 de março de 1993.

A lacuna teria sido declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (TC) no Acórdão n. 935/96 (PORTUGAL, 1996), dada a violação da estrutura acusatória do processo penal português. O legislador adotou o posicionamento da Corte na Lei n. 59, de 25 de agosto de 1998 (PORTUGAL, 1998), ao prever a impossibilidade de participação em julgamento do julgador que tenha decretado prisão preventiva (ALBUQUERQUE, 2009).

Ao discutirem o regime legal anterior, Dias e Brandão (2015) argumentam que a imparcialidade do julgador não seria necessariamente comprometida. Além disso, afirmam que o artigo 43.º do CPP, que prevê um regime de suspeições, poderia resguardar a isenção do juiz.

A decisão do TC no Acórdão n. 935/96 (PORTUGAL, 1996) teria estabelecido como parâmetro constitucional para aferir a imparcialidade do órgão julgador típica de um sistema acusatório o receio de que as intervenções anteriores do juiz (avaliando aspectos de frequência, intensidade e relevância) tivessem acarretado sérias dúvidas acerca da imparcialidade judicial. Dias e Brandão (2015) criticam a posição tida por equivocada do TC a partir de um paralelo entre a legislação anterior e o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no caso *Hauschildt v. Dinamarca* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1989).

A repartição de tarefas ocorre entre duas magistraturas (a judicial e a ministerial), cabendo ao Ministério Público a condução do inquérito e não ao juiz (ANTUNES, 2016).

Sob a óptica de Gonçalves (2015), além de uma estrutura acusatória, há uma integração com o princípio da investigação. Adotar a estrutura acusatória implicaria: 1) numa dimensão material, distinguir instrução, acusação e julgamento; 2) numa dimensão orgânica, exigir tripartição entre juiz da instrução, juiz de julgamento e MP, que realiza a acusação. A estrutura acusatória é a única garantia da adoção de um devido processo legal.

É no mesmo sentido a compreensão do Tribunal Constitucional português, que no Acórdão n. 194/90 (PORTUGAL, 1990) declarou inconstitucionais normas que permitiam que o juiz que pronunciou o acusado realizasse intervenção em seu julgamento.

Adotar o princípio acusatório seria conciliar o interesse público na repressão de delitos com as exigências relativas a um julgamento imparcial e objetivo (GONÇALVES, 2015).

A complexidade das ações criminosas demanda um aperfeiçoamento tanto do processo de investigação quanto das garantias individuais, o que, na visão de Mata-Mouros (2011), faz surgir a necessidade da processualização da fase de inquérito, ensejando a participação de um terceiro imparcial com poder decisório.

A intervenção judicial no inquérito com o desiderato de conferir uma garantia aos direitos fundamentais dos investigados é vista como um marco de transformação dos sistemas processuais penais, considerando que o processo de busca da verdade não deve ocorrer a qualquer custo, sobretudo ao custo da violação de direitos. Por isso que é insuficiente apenas que a função de investigar e acusar seja distinta da de julgar, ou que haja delimitação legal do que se admite ou não na investigação, tornando-se imprescindível que a limitação às funções investigativas seja realizada por um órgão que seja desinteressado dos resultados das investigações e que possa evitar prejuízos injustificáveis aos direitos fundamentais (MATA-MOUROS, 2011).

Preocupações dessa ordem não poderiam ser conferidas àquela instituição responsável pela investigação. Pode o Ministério Público gozar de objetividade, mas possui interesse no resultado dos próprios trabalhos investigativos, não sendo plenamente imparcial, como pode ser o juiz de

instrução, dado o papel de acusador e investigador que é conferido ao MP (MATA-MOUROS, 2011).

Sob essa perspectiva, seria o juiz o único sujeito capaz de assumir a função de garantidor de direitos do investigado (MATA-MOUROS, 2011). O Ministério Público, apesar da característica de magistratura, não gozaria da capacidade de, por si só, garantir os direitos fundamentais do investigado.

A autora questiona as práticas da investigação, se os problemas seriam resolvidos com a mudança da cultura ou da legislação. O fato de se conferir ao juiz competência exclusiva para decidir sobre medidas que tangenciam direitos encontra fundamento na sua independência e neutralidade. E esse aspecto é fundamental. O direito a um juiz é um direito fundamental, manifestado em duas dimensões distintas. A primeira, jurídico-fundamental, visa à proteção do cidadão. A segunda, jurídico-orgânica, diz respeito à distribuição de competência (MATA-MOUROS, 2011).

Um ponto que merece destaque na explanação da mencionada jurista é o aspecto cultural do problema. Em caso de aprimoramento da legislação pertinente à investigação criminal e à atuação dos sujeitos processuais no processo penal, é possível que haja resistência na aplicação dos novos institutos e questionamentos acerca da constitucionalidade. E isso precisa ser encarado até com certa naturalidade, dada a resistência e a dificuldade sofrida nos períodos de adaptação às mudanças.

Contudo, isso não pode ser um óbice para a tentativa de aperfeiçoamento dos mecanismos de tutelas de direitos fundamentais no âmbito do processo penal, dado que é esse o desiderato dos ordenamentos adotados em um Estado Democrático de Direito.

Canotilho (2003) esclarece o monopólio jurisdicional ao distinguir a reserva de juiz como última palavra e a reserva de juiz em relação à primeira palavra, no que denomina de “critério das duas palavras”. O monopólio da última palavra (ou dos tribunais) reside na garantia dos cidadãos de defenderem seus direitos em juízo em caso de lesão ou violação, sejam essas perpetradas por particulares ou por poderes públicos, ocorrendo *a posteriori*. Já o monopólio da primeira palavra ocorre quando, além de

competir ao julgador conferir a última manifestação sobre o direito no caso concreto, cabe-lhe também expressar a primeira manifestação a respeito, especialmente nas situações previstas constitucionalmente de atribuição de um procedimento judicial para determinado tipo de litígio.

Mata-Mouros (2011) afirma que a tutela jurisdicional engloba um processo de tomada de decisão em que o decisor precisa gozar de independência, o ato decisório precisa ter natureza vinculante e ser produzido por intermédio de um procedimento que possa garantir aos envolvidos a participação, caracterizado por neutralidade no procedimento. Entre as garantias previstas no âmbito do processo estão o contraditório judicial, a necessidade de fundamentação dos atos decisórios e a publicidade, além das características da organização judiciária, como a predefinição de critérios de competência dos juízes. Ressalta, ainda, que a imparcialidade judicial é requisito inerente às decisões judiciais, sendo plenamente vedada a adoção de prejulgamentos.

A CRP (PORTUGAL, 2005) prevê expressamente que o princípio da imparcialidade é inerente à atividade administrativa (art. 266.º n.º 2). Mas não há neutralidade nesse campo, pois a administração persegue o interesse público. No processo penal português, há três dimensões que compõem o núcleo duro do princípio, quais sejam: 1) qualidade de terceiro que se diferencia das partes do processo; 2) diferenciação de modo paritário entre os intervenientes; 3) dimensão espiritual que confere liberdade total quanto ao aspecto mental do julgador. Os elementos centrais desse princípio seriam a neutralidade, a passividade e o contraditório. (MATA-MOUROS, 2011).

Lima (2017) afirma a distinção entre imparcialidade e neutralidade ao aduzir que a Administração persegue suas próprias finalidades, sendo em certa medida parcial, enquanto o processo judicial é revestido de neutralidade e imparcialidade, pois tem como escopo realizar a justiça e o direito. Portanto, a passividade do juiz seria crucial para a manutenção da sua neutralidade, cabendo-lhe atuar sempre a partir da iniciativa das partes.

Aqui reside uma diferenciação fundamental em relação ao ordenamento jurídico brasileiro e sua interpretação feita pela doutrina

local. No Brasil não se pretende a adoção de um julgador neutro, mas apenas de um juiz imparcial, equidistante das partes, por se entender que a busca pela neutralidade tornaria o processo de averiguação por demais íntimo quanto à consciência de cada decisor (SANTOS, 2022).

Entretanto, parece fazer sentido a adoção dessa diferenciação em relação ao ordenamento jurídico português, sobretudo diante da explanação a respeito da adoção da imparcialidade enquanto princípio a ser aplicado na Administração Pública. Sendo assim, haveria a necessidade de diferenciar ambos os conceitos, de modo que a neutralidade fosse específica para os integrantes do Poder Judiciário e a imparcialidade pudesse ser adotada pelos órgãos administrativos, que neutros jamais poderiam ser, considerando que perseguem interesses da coletividade.

Não há regulação na CRP (PORTUGAL, 2005) sobre a neutralidade específica do juiz ou a correção de suas decisões, mas são características pressupostas e asseguradas nas regras infraconstitucionais. A neutralidade é um aspecto mínimo de qualidade das decisões. Correlato à imparcialidade é a passividade do julgador quanto à iniciativa do procedimento (MATA-MOUROS, 2011).

Ademais, a interação e distinção entre os poderes estabelecidos em um Estado são cruciais para o equilíbrio democrático e a garantia dos direitos dos cidadãos. Um dos conceitos derivados dessa estrutura é a “reserva de jurisdição”, como se pode depreender do disposto no Acórdão do Tribunal Constitucional n. 620/2007 (PORTUGAL, 2007), sendo o novo nome do princípio da tripartição. Essa separação estaria projetada nos seguintes aspectos: a) na separação de funções entre Executivo e Judiciário, consagrando o monopólio da jurisdição no âmbito do segundo; b) na segregação de tarefas no processo penal entre investigador/acusador e julgador; e c) na separação entre as funções de investigar e tutelar direitos por ocasião do inquérito (MATA-MOUROS, 2011).

Contudo, conforme Lima (2017), apenas o receio de abuso por parte do Ministério Público não seria capaz, por si só, de tornar justificável a atuação do juiz na fase de inquérito.

Já Fernandes (2009) aduz que a solução adotada pelo legislador português preserva a imparcialidade do juiz de julgamento ao afastá-lo

de decisões preliminares que tratam dos indícios da prática do delito pelo investigado.

Por outro lado, Mata-Mouros (2011) apresenta duas razões que justificariam a necessidade de uma intervenção judicial para medidas restritivas de direitos fundamentais no inquérito criminal, quais sejam: 1) a especial gravidade de tangenciar direitos dessa natureza; 2) uma espécie de compensação em virtude da ausência do contraditório.

Em relação à primeira razão apontada, tem-se em conta a magnitude da gravidade das medidas, que só devem ser consideradas justificadas se apreciadas por um terceiro imparcial e independente, de modo que se a apreciação fosse feita exclusivamente *a posteriori* não se tutelaria o direito fundamental do investigado a contento. Contudo, esse fundamento não seria suficiente para abranger todas as hipóteses previstas na legislação e na Constituição.

Em relação ao segundo fundamento apontado, a intervenção de um juiz seria imprescindível, considerando-se que as medidas de coação que tangenciam direitos fundamentais na fase de investigação são efetuadas sem o exercício do contraditório, ou seja, sem a participação efetiva do investigado. Compensa-se essa medida com a possibilidade de tangenciarem esses direitos fundamentais apenas com a autorização judicial, a partir de ato decisório de um terceiro imparcial, com neutralidade e de modo fundamentado (MATA-MOUROS, 2011).

3.2 A Interpretação Constitucional do Juiz das Garantias no Brasil: Semelhanças e Diferenças com a Experiência Portuguesa

No julgamento conjunto das ADI's n.ºs 6298, 6299, 6300 e 6305, o STF decidiu, por maioria, ao atribuir interpretação conforme ao inciso VII do artigo 3º-B e declarar a inconstitucionalidade da expressão “recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código” contida na segunda parte do *caput* do artigo 3º-C, ambos do CPP, incluídos pela Lei n. 13.964/2019, que a competência do juiz das garantias termina com o oferecimento da denúncia, cuja análise passa a ser de atribuição do juiz da instrução penal, que decidirá, também, eventuais questões pendentes (art. 3º-C, § 1º, CPP).

A decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal do Brasil que removeu do juiz das garantias a responsabilidade de analisar a inicial acusatória (denúncia ou queixa), delegando essa função ao juízo responsável pela instrução do processo, causou surpresa entre especialistas e acadêmicos. Estes profissionais, que há tempos se dedicam às pesquisas no âmbito do instituto do juiz das garantias no direito pátrio e alienígena, consideram essa medida um revés significativo, comprometendo a lógica essencial e a imparcialidade imprescindível para a atuação efetiva do juiz das garantias.

Se fosse para chegar nessa conclusão – com o recebimento da denúncia nas atribuições do juiz da instrução –, bastaria ter aprovado uma lei que determinasse a prevenção como causa de exclusão da competência, e não de fixação. O resultado final do julgado é um avanço pequeno perto do que se pretendia e podia alcançar, contradizendo o que já se sabe sobre o problema da contaminação e do viés confirmatório.

O recebimento da denúncia deveria ficar com o juiz das garantias, não apenas para assegurar a máxima originalidade cognitiva do juiz da instrução e julgamento, mas também para justificar a necessária exclusão física dos autos do inquérito. Ao receber a denúncia, o juiz das garantias poderia levar em consideração os elementos informativos do inquérito, sem maiores problemas. Já o juiz da instrução deveria ingressar depois de recebida a denúncia, formando sua convicção em sentença apenas com base em provas produzidas sob o crivo do contraditório (LOPES JR., 2017).

A grande modificação da figura do juiz das garantias foi retirar do juiz da causa o contato com os elementos de informação prévios à ação penal, justamente para evitar o risco do “efeito aliança” (VIEIRA, 2020, p. 199-200). Ao excluí-lo do recebimento da denúncia, dá-se um passo atrás, porque é uma alteração de competência que deixa de lado o motivo principal dessa alteração, que é separar o que pode ser valorado por cada juiz, sendo algo diverso do que o legislador escolheu.

Como aponta Moraes (2010, p. 21-22), das duas funções mais notáveis na atuação do Juiz de Garantias – a garantia dos direitos do cidadão, na fase de investigação criminal, e a impossibilidade de sua atuação, na fase processual subsequente –, a segunda é a mais importante.

A grande finalidade de sua inserção está em garantir que o juiz da causa não aja contaminado por sua atuação anterior. Com isso, evitam-se os inegáveis comprometimentos de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na fase investigativa carrega para dentro da ação penal.

Para Marrafon (2010, p. 145), o que se almeja ao implementar a figura do Juiz de Garantias é, também, impedir a contaminação do juiz do processo com as provas produzidas sem o devido contraditório e a ampla defesa, próprio da fase de persecução policial, além de evitar o contato com aquelas provas produzidas ilegalmente, ao arrepio da lei e da Constituição.

Dessa forma, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal parece divergir das intenções da legislação, intensificando – ao invés de atenuar – o caráter inquisitivo do papel do magistrado na gestão das provas e no controle do processo investigativo. Portanto, destaca-se a importância de reformas por meio de um processo legislativo adequado e de diretrizes claras para a implementação da figura do Juiz das Garantias, assim como a necessidade de uma clara constitucionalização do modelo acusatório e da neutralidade, seguindo o exemplo do sistema jurídico de Portugal, que abordou de maneira explícita esse assunto.

4 CONCLUSÃO

Avaliando-se o direito comparado, bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, consegue-se discernir certas similitudes e dessemelhanças no tocante ao direito processual penal. Particularmente no que concerne à constitucionalidade material e formal do Juiz das Garantias, um instituto jurídico prestes a ser implantado no Brasil, constata-se a imprescindibilidade de ajustes na legislação corrente.

O sistema de Juiz das Garantias brasileiro, ao passar por um crivo analítico mais rigoroso, revela aspectos passíveis de aprimoramento. Observando-se o sistema judiciário português como exemplo, nota-se a existência de um modelo acusatório que se equilibra com o princípio da investigação. Essa configuração enfatiza a importância de se assegurar garantias fundamentais ao investigado e ao acusado. Ademais, ressalta-se o respeito ao aspecto constitucional do devido processo legal.

No sistema acusatório português, balanceado pelo princípio da investigação, o juiz não é apenas um espectador passivo no curso do processo. Ele desempenha um papel ativo na aplicação do direito ao caso em questão, baseando-se nas evidências obtidas. Essa responsabilidade impõe a necessidade de uma postura imparcial por parte do juiz, bem como a prevenção de qualquer abuso de poder durante a investigação, especialmente daqueles exercidos pelo Estado, que detém a prerrogativa de punir.

Concluindo, o direito, enquanto ciência social aplicada, deve sempre buscar refletir e atender às demandas da sociedade à qual se destina. A introdução do instituto do Juiz das Garantias no Brasil marca um importante passo nesse sentido. No entanto, sua implementação e operacionalização devem ser realizadas com prudência e reflexão, levando em conta as lições aprendidas com outros sistemas jurídicos e as peculiaridades da realidade brasileira. Assim, reafirma-se a necessidade de ajustes legislativos e de critérios claros para a aplicação dessa nova figura do Juiz das Garantias, a fim de que se concretize, de forma efetiva, o princípio do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentários do Código de Processo Penal**: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos humanos. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956?show=full>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República., 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República., 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos processuais penais: o tribunal**. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Plenary). **Case of Hauschildt v. Denmark**: Application nº 10486/83. Judgment: Strasbourg, 24 May 1989. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22case%20of%20hauschildt%20v.%20denmark%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57500%22%5D%7D>. Acesso em: 25 jul. 2023.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

GONÇALVES, Patrícia Sofia Martins. **Despacho de aplicação de medidas de coação de acordo com a Lei nº 20/2013 de 21 de Fevereiro**: confronto entre a figura do dominus do inquérito e do juiz das liberdades. 2015. 73 f. Dissertação (Mestrado em Direito, com Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

LIMA, Thamirys Costa Quemel. **O juiz de instrução e a proteção dos direitos fundamentais no inquérito criminal**. 2017. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito, com Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARRAFON, Marco Aurélio. O juiz de garantias e a compreensão do processo à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro. *In*: COUTIHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: análise crítica do Projeto de Lei n 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Juiz das liberdades**: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Livraria Almedina, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**: Edição Especial CPP, p. 21-23, ago. 2010.

MOTA, José Luís Lopes da. A fase preparatória do processo penal português. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 10, n. 19, p. 219-257, jan./jun. 2002.

NOVAES, Felipe. Sistemas de investigação preliminar: a (im)possibilidade dos juizados de instrução. **Gen Jurídico**, São Paulo, 19 mar. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, PO: Parlamento, 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15 jun. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 78, de 17 de Fevereiro de 1987**. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Lisboa, PO: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, Ministério Público, 1987. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em: 10 jun. 2023.

PORTUGAL. **Lei nº 59, de 25 de Agosto de 1998**. Altera o Código de Processo Penal. Lisboa, PO: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, Ministério Público, 1998. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=208&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 10 jun. 2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional (1ª Secção). **Acórdão nº 194/90**. Processo: nº 124/89. Julga inconstitucional, por violação do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, a parte da norma, do n.º 4 da Base V da Lei n.º 7/70, de 9 de Junho, que proíbe a concessão de assistência judiciária aos ofendidos que queiram constituir-se assistentes no exercício da acção penal por crimes públicos e concede provimento ao recurso, determinando a reformulação da decisão recorrida na parte impugnada, em conformidade com o precedente juízo de inconstitucionalidade. Rel. Conselheiro Vítor Nunes de Almeida. Lisboa, 7 de Junho de 1990. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900194.html>. Acesso em: 10 jul. 2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 935/96**. Processo nº 674/92. Julga inconstitucional a norma constante do artigo 40º do Código de Processo Penal, na parte em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, decretou e posteriormente manteve a prisão preventiva do arguido, por violação do artigo 32º, nº 5, da Constituição, e concede provimento ao recurso e revoga o acórdão recorrido, que deve ser reformado em conformidade com o presente juízo de inconstitucionalidade. Rel. Conselheiro Alves Correia. Lisboa, 10 de Julho de 1996. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960935.html>. Acesso em: 10 jul. 2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 620/2007**. Processo nº 1130/2007. Pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma do artigo 2º, n.º 3, do Decreto da Assembleia da República n.º 173/X, na parte em que se refere aos juízes dos tribunais judiciais (e, consequencialmente, das normas dos artigos 10º, n.º 2, e 68º, n.º 2), por violação do artigo 215º, n.º 1, da Constituição da República, e considerar prejudicada a apreciação das normas constantes dos artigos 80.º, n.º 1, alíneas *a*) e *c*), 101.º, nºs 1 e 2, e 112.º, n.º 1; e pela inconstitucionalidade da norma do artigo 36º, n.º 3, interpretada conjuntamente como os subseqüentes n.ºs 4 e 5 (e, a título conseqüente, da norma do artigo 94º, n.º 2), por violação do artigo 59º, n.º 1, alínea *a*), conjugado com o artigo 18º, n.º 2, da Constituição, e, na parte em que essa norma permite a adopção de uma medida cautelar administrativa no momento da instauração de um processo jurisdiccional de responsabilidade financeira, também por violação da reserva de jurisdição prevista no artigo 202º da Constituição; não se pronunciando pela inconstitucionalidade das restantes normas consideradas. Rel. Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 20 de Dezembro de 2007. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070620.html>. Acesso em: 10 jul. 2023.

SANTOS, Teodoro Silva. **O juiz das garantias sob a óptica do Estado Democrático de Direito**: a adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

SILVA, Germano Marques da. O processo penal português e a convenção europeia dos direitos do homem. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, n. 7, p. 84-92, jan./abr. 1999. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/182>. Acesso em: 27 jul. 2020.

VIEIRA, Renato Stanziola. Controle na obtenção de elementos de prova e sua admissibilidade no processo penal brasileiro. 2020. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Acesso em: 28 ago. 2023.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
E OS DESAFIOS NA GESTÃO JURISDICIONAL E
PROCESSUAL PARA UNIFORMIZAR O
DIREITO FEDERAL

José Afrânio Vilela
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS DESAFIOS NA GESTÃO
JURISDICIONAL E PROCESSUAL PARA UNIFORMIZAR O
DIREITO FEDERAL**

Ministro José Afrânio Vilela

O Superior Tribunal de Justiça – STJ foi criado pela Constituição da República de 1988, como consta de seu art. 92, para ser o tutor de importante seara jurisdicional brasileira, representando o Estado e na condição especial de ser o Tribunal da Cidadania. Sua composição conta com membros das instituições que operam com o Direito. É de sua competência constitucional processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os governadores dos Estados e do Distrito Federal, assim como os desembargadores estaduais e federais, os conselheiros dos Tribunais de Contas, além de outras importantes autoridades. É um Tribunal de última instância e de justiça, apesar de não ser revisor de provas, e sim afirmador de teses. Na sua competência exclusivamente processual exsurgiu a missão de julgar as causas em que for parte estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e de outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no País. Em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instâncias pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal brasileiro. Em epítome: o Superior Tribunal de Justiça possui função constitucional

de uniformizar a interpretação para fins de aplicação da legislação federal. Esse poder/dever serve ao mundo judiciário e, principalmente, para a compreensão jurídica desses temas pela sociedade, porquanto se trata da sedimentação do direito infraconstitucional, importante ferramenta que tutela as relações cotidianas dos cidadãos e destes para com os estados ou entes públicos, alcançando a efetiva prestação jurisdicional e a conformação equilibrada dos atos de cidadania e para a cidadania, como matérias que envolvem moradia, saúde, educação, liberdade e negócios que sustentam a estrutura do Estado brasileiro, o provedor nacional.

Em 2016, defendi a tese “O novo Código de Processo Civil: a racionalização procedimental como instrumento de melhoria da gestão judiciária e a busca pelo alcance de modelo social de processo no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais”, no Curso de Especialização em Gestão Judiciária da Universidade de Brasília – UnB, na qual procurei demonstrar que o alcance da finalidade da prestação jurisdicional deve ser analisado sob a perspectiva de fatores diversos. Com efeito, demanda-se a observância do direito para atingir a justiça, mas não apenas isso. É necessária, ainda, a verificação do quão eficiente foi a atuação pública, analisando-se, nessa senda, se o resultado ocorreu em tempo razoável de duração do processo, com alcance do sentido social da lei e menor dispêndio de recursos públicos, além de subsidiar o trabalho dos servidores do Judiciário, protegendo-os de refazimento não razoável de condutas já perpetradas e aperfeiçoadas.

No Brasil, há histórico de crescimento no número de demandas, especialmente a partir da redemocratização. A sistemática anterior ao novo Código de Processo Civil – CPC não propiciava a resolução de conflitos em quantitativo superior àqueles protocolados à apreciação judicial e, obviamente, com qualidade, a envolver segurança jurídica, celeridade e a sempre necessária boa exequibilidade das sentenças. Percentual significativo dos processos em trâmite no Judiciário nacional consiste em ações potencialmente repetitivas, ou seja, que são fundamentadas nas mesmas razões de direito e/ou de fato, ou mesmo pedido, alterando apenas, em expressivo número, uma das partes. O tema já decidido é reiterado, em grande quantidade, pululando nos escaninhos judiciais. Parece ser mais rentável demandar judicialmente do que cumprir voluntariamente os

firmes comandos jurisprudenciais editados pelos tribunais. Essas ações não são novas, e sim reiteradas, e implicam grande dispêndio de tempo e mão-de-obra de servidores e juízes, e de recursos dos tribunais, provocando verdadeiro congestionamento da máquina judicial - resultado já sabido por todos -, além de impedir que causas novas e diversificadas sejam analisadas com mais profundidade. Essa é a verdade!

Esse proceder social de desobediência à jurisprudência necessitou, ao longo dos tempos, de adoção de mecanismos necessários e suficientes para que o Poder Judiciário pudesse responder à alta demanda pelo seu serviço, que é público e voltado ao atendimento dos anseios da sociedade em geral.

As mudanças normativas e o novo horizonte advindos a partir do Código de Processo Civil implicam necessária adequação da sistemática organizacional dos tribunais brasileiros e, dentre eles, naturalmente, como o responsável pela interpretação e uniformização da legislação federal, o Superior Tribunal de Justiça.

Assim dito, é necessário identificar e analisar a estrutura organizacional do Poder Judiciário e se, no aspecto processual, está coerente com o CPC/2015. Essa estruturação, obrigatoriamente, passa pelo cumprimento direto do texto legal federal, de alcance nacional, criador de institutos, cujo intento é o de dar vazão às demandas de caráter repetitivo, lógica e juridicamente inaceitáveis de serem tratadas como se fosse assunto novo. Por isso, o fortalecimento da uniformização das normas para o fiel cumprimento dessa sistemática afirmada pelo atual Código de Processo Civil, qual seja, a simetria no filtro final do Judiciário sobre as questões que lhe são postas para decisão, gerando tese de cumprimento obrigatório, em regra, como fator equilibrante das demandas sociais que serão definidas pelos tribunais.

É preciso que os operadores do Direito, os jurisdicionados e a sociedade compreendam que é direito seu conseguir que determinada causa seja definida pelo estado/juiz, mas que isso não significa que a mesma causa seja repetidamente decidida por todos os juízes, ainda que dentro do mesmo grupo de competência administrativa. Quando se distribuem a todos os juízes de igual competência ações contendo a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, há infringência objetiva ao CPC, legislação federal

que direciona a decisão a um juiz de um tribunal sobre a questão que lhe foi posta, e não ao grupo de juízes com a mesma atribuição. Por essa razão existe a festejada e democrática distribuição aleatória, que afirma o juiz natural para a demanda proposta. Esse comportamento dos tribunais, de não observar e fazer observada a regra imperativa da prevenção para os casos conexos, muito e especialmente deve ser fator de preocupação para o Superior Tribunal de Justiça – como de fato o é –, já que se traduz em desajuste jurisdicional, conduzindo a decisões conflitantes desde a base – os juízes das comarcas – e se multiplicando nos tribunais intermediários, desaguando nos Tribunais Superiores. Há efeitos nefastos quando não se observa essa regra, simples, objetiva e muito benéfica, do juiz natural, cuja autoridade processual advinda da prevenção atrai os demais feitos contendo o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir.

Com os possíveis defeitos de uma obra humana, feita por centenas de mãos, penso que é preciso compreender que o CPC/2015 procurou conferir efetividade, eficácia e eficiência à prestação jurisdicional uniforme e conjunta, via de instrumentos processuais que tencionam a satisfação do direito material, especialmente com julgamentos simultâneos pelo juízo prevento¹.

Nessa senda, para que o processo cumpra sua finalidade social, é necessário permitir que o jurisdicionado obtenha a efetiva tutela de seu direito material, que essa tutela se concretize dentro de prazo razoável e com eficiência e, ainda, que os operadores do direito e as partes não sejam surpreendidos com decisões divergentes do mesmo fato e que estão sob a mesma situação jurídica. Indispensável, pois, a segurança jurídica.

A propósito, corrobora o professor Humberto Theodoro Junior:

[...] efetivo, portanto, é o processo justo, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à segurança

¹ Na exposição de motivos da Lei n. 13.105/2015, explicitou-se que: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais, de um Estado Democrático de Direito.” (BRASIL, 2015)

jurídica (contraditório e ampla defesa) proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 74).

Penso que o legislador, ao delinear o novo sistema, objetivou alterações de melhoria na gestão processual, e, por conseguinte, dotar o Judiciário de ferramentas para o julgamento de maior número de demandas com menor dispêndio de tempo de trabalho de magistrados e servidores, alcançando decisões com acerto do direito material, inclusive com diminuição de custos operacionais para uma decisão idêntica para todos dentro da mesma situação jurídica, de fato e de direito.

No CPC, compreendo que, como registrado em estudo acadêmico, “em primeiro lugar, destaca-se a concessão de poder de gestão aos magistrados” (BRASIL, 2015), como nunca se viu anteriormente. A delegação do povo, através de seus representantes políticos, ao elaborar a exposição de motivos do novo diploma processual, levou o legislador a afirmar que as regras de gestão presentes no processo civil inglês, denominadas *case management powers*², serviram de inspiração para a Comissão Autora do Anteprojeto da Lei n. 13.105/2015 (SENADO, 2009, p. 30).

Intentou-se, ainda, que a racionalização do procedimento para julgar ações de caráter repetitivo representaria importante ferramenta para o alcance das finalidades da nova legislação. Nesse sentido, destaca-se que:

[...] para a diminuição do número de ações (ou de seu peso sobre o bom funcionamento do judiciário) o Novo CPC quer se valer de procedimentos democráticos e expostos ao contraditório, como o uso de precedentes ou o incidente de resolução de demandas repetitivas. (THEODORO JUNIOR, *et. al.*, 2015, p. 16).

² Importado do sistema processual inglês, pode-se traduzir a expressão como sendo o “poder de gestão de processos” conferido ao julgador. Mencionado expressamente pelo Senado Federal no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, pode ser encontrado explicitamente no art. 139, IV, do Novo CPC, que determina que o Juiz poderá “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” (BRASIL, 2015).

Verdade! Esses e outros instrumentos, desde o primeiro grau, como veremos adiante.

Cumpra dizer que as ações de caráter repetitivo baseadas em idêntica controvérsia de direito são aquelas capazes de provocar multiplicidade de recursos e estão regulamentadas pelo art. 1.036 do CPC/2015³ (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 887). Sendo assim, uma vez que representam grande número de demandas, imaginou-se que, ao julgá-las em um único ato, poder-se-ia reduzir rapidamente a quantidade de ações tramitando no Poder Judiciário.

Sabe-se que o atual regramento processual, que sistematiza o julgamento das demandas de caráter repetitivo, é potencial redutor do gargalo de ações fundadas em mesmas questões de direito.

Soma-se a isso o fato de que, como dito, o modelo social de processo, preconizado pelo CPC/2015, é composto por pilares, como as mencionadas celeridade e segurança jurídica. Com efeito, a questão afeta à ausência de segurança jurídica, decorrente da diversificação na interpretação do direito idêntico em função de um dispositivo legal ou constitucional, revela o potencial de provocar acúmulo processual, implicando entrave à adequada resolução de processos, ante a necessidade de sedimentar a interpretação daquele fato à lógica da legislação que a ele tutela. A preocupação do legislador restou consubstanciada no art. 926 do CPC/2015⁴. É por meio de uma atuação jurisdicional não apenas célere,

³ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

mas dotada de segurança jurídica, que se pode percorrer os caminhos para o alcance do modelo social de processo.

Convenço-me de que o Código Processual erigiu a estrutura do comportamento Judiciário – procedimento – considerando a gestão da jurisdição, obviamente vinculada ao poder decisório do julgador ao publicar sua sentença ou seu acórdão, e a gestão processual, aqui compreendida como o ato de usar com inteligência de permissões processuais, como o julgamento conjunto conexo e simultâneo e o de replicar julgamentos pacificados para decisão, inclusive em bloco, de feitos com mesmo pedido ou mesma causa de pedir, especialmente quando submissos à sistemática de precedentes vinculantes e de cumprimento obrigatório, em regra.

Um dos problemas de maior monta verificado no Poder Judiciário consiste na demora do julgamento de processos, sobrecarga de trabalho e existência de decisões conflitantes.

Dessa forma, é de suma importância para a justiça que o Poder Judiciário adote, em caráter geral, alguns eixos comportamentais, como: a) resolução conjunta de demandas conexas no primeiro grau; b) demandas repetitivas e valorização da uniformização jurisprudencial; e c) evitar a prolação de decisões contraditórias. A resultante será a segurança jurídica esperada pelos jurisdicionados.

Todas essas medidas iniciadas no processo de conhecimento em cuja ação o direito será definido. E na seara administrativa quando houver formação de precedente obrigatório a ser replicado pelos sistemas informatizados e pela inteligência artificial – IA, como facilitadores dessa reprodução de dados para a aplicação do precedente.

Evidentemente, como tudo no processo evolutivo, é necessário ajustar essas ferramentas do mundo virtual ao procedimento administrativo dos tribunais, ainda com deficiências de gestão por parte dos órgãos do Poder Judiciário, especialmente em relação ao planejamento de suas ações e ao controle das atividades administrativas para identificação da prevenção de ações conexas que possam desencadear esses procedimentos ditados pelo novo CPC, notórios hoje, mas que em passado recente inexistiam ao nível de ferramentas que auxiliassem o Judiciário, especialmente as de informática. Esse quadro mudou tanto pelo advento dos meios de resolução

de feitos repetidos e aplicação de precedentes, quanto pelos novos sistemas desenvolvidos por tribunais que buscam elevação da capacitação na gestão de seus processos.

Para os juízes, a assunção da atividade administrativa é desafiadora, porque consome tempo retirado daquele reservado à jurisdição, e exige formação em outras áreas, que não a jurídica, como a da telemática; além de separar conceitos de julgamento em esferas diversas, como a administrativa e a jurisdicional, equivalendo a uma bifurcação na atividade. Essa atividade assumida pelo juiz, administrativamente, deve ter a finalidade de acabar com os problemas que envolvem a atividade-fim, ou pelo menos amenizar os efeitos desses problemas, contribuindo para a respeitabilidade do Poder Judiciário e seu prestígio. Essa dificuldade não se atrela apenas à ausência de formação específica para a gestão administrativa, mas também pelo excessivo montante de processos judiciais que tiram dele, juiz, o tempo para se debruçar sobre as questões de estruturação da atividade de julgamento.

Esse desafio é maior na medida em que, como ocorre no Poder Judiciário, há uma divisão legal e legítima, por parte da Administração, em atividades meio e fim, a qual decorre da própria Constituição da República (BRASIL, 1988)⁵.

As atividades-meio são desenvolvidas sob critérios de vontade, oportunidade e conveniência, postos à disposição do Presidente e dos demais integrantes da Cúpula do Tribunal. São as atribuições de seus

⁵ Com efeito, o art. 96 da Constituição da República determina que incumbe aos Tribunais, por exemplo: eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei. Ademais, sobre os Tribunais Superiores, impõe as seguintes atribuições: a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação ou extinção dos tribunais inferiores; a alteração da organização e da divisão judiciárias, dentre outras.

cargos. A atividade-fim, por sua vez, é gerida pelo magistrado, juiz, desembargador e ministro, cujos limites de atuação são diversos do administrador e devem guardar respeito à própria consciência e às leis. São as competências divididas entre os julgadores. Essas atividades não se misturam, se completam a bem do interesse público a ser atingido, sempre em obediência ao sentido social das normas e leis. Confira-se:

[...] a Administração, ou gestão, é entendida como o processo de planejar, organizar, dirigir e controlar o uso dos recursos humanos, financeiros e materiais de uma organização, de modo a alcançar objetivos com eficácia, eficiência e efetividade. [...]

Conforme Santos (2006), a etapa de coordenação é incorporada em todo o processo administrativo, especialmente na gestão pública. Para Fayol (1994, p. 126-127), “coordenar é estabelecer a harmonia entre todos os atos de uma empresa de maneira a facilitar o seu funcionamento e seu sucesso [...] é, em suma, adaptar os meios aos fins, dar às coisas e aos atos as proporções convenientes” (VIEIRA; PINHEIRO, 2008).

Nesse sentido, ambas as atividades, meio e fim, devem ser desenvolvidas de maneira harmônica, norteadas para o alcance do patamar desejado para a atuação jurisdicional, que é o controle do fluxo processual, a diminuição do acervo e a resultante maior: entregar a prestação jurisdicional segura a quem dela necessitar, em prazo razoável.

Nesse mote, o atual Código de Processo Civil, vigente desde março de 2016, reiterou e instituiu boas ferramentas, dentre elas:

a) Art. 947⁶: dispôs sobre a proposição de julgamento, pelo órgão que o Regimento Interno indicar, se detectada relevante questão de direito que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre órgãos

⁶ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

fracionários do tribunal, em assunção de competência, cuja decisão será vinculativa, salvo a revisão de tese, na forma regimental (BRASIL, 2015);

b) Arts. 976 e seguintes⁷: instituiu incidente de resolução de demandas repetitivas –IRDR, quando identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes, a ser instaurado por iniciativa do juiz presidente do processo ou do desembargador relator (BRASIL, 2015);

c) Art. 1.035⁸: referendou o sistema de repercussão geral, nos casos de relevantes questões de ordem do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, o qual será obrigatório sempre que impugnada decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal – STF, contestar teses de julgamento de casos repetitivos ou questionar decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. E, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, observar-se-á o Regimento Interno do STF para processamento da repercussão geral (BRASIL, 2015).

Simultaneamente, os vários tribunais constituíram Comissão de Revisão Geral do Regimento Interno, erigindo novel formato para atender a esse reclamo de julgamento célere, com efetividade e segurança jurídica, de forma que a mesma demanda seria isonomicamente decidida para todos que batessem à porta do Judiciário mineiro. Na oportunidade, coube-me a tarefa de redigir a proposta aprovada pelo TJMG. Também participei da

⁷ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁸ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

Comissão do Novo Regimento, consubstanciado na Resolução do Tribunal Pleno n. 3, de 26 de julho de 2012.

A segurança jurídica adviria da aplicação desse entendimento a partir do cumprimento do art. 79 do RITJMG, em 2012, antes da vigência do novo CPC. Apesar de desacertos, inclusive de técnica legislativa, sobressaiu a normatividade que determina, inclusive no 2º grau, que o relator que primeiro conhecer da demanda ficará prevento para todos os demais recursos naquela ação ou em outra conexa.

Destaca-se, por exemplo, logo depois, a implantação do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos – NURER, instituído pela Portaria n. 2.850/2013, cuja finalidade foi agilizar a prestação jurisdicional, por meio do gerenciamento especializado dos feitos de caráter repetitivo e submetidos ao rito de repercussão geral.

Tudo isso tem a ver, não mais com o tacanho modo de dizer o direito, sob sistemática individual e em caso concreto, repetidamente, e sim, adentrando ao mundo da gestão de patrimônio judicial de maior valia: a boa jurisdição, racionalizada pela nova legislação, que determina os julgamentos conjuntos de feitos repetitivos pelo juiz ou relator prevento.

A forma concentrada de julgamento foi muito prestigiada pelo legislador ordinário na edificação estrutural do Judiciário.

Numa digressão histórica, chega-se ao ponto que faz entender como será a justiça do século XXI, ou pelo menos, como penso: o operador do Direito, juiz, advogado, membro do MP, defensor, e, inclusive e especialmente, no campo didático, o professor, que derem o grande salto da borda do passado, que é potencialmente físico, material, de papel, e usar como ponte a tecnologia da informação, a inteligência artificial e seus avanços, aterrissará na outra borda, a do futuro, onde estará a cultura digital, cibernética em feitos eletrônicos, dentro da virtualidade.

No STJ, a Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, Lei dos Repetitivos, permitiu a seleção de um ou mais recursos como paradigmas para que a decisão, em forma de tese, seja replicada nas demais instâncias, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, possibilitando a uniformização da

jurisprudência. Com isso, centenas de teses foram firmadas pelo STJ, cada uma delas desce em cascata por todo o Judiciário, possibilitando, especialmente aos tribunais, o julgamento monocrático de recursos. Em 2016, veio a Emenda Regimental n. 24/STJ, que instituiu a regulamentação dos precedentes qualificados, sedimentando o procedimento desde a escolha do representativo da controvérsia, tanto pelo tribunal de origem quanto pelo STJ, e a revisão da tese, quando necessário, por exemplo, em função de uma mudança legislativa naquela temática que implique revisão do conteúdo decisório precedente. É importante ferramenta, pois o Direito pode evoluir e as leis podem ser modificadas de tempos em tempos. O precedente deve estar atualizado para ser aplicado naqueles casos judiciais que possam tutelar.

No ano seguinte, o STJ iniciou o julgamento, pelo Plenário Virtual, para afetação dos recursos repetitivos, obrigatoriamente de forma eletrônica, a partir do Tema 42 Telecon – Ministro Aldir Passarinho Jr. Quando a lei fez 10 anos, quase 800 teses estavam firmadas, e são aplicadas. Temáticas relevantes foram discutidas e teses firmadas: legitimidade de multa para obrigar o ente público ao fornecimento de serviço de saúde (98); impossibilidade de prisão civil do depositário infiel (220) e legitimidade de penhora de bem de família do fiador de contrato de locação (708); Tema 918, do estupro de vulnerável, menor de 14 anos, independente de consentimento ao ato. Apenas com a aplicação, por juízes e desembargadores, do Tema 731 – aplicação da TR como índice de correção monetária de saldos de contas do FGTS –, foram suspensos 400.302 processos. A aplicação do Tema 905 – correção monetária e juros moratórios nas condenações impostas à Fazenda Pública, solucionou mais de 80 mil processos em Minas Gerais.

Os Temas 566, 567, 568, 569 e 570 – prescrição em execução fiscal – 39% dos casos em andamento no judiciário, e 73% das execuções em trâmite. Foram fixadas pelo STJ cinco teses que impactam milhões de processos e que poderão ser julgados segundo o precedente firmado, dividido em 5 teses a respeito da sistemática da prescrição intercorrente, que leva à perda do direito de cobrança, interpretando o art. 40, da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, no Recurso Especial n. 1.340.553/RS.

Também de Minas Gerais, apenas para citar um Tema, o de número 588, o REsp n. 1.348.679/MG, relator Ministro Herman Benjamin, sobre a devolução de contribuição previdenciária paga ao Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG a partir do não reconhecimento da inconstitucionalidade, pelo STF, e sim como não tributária, a quem se manifestasse, foram 70.000 recursos baixados, por julgamento.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Comissão Gestora de Precedentes e Ações Coletivas – COGEPAC, então integrada pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti e Moura Ribeiro, tem feito um trabalho muito importante, assessorada pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP/STJ, e repassando aos órgãos correlatos dos tribunais locais.

De tudo que foi falado neste arrazoado, importa reafirmar que a função jurisdicional é estruturada sob a forma de uma pirâmide, justamente para enfrentamento dos feitos repetitivos ou de repercussão ampla, geral, e aqueles, ainda no judiciário local, conexos.

Atualmente, o universo jurídico processual brasileiro assemelha-se a uma grande pirâmide para a formação do que conhecemos como coisa julgada, ou decisão judicial definitiva, imutável, a princípio, a contar da base, ou seja, a parte mais densa e ampla, formada pelos juízos das diversas comarcas, para fins de funcionamento, a maior parcela do Judiciário. Como base piramidal, entende-se que são os pilares e as sustentações dessas estruturas judiciárias, do estado e do DF, com simetria às varas da Justiça Federal.

No primeiro subsistema, assim como os alicerces sustentam todo o remanescente da construção, essa base está tutelada no art. 55 e parágrafos, do Código de Processo Civil, determinadores de uso da conexão com reunião para decisão conjunta pelo juiz prevento dos feitos contendo mesmo pedido ou causa de pedir. Para esse julgamento conjunto, o dispositivo afirma a exceção: salvo se um já tiver sido julgado. Contudo, ainda que já decidido o primeiro – o que conduziria à inexistência da conexão – desde que haja risco de decisão conflitante, serão reunidos os processos para julgamento conjunto (§ 3º, art. 55), e no juízo prevento.

Portanto, se o julgamento de uma causa conexa era condição excludente da prevenção, no novo Código, se houver risco de decisão conflitante com aquela já prolatada, o feito deve ser endereçado ao julgador que primeiramente conheceu da causa, da matéria e do assunto, de modo que não se pode compreender diversamente.

No meio da grande pirâmide estrutural do Judiciário estão os Tribunais estaduais e os TRFs, que devem firmar sua jurisprudência para dar segurança jurídica à sociedade. Também devem dar o exemplo, observando a prevenção, conforme regras estipuladas em seu regimento interno e no Código de Processo Civil, ou só neste, resultando na compreensão de que o primeiro recurso protocolado tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo; ou, por simetria, daquele que, ainda que sem conexão, possa gerar decisão conflitante, pela aproximação temática e da resultante de seus efeitos, que se julgados separadamente poderiam gerar insegurança jurídica à sociedade. Esse é um segundo subsistema.

Obviamente, aqui já se depara com parcela da hierarquia, porque os tribunais apontam direção e norte judiciário para o julgamento daquelas questões pacificadas em seu ambiente por meio de súmula, ou ainda nos julgados qualificados, decorrentes de IRDR ou incidente de assunção de competência – IAC. E, ainda, ousa comentar que as decisões superiores devem ser prestigiadas, não apenas pela hierarquia processual, mas para a segurança que o Poder Judiciário há de repassar ao cidadão, inclusive para efeito de aferir sobre a pertinência de ingressar ou não com a ação, contendo mesmo pedido ou causa de pedir.

No outro subsistema, o terceiro, poder-se-á dizer edificado deste ponto para o cume da pirâmide, ou seja, o topo dela, que estão firmadas as decisões de maior força hierárquica, como as do Superior Tribunal de Justiça, as quais descem em cascata para cumprimento pelos Tribunais estaduais, Tribunais Regionais Federais e do Distrito Federal e Territórios, sobretudo pelos juízes, base de todo e qualquer processo. O Código de Processo Civil determina que, na infraconstitucionalidade, as súmulas e os julgamentos repetitivos do STJ serão cumpridos pelos demais degraus

da justiça. É esta a estrutura do Poder Judiciário a ser observada para a credibilidade da decisão judicial firme e legítima.

A compreensão que se alcança dentro desse raciocínio puro é a de obediência aos princípios da legalidade contidos no CPC, que mandam sejam adotados os meios de julgamentos comentados para concretizar a celeridade e a eficiência, com realce da segurança jurídica. É verdade que nem todos os aceitam. Alguns se colocam contra por força de argumento não consentâneo com a realidade, qual seja, a livre disposição do raciocínio jurídico do juiz. Pode até ser correta, porém, depois que o tema foi discutido em todas as instâncias, passando pelo controle de dezenas de magistrados, de diversos tribunais, e firmando o direito a ser aplicado naquela situação de repetitividade, não há sentido esse processo de renovação de demandas para o mesmo pronunciamento do Tribunal. Certo que havendo alteração no campo do direito, como já dito, como de uma regra com pertinência à temática, a tese poderá ser revisitada. Enquanto isso não ocorre, é sim, de cumprimento obrigatório a tese que se firma sob a legitimidade trazida pela lei e pelo regramento processual.

Dentro de uma experiência vivenciada de 2010 a 2020, em área de gestão de processos, convenço-me da pujança dessa plataforma processual posta à disposição dos tribunais. Com o Código de Processo Civil outorgando essa prestação jurisdicional, afirma-se que o processo é, acima de tudo, instrumento para a satisfação do direito material. Mister que o jurisdicionado obtenha a tutela e que esta seja concreta, célere, segura, e, ainda, perfeitamente exequível. Isso significa que lides idênticas com decisões finais divergentes não podem ter guarida no Judiciário de hoje, muito menos no do futuro, quando um determinado ato, propalado pela internet, atingirá milhões de pessoas; e não há de se esperar decisões em processos individuais para todos eles, com repetição de instrução e sentença unitária. Esse procedimento é coisa de 1973, não da atualidade caracterizada pela virtualidade dentro dos meios eletrônicos, com sistemas avançados de tecnologia da informação.

Então, vejo e sinto que a evolução processual trouxe ambiente propício ao enfrentamento da grande quantidade de demandas repetitivas, o qual sempre assolou o Judiciário brasileiro, especialmente em função

do comportamento de certos demandantes, geradores da maior parte dos processos/recursos perante os tribunais. E esse enfrentamento se dará com o uso da tecnologia da informação – TI e da inteligência artificial – IA.

Nesses 35 anos de existência, este Superior Tribunal de Justiça compreendeu a força da racionalização procedimental advinda da valorização dessas uniformizações de entendimentos jurídicos, especialmente em questão de direito, como o são os precedentes judiciais de cumprimento obrigatório. Vários tribunais locais também, tanto os criaram, a partir de 2016, as seções cíveis, cujas atribuições para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência – IAC.

Além dos precedentes qualificados, o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 impôs aos tribunais o dever de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, em manifesta valorização, estabelecendo, em seu § 1º, que tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

O legislador foi coeso nessa outorga de gestão de processos pelo julgador, tanto que no art. 932, IV e V, possibilitou ao relator negar provimento a recurso com tese contrária à súmula dos Tribunais Superiores ou do próprio tribunal, e dar provimento ao recurso, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, caso a decisão recorrida tenha sido contrária ao entendimento sumulado.

Nesse contexto, a edição de enunciado de súmula, além de contribuir para a uniformização da jurisprudência do tribunal, fortalecendo a segurança jurídica, fomenta a celeridade e a economia processual, haja vista ser de cumprimento obrigatório pelos órgãos fracionários e desembargadores dos tribunais, assim como os demais meios de resolução de conflitos pelo julgamento aqui discutidos.

É preciso que todos estejam atentos para que a jurisprudência firmada pelo Tribunal da Cidadania seja efetivamente cumprida pelos demais órgãos julgadores, na forma da legislação.

Os tribunais devem, respeitosamente, compreender que a estruturação, em cadeia, da expressão da uniformidade da decisão judicial

é forma de gestão e de organização dos recursos, traduzindo em celeridade e segurança jurídica, além de viabilizar o uso da inteligência artificial.

Essas inovações ocorrem quando o mundo vê sua 4ª grande revolução: a da tecnologia da informação com uso da inteligência artificial mudar o sentido das coisas, da vida e do que compreendemos hoje como mão-de-obra para fins da virtualidade.

O legislador pensou em todos os graus de jurisdição, do juiz, na menor comarca, até os Tribunais Superiores, como STJ. É imperativo implementar o Código de Processo Civil.

O acervo instrumental para a definição de direitos controvertidos de hoje é diferente daquele de ontem, e estará ultrapassado logo no amanhã. Portanto, essas ferramentas também estarão, e devem ser utilizadas a tempo e a modo para realizar sua função essencial no presente. É preciso compreender que cada passo rumo à evolução traz benefícios e necessidade de aprimoramento da tecnologia. E, acima de tudo, exige-se boa vontade para implementação das melhorias.

De tudo, o mais importante é a evolução do pensamento e a vontade dos aplicadores de usarem essas permissões, que, na realidade, são determinações, como os julgamentos conjuntos e os precedentes de cumprimento obrigatório para realizar a equilibrada justiça, a todos os iguais igualmente. Para tanto, a tecnologia é parceira na medida em que há identificação e reprodução de julgamentos sem a necessidade de assobrar a mão-de-obra humana, a qual está pronta para coadjuvar o Judiciário nessa importante missão.

Essa compreensão serve tanto para os feitos cíveis quanto para os criminais. No caso da seara criminal, há desafios peculiares.

Evidentemente, processo criminal é diferente do processo cível, especialmente o público. Nem por isso dispensa ou obsta a formação e o uso de precedentes. No âmbito do precedente criminal houve evolução importante na legislação e na materialização, por meio de recursos repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça. Exatamente em 2021, ano de comemoração do 80º aniversário do Código de Processo Penal, o Ministro Rogerio Schietti coordenou a edição do Livro “Código de

Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência – Tomo I e Tomo II”, o qual homenageia o código procedimental criminal, abordando, por força de compromisso com o futuro, o ambiente de seu nascimento legislativo, em 1941, ponderando sobre as inovações sociais que vieram e virão com repercussão prática nos feitos dessa matéria, e a necessidade de ser aprimorado.

Como a lei adere ao fato social, que constantemente transmuda, transformando a atividade humana e, por consequência, advindo inovação na forma de cometimento de crimes, exigindo conformação da legislação e do processo penal, especialmente no âmbito da investigação, pilar do CPP, o legislador disponibilizou a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada “Pacote Anticrime”, que veio para coadjuvar o aparato procedimental em parte substancial. É possível presumir que o futuro do Direito Processual Penal está atrelado à possibilidade do acompanhamento da evolução da tecnologia, que atualiza a potencialidade do Estado de investigar e punir crimes antes inexistentes ou melhorar o desempenho daqueles existentes.

Crimes ligados às operações de crédito, informações corporativas, extorsão cibernética, ataques a bancos de dados e até a *cryptojacking*, exploração das criptomoedas e condutas de negócio com recursos inexistentes, não palpáveis, virtuais, espionagem cibernética em relação aos dados de governo ou de empresas privadas, para essas modalidades, não há fronteiras, não há sede única do ato ou do resultado. Mas existem leis, como a do Marco Civil da Internet ou a Geral de Proteção de Dados Pessoais, e são meios de coibir a utilização dessas ilicitudes virtuais.

Ações judiciais individuais contra o direito estabelecido quantitativamente aumentam a cada dia. Por isso, mister a ferramenta para o julgamento também com essa velocidade, segurança e eficiência, como é o caso dos precedentes qualificados nessas sendas criminosas, que geradas a partir de repetidas ações, com o mesmo objetivo e a busca de mesmo resultado, devem merecer teses de direito que norteiem a sociedade, editadas dentro de cada especificidade.

É importante, ainda, que os tribunais atentem para regar, por exemplo, a identificação de juiz preventivo em crimes de rede, que são

repetidos em diversas localidades, quer dentro da comarca ou fora dela. O Direito Processual Penal também tem a ver com a sistemática de repetitividade ou da repercussão geral, sedimentado perante o STJ ou o STF. São múltiplos atos ilícitos que geram ações penais e que não devem ser julgadas como se fossem casos individuais e apartados, sob pena de exaurimento do sistema judicial.

É preciso alocar no processo penal, a exemplo do processo civil, ferramentas em patamar de igualdade com outras ciências, todas submissas à lei evolutiva da sociedade, usuária da tecnologia para realizar atos, e com aquelas mantendo-se o processo penal rejuvenescido sob um novo processo eletrônico, digital com uso da inteligência artificial para utilizar dos recursos próprios que a lei trouxe, e o julgamento adaptado à sistemática de precedentes judiciais de cumprimento obrigatório, com abrangência de feitos.

Essa sistemática organizada, como é o sistema de precedentes judiciais, veio ao mundo jurídico-processual para sedimentar o princípio da segurança jurídica, de forma que a decisão do Tribunal Superior seja respeitada pelos tribunais inferiores, assim como na denominada horizontalidade, ou seja, pelos membros do tribunal que devem respeitar a decisão de seu órgão formador de precedente. Para tanto, é preciso um pacto.

Equivale dizer que para alcançar seu desiderato, o sistema de precedentes deve ser agasalhado por todos os magistrados que estejam na condição de juízes de causa já tratada dentro da sistemática que gerou o precedente obrigatório, sob pena de, desrespeitando-o, contribuir para mais desequilíbrio e insegurança jurídica dentro da turma julgadora, da câmara e até mesmo do tribunal.

Sabido é que nosso sistema é *sui generis*, ou seja, um caminhar do *civil law* para o *common law*, com adaptação necessária à característica jurídica brasileira, até mesmo em função da nossa Carta Constitucional e do nosso Código de Processo Civil, por seus arts. 926 e 927, os quais abrem o horizonte para que os tribunais se organizem e ditem regras de procedimento através de seus regimentos internos, e assim possam oferecer mecanismos para uniformizar a interpretação do fato frente ao direito,

de forma idêntica para os casos idênticos, com decisões plausivelmente repetidas e que não causem surpresa no mundo jurídico e na sociedade, e privilegie o princípio da isonomia.

O novo CPC acreditou que o sistema de precedentes judiciais de cumprimento obrigatório é o meio pelo qual o Poder Judiciário conseguirá responder aos reclamos da sociedade em ações repetitivas ou que exigem decisões idênticas, porque a causa de pedir e o pedido são os mesmos. E para atingir seu desiderato, mister que haja a perfeita interação dos órgãos julgadores à sistemática, observada a possibilidade de distinguir ou outra situação de modificação legislativa superveniente à formação. A utilização das ferramentas de tecnologia da informação para a identificação dos processos contendo ações que discutam a igualdade dos pleitos, os quais poderão ser separados/agrupados serão facilitadores para o julgamento conjunto pelo julgador prevento e para a replicação dos precedentes ao universo de feitos em andamento no Judiciário, contribuindo para a economia de atos humanos, preservando a natureza com menos uso de papel, além de possibilitar novos meios de prestação de serviço, porque a dinâmica da virtualidade assim propicia.

É isso, portanto!

O caminho do futuro leva à irreversibilidade da utilização da tecnologia da informação, com utilização da inteligência artificial para o fim de o Judiciário cumprir com firmeza os preceitos que o novo código de processo estabelece como a forma ideal de prestar a jurisdição. Em ambiente tão favorável à utilização desses sistemas de identificação, tratamento, conjugação e replicação de dados não é demais assinalar que a cognição sempre será necessária para a humanidade bem viver em sociedade, mas a inteligência artificial muito ajudará em nossa missão de realizar a justiça. Não se quer dizer que o homem será substituído pela máquina, esta o ajudará a melhorar seu desempenho profissional, produzindo mais e com segurança, o que colaborará, também, com a saúde física e mental dos magistrados e servidores.

Como de sabença geral, o filtro instituído pela EC n. 125, de 14 de julho de 2022, obriga a demonstração da relevância das questões versadas no processo, sob pena de não conhecimento do recurso especial no STJ. É meio de reduzir recursos que são recebidos pelo Tribunal, que

não é, constitucionalmente, uma terceira instância judicial. Carece de regulamentação e é importante que neste 35º aniversário, o Congresso Nacional regulamente esse significativo meio de controle de subida de recursos. O STJ tem recebido carga cada vez maior de recursos e ações originárias. No plantão judiciário 2023/2024, foram ajuizadas mais de 130.000 medidas. A filtragem da relevância muito ajudará o Judiciário e o jurisdicionado. É preciso que o parlamento assim se conscientize. Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal da Cidadania, não só prestará relevantes serviços jurisdicionais à sociedade, como dará o exemplo aos demais tribunais brasileiros no sentido da boa aplicação das regras inovadoras que o Poder Legislativo, em nome do povo, concede ao Judiciário.

O aumento diário na distribuição de processos contendo lide semelhante, tanto no STJ quanto nos Tribunais estaduais e nos Tribunais Regionais Federais leva à reflexão sobre a necessária utilização de todos os mecanismos que ajudem na prestação da jurisdição, efetiva e segura.

Casos há muitos, conforme dados do Painel de Consulta ao Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, mais de 129 processos estão sobrestados na Justiça estadual aguardando o julgamento, pelo STJ, do Tema Repetitivo 986, inclusão da tarifa de uso do sistema de transmissão de energia elétrica – TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica – TUSD na base de cálculo do ICMS. Outros 157 mil processos foram sobrestados na Justiça Federal por conta do Tema Repetitivo 731, no qual se discutia a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS.

Tudo bem tratado e utilizado propiciará ao Judiciário cumprir com os preceitos constitucionais e legais de forma a distribuir a justiça, agora sob a formatação de uma gestão estratégica de bens e serviços, na qual a integração da inteligência humana com a capacidade da máquina de reproduzir e usar parâmetros para replicar padrões interpretativos, associada aos institutos processuais como o IRDR e o IAC, bem como às sistemáticas dos recursos repetitivos e repercussão geral, responderão à sociedade com decisões soberanamente justas, eficientes e céleres, de forma isonômica.

O modelo de processo de hoje, sob a gestão efetiva do juiz, com as ferramentas processuais existentes e a tecnologia da informação, está qualificado pela utilização da técnica de refinamento de dados e sua utilização virtual e eletrônica de forma a julgar, racionalizando o entorno judiciário e proporcionando melhoria para juízes, servidores e usuários.

Estamos, apenas para um exemplo, em fase de alteração da lei civil. Mudanças sensíveis são esperadas. O mundo evolui de 2002 para cá, e nossos relacionamentos passaram a ter velocidade virtual. Preparemos, pois, para demandas judiciais que virão para regular:

1. A personalidade internacional, sob direitos internacionais para o exercício de direitos civis.

2. Morte encefálica, como fim da pessoa natural e vontade das crianças, quando os pais em separação.

3. Capacidade civil e vínculo com dados pessoais e digitais.

4. Direitos de personalidade e a relação com os animais. Incorporação da jurisprudência que tem conferido direito aos animais, em especial aos animais de estimação, inclusive à indenização quando maltratados.

5. Transmissão de bens imóveis – exigência de escritura pública, qualquer valor.

6. Juros de 1%, dobrados em caso de usura.

7. Direito de empresa, direito das coisas, pacto comissório, usucapião, locação, especialmente por aplicativos.

No campo do Direito Digital serão regulados:

1. Pessoa no ambiente digital.

2. Situações jurídicas no campo digital.

3. Segurança no ambiente digital.

4. Patrimônio digital para herança digital.

5. Inteligência artificial nos contratos, como um todo.

6. Assinaturas eletrônicas.

7. Atas notariais eletrônicas.

Para os operadores do Direito essas mudanças significam novas formas de atuação profissional, quer pelo surgimento de novos formatos de prestar assistência jurídica ao cliente, quer pela forma de acesso à estrutura judiciária, mas e especialmente em função dos novos formatos nas relações humanas, agora ditadas de vez pela virtualidade, em um ambiente tecnológico na forma digital, com peculiaridades – avanços positivos, mas com exigência de obediência à legislação que virá, e pela ética nos relacionamentos. *Blockchain, tokenização, smart contracts*, criptomoedas.

Isso trará novos desafios para institutos tradicionais no campo exposto, material, repercutindo no campo da responsabilidade civil, da prescrição, dos títulos de crédito, das relações bancárias e no comércio em geral, especialmente o internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do futuro e o futuro do Direito passam pela reformulação da estrutura judiciária e de nossos conceitos atuais. Para adequar as atividades operadoras do Direito à nova fase do Código de Processo Civil, que determina a segurança jurídica e a estabilidade das decisões dos tribunais para pacificar os temas controvertidos em questões de direito, são apropriados mecanismos como o IRDR, o IAC, as sistemáticas da repercussão geral e dos recursos repetitivos, bem como as súmulas dos tribunais.

Com efeito, houve mudança na lei porque a sociedade entrou em estágio de transformação numa rapidez de proporções jamais vistas, exigindo do Judiciário o acompanhamento do novo formato de dizer o direito, inclusive com a ajuda de ferramentas tecnológicas antes inexistentes.

A racionalização procedimental decorrente desses novos formatos de julgamento e da força dos precedentes judiciais associada à inteligência artificial é que tem o poder de transportar o Poder Judiciário do passado – fulcrado no processo físico, individual e de julgamento específico – para o atual estágio, que reclama celeridade, eficácia e segurança jurídica, atendendo aos anseios do jurisdicionado, alcançando o modelo social de processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

CASTRO, Ana Cristina de; CASTRO, Cláudia Osório de. **Gestão Pública Contemporânea**. Curitiba: InterSaberes, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1/PainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 2 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metodologia de gestão estratégica**. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/metodologia/609-gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/metas-do-judiciario>>. Acesso em: 22 maio 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas nacionais do Poder Judiciário 2016: Glossários e esclarecimentos. Justiça estadual**. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/afd5c18def6dc2586d1f4c866b861297.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 235, de 13 de julho de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2312>> Acesso em: 2 out. 2019.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. **A Crise de Gestão do Poder Judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução**. [2011] Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wpcontent/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *et. al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.** [2005]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 2 out. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Cartilha do sistema RADAR.** Disponível em: <<https://rede.tjmg.jus.br/data/files/B5/92/90/DC/6881461011FB5F36B04E08A8/Radar%20-%20paper.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Manual do sistema ÁGIL.** Disponível em: <<file:///C:/Users/t0033647/Downloads/Manual%20Agil.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual.** Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XZdCnIVKiM8>>. Acesso em: 3 out. 2019.

VIEIRA, Luciano José Martins; PINHEIRO, Ivan Antônio. **Contribuições do Conselho Nacional de Justiça para a Gestão do Poder Judiciário.** [2008]. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-B1084.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

ANOTAÇÕES SOBRE 35 ANOS
NOS PRIMEIROS MESES DOS PRÓXIMOS
23 ANOS

Daniela Teixeira
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

ANOTAÇÕES SOBRE 35 ANOS NOS PRIMEIROS MESES DOS PRÓXIMOS 23 ANOS

Ministra Daniela Teixeira¹

Cheguei a esta Corte em novembro de 2023. Vim da advocacia criminal, dei a volta em torno da grande mesa simbólica do Direito, sentei-me de frente para o lugar onde ficava a advogada que fui e passei a olhar para ela, para o Brasil, para o mundo, como ente judicante, como Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Estas são notas sobre os primeiros meses dessa vivência, em que ainda procuro a tomada, onde esqueço a bolsa em lugares novos, meses de enfrentamento de uma realidade imensa, complexa, que atravessa todas as dimensões da vida humana, mas que entregou a mim a chancela de decidir, com as demais chancelas desta Corte, sobre o futuro de centenas e centenas de milhares de pessoas cujas vidas têm seu passado destrinchado, seus conflitos expostos e seu futuro definido pela mão ora forte, ora solidária, ora protocolar, ora justa, ora compassiva, ora bruta do Estado que julga, que apena, que condena; que acolhe, que medeia, que liberta.

¹ Ministra do Superior Tribunal de Justiça, mestre em direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e especialista em direito econômico e empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

O convite para escrever sobre os 35 anos do STJ chegou cedo demais para quem acabou de começar a ver por dentro este relógio de mecanismo transparente e fascinante, não por isso menos difícil de entender e manter em funcionamento minuto a minuto, dia após dia. Por ter chegado cedo, ofereço impressões sobre de onde viemos, onde estamos e proponho alguns temas para discutirmos o que legar às próximas gerações.

Os 35 Anos

Na década de 1980, ao fim da qual surgiu esta Corte, o Direito havia se tornado uma ocupação menor depois de 20 anos de ditadura, num país com economia fechada para o mundo e planejada para poucos. A advocacia não atraía as melhores cabeças, era relativamente pequena a estrutura da máquina pública para lidar com conflitos, porque a solução para eles não vinha do Direito, não emanava de Tribunais: advinha da força, das relações pessoais com o poder e da distribuição histórica de territórios aristocráticos – provincianos, mas aristocráticos. Eram os Donos do Poder de Raymundo Faoro que conduziam os negócios do País. O regime militar de então faliu, entregou o governo a civis tutelados e cedeu ao projeto de uma nova Constituição Federal.

A Constituinte abriu novo momento para o País; e a Constituição que dela adveio deu os contornos estruturantes de outro caminho a ser trilhado no nosso subcontinente.

É nesse momento histórico que surge o STJ. A Corte surge acotovelando-se com as demais instâncias decisórias. São muitas as decisões que definem competências em matéria estadual, federal e trabalhista: o tribunal procurava seu lugar.

As matérias que sempre tiveram espaço nos grandes conflitos judiciais foram as que dividiram a Corte em três: Direito Público, Direito Privado e Direito Criminal. Mas os temas que ocuparam a Corte foram mudando ao longo das décadas.

Os anos 1990 viram surgirem e/ou subirem aos tribunais superiores a Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, as Ações Cíveis Públicas. O Plano Collor trouxe legiões de cidadãos às barras dos tribunais, algo nunca visto antes, e da qual a Justiça

nunca mais se livrou. O Brasil, ali e então, se tornou um País de alta litigiosidade.

Os freios de arrumação entre tribunais e suas atribuições viu a ascensão das Pessoas Jurídicas como responsáveis objetivas e partes integrantes, cada vez mais, do cenário judicial.

Os anos 2000 viram um Novo Código Civil, a afirmação do Direito Empresarial como matéria de disputa e estudo, o Direito Bancário buscando sua distinção com o Direito Civil e do Consumidor. O setor imobiliário cresceu e, como já começava a ser costume, judicializou-se.

A violência tomava as cidades. Veio o Estatuto do Desarmamento e a primeira reação a uma má ideia: A Lei das Drogas.

A década de 2010 viu instalar-se um Novo Código de Processo Civil, o Marco Civil da Internet e a lei das Organizações Criminosas. O mundo era todo diferente do que era aquele em que nasceu a Corte.

Na década de 2020, o esgotamento da capacidade de resposta à alta litigiosidade da sociedade brasileira exige soluções tecnológicas e institucionais, que estão longe de encontrarem resposta.

Os desafios atuais adotam nova linguagem: Raça, Classe e Gênero. Capacitismo. Decolonização do Sistema Judicial. Afirmação de um Brasil brasileiro, com a superação da cultura de colônia que faz nossa economia ser tão instável e nossa sociedade tão desigual.

O Que Legar para o Futuro?

O Sistema de Justiça no Brasil vem se transformando passo a passo, não sem retrocessos, desde o advento da Constituição Federal de 1988. O primeiro passo foi na direção de restabelecer direitos individuais depois de décadas de ditadura.

O art. 5º da CF domina a pauta até hoje. Liberdades públicas, garantias constitucionais ainda consomem debates em torno do aborto, da superação da guerra contra as drogas, do racismo em todas as suas formas, da igualdade entre os gêneros, da necessidade de se redesenhar arquitetura, urbanismo e comunicação para atender pessoas com deficiência, da cultura do etarismo, da defesa dos povos originários.

Entendo que todos esses debates são necessários e urgentes, e que sua solução passa por mudar o foco do art. 5º para o art. 3º da Constituição Federal. Perdemos, no meio do caminho da defesa das individualidades e da diferença, o senso do que nos une como País, sociedade, unidade de gente: perdemos uma brasilidade cuja construção precisa ser retomada.

Que é ser brasileiro, brasileira? O art. 3º responde:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As individualidades, a igualdade e as diferenças garantidas pelo art. 5º não bastam para alcançarmos os objetivos de ser brasileiro ou brasileira, que é construir uma sociedade livre, justa e solidária.

É preciso que o debate comece a migrar para o que nos une como povo num território sob um Estado que ordena as relações humanas e as relações humanas com a natureza.

Numa decisão recente, tive a oportunidade de colocar em prática esse entendimento. É um primeiro passo da direção do que talvez se possa chamar de Descolonização do Sistema Judicial, no sentido de um processo de superação, paulatina, do olhar colonizador do dono do poder e do impositor de uma ordem não-livre, não-justa e definitivamente não-solidária, para, no lugar desse olhar, enxergar o Outro e abraçá-lo com o calor de um Estado solidário, de um Poder Público que cuida e constrói caminhos para a vida em sociedade para quem nossa História de Desigualdade oferece não mais do que violência e exclusão.

Acho que, para iniciar o debate, este *habeas corpus* serve como provocação, então transcrevo:

O paciente andava descalço por uma estação de metrô de bairro nobre de São Paulo. Sua aparência chamou a atenção de seguranças, que o abordaram e indagaram se precisava de ajuda. O paciente rejeitou a ajuda e continuou andando por ali. Os seguranças passaram a segui-lo. Passaram-se quarenta minutos, e então os seguranças viram o paciente atacar a vítima e tentar arrancar-lhe sua mochila. Vítima, seguranças e populares reagiram e tentaram imobilizá-lo; o paciente agitou-se, lutou para não ser imobilizado, tentou morder quem buscava contê-lo. Afinal imobilizado, foi algemado.

O paciente foi preso em flagrante e teve sua prisão convertida em preventiva pelo juízo singular a partir de conclusões tais como:

“Os fatos ostentam gravidade CONCRETA, pois a conduta envolveu violência. Veja-se que **NÃO há comprovação de exercício de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação)** sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.

NÃO há ainda comprovação de endereço fixo que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal.” (e-STJ, fl. 60)

Não me parece que essas afirmações peremptórias possam sustentar uma prisão preventiva.

Não há nos autos o que sugira que o paciente viva de atividades ilícitas, **apenas conclusões peremptórias a partir de um estereótipo do morador de rua: sem endereço fixo, sem trabalho - logo, só pode viver do crime.** A vida não é tão simples. Definitivamente não no Brasil, não em São Paulo:

“Com a maior população de rua do Brasil, a cidade de São Paulo registrou aumento no número de pessoas que vivem nessa condição, em junho. Levantamento do Observatório Polos de Cidadania da Universidade

Federal Minas Gerais (UFMG) mostra que esse número passou de 52,1 mil em maio para pouco mais de 53,4 mil. No país, o número passou de 215 mil em maio para 220 mil em junho. A base de dados é o Cadastro Único (CadÚnico). (fonte: EBC, “População de Rua Cresce em Junho, aponta estudo”, datada de 1.9.2023, consultada em 9.2.2024, link <http://bit.ly/49wRHCP>)”

O Poder Público precisa estar pronto e articulado para responder às consequências desse fenômeno. E não é o encarceramento que resolverá. A Constituição Federal, em seu art. 3º, estabelece que o Brasil existe como unidade política para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não é livre a sociedade que impõe o cárcere como solução para a miséria.

Não é justa a sociedade que não sabe o que fazer quando um morador de rua, desarmado e despossuído, desorientado e desvalido, ao se ver observado por quarenta minutos por seguranças num espaço público limpo e organizado como o metrô de São Paulo, se enfurece e acaba por ir às vias de fato com outro transeunte e causa grande tumulto até ser contido num dia de fúria.

Não é solidária a sociedade que não enxerga em todos a mesma condição humana de quem assina um decreto prisional, de quem volta do trabalho no metrô, de quem faz a segurança de uma estação, de quem a economia, a desigualdade e o fracasso do Poder Público jogou na rua, descalço, irritadiço, irascível, miserável. Preso, por falta de instrumental do Estado para melhor encaminhar a situação.”

Na homologação da prisão em flagrante com conversão em prisão preventiva, anotou o juízo singular:

“Ressalto também que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis (primariedade) não é o bastante para impor o restabelecimento imediato da liberdade.

É que o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art.312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais

favoráveis? (STJ,HCnº0287288-7, Rel.Min. Moura Ribeiro, Dje.11/12/2013).

A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar.

A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de inocência? (STJ. HC nº34.039/PE. Rel. Min. Felix Fisher,j.14/02/2000).

Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor. Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal.

Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme toda a fundamentação acima (CPP,art.282,§6º).

E não se trata aqui de decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (CPP, art. 313, §2º), mas sim de que as medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública.”

O voto condutor do acórdão impugnado expressa-se de maneira peculiar no reforço do estereótipo do morador de rua (e-STJ fls. 19-20):

“Inicialmente anoto que a decisão atacada está fundamentada a contento, pois dela constam os motivos pelos quais a autoridade apontada como coatora concluiu que a constrição seja necessária.

No mais, há provada materialidade, **são promissores os indícios de autoria e razões de ordem pública justificam a constrição, pois a sociedade deve ser privada do convívio de pessoa que investe violentamente contra o patrimônio alheio.**

Os demais questionamentos não comportam abordagem neste instrumento de cognição sumária, porque dependem de incursão aprofundada na prova. Importa que ao investir contra a vítima e os guardas, tentando agredi-los fisicamente, aparentemente o Paciente teria praticado roubo impróprio, porque visava fuga e o proveito do crime.

Como a pena máxima cominada ao delito imputado ultrapassa a quatro anos de reclusão, a custódia tem amparo no art. 313, inciso I, do CPP, e na hipótese de sobrevir condenação o Paciente não poderia ser beneficiado com a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos, **e em razão do emprego de grave ameaça não se pode antever que o regime prisional seja o mais brando**, contexto em que a constrição se mostra razoável e proporcional, sendo irrelevante neste momento a primariedade do Paciente.

Por fim, anoto que há muito os Tribunais Superiores pacificaram entendimento de que **a prisão preventiva, por ter natureza de cautelar processual, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.**”

“São promissores os indícios”. O prazer de condenar. “A sociedade deve ser privada do convívio de pessoa que investe violentamente contra o patrimônio alheio”. A pressa em segregar. Não estão falando de Erivan de Fretas Félix. Estão enxergando o mundo com os olhos do século XIX do inspetor Javert, de Victor Hugo. Mas o Judiciário brasileiro em 2024 não pode permitir que Erivan receba o tratamento dado Jean Valjean - o miserável que furtou dois candelabros de prata, não uma mochila, mas ainda assim recebeu uma bênção solidária da vítima, muito diferente da eterna perseguição que sofreu de uma autoridade paranoica. Os miseráveis estão às portas, sim. 54 mil na São Paulo de agosto de 2023. Mas medo não é, nem pode ser princípio de política pública no Estado de Direito.

A defesa, em caminho bastante diverso, aponta dúvida sobre a tipicidade da conduta e a necessidade de perquirição mais profunda, antes de sequer se pensar em ver no paciente o autor de um crime bem definido:

“Ora, tratando-se de indiciado primário e de bons antecedentes e restando claro que a correta tipificação dos fatos é da ocorrência de um delito de furto simples, mostra-se de rigor a concessão da liberdade provisória ante a ausência de uma das hipóteses legais do art. 313 do CPP. Por outro lado, ainda que assim não fosse, resta demonstrada a menor gravidade em concreto dos fatos atribuídos ao paciente, uma vez que as lesões foram causadas de modo colateral.

Neste ponto, contudo, o acórdão entendeu que se trataria de questões afeitas ao próprio mérito da causa e que demandaria a produção de provas. Assim sendo, entendeu não ser a via do *habeas corpus* adequada para a análise das questões levantadas pela Defensoria Pública.

Ocorre que tal posição não encontra lastro no texto legal, uma vez que um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva é a prova de materialidade delitiva, a qual abrange todas as etapas do modelo analítico do delito, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Portanto, não só é cabível, como é crucial, a análise da presença de elementos informativos com preponderância acusatória para o delito qualificado em questão, sob pena de violação do princípio da presunção de não-culpabilidade. Isto porque apenas com a presença de elementos que façam preponderar a tese acusatória, sem que haja dúvida relevante sobre a autoria e tipicidade dos fatos, permitir-se-ia que referido princípio constitucional fosse relativizado no caso concreto, dando azo à aplicação de medidas cautelares em face da maior gravidade.

O fato da cognição realizada no *habeas corpus* não ser exauriente não tem como decorrência lógica a impropriedade da análise da autoria e da tipicidade dos fatos para verificar se há prova de materialidade do delito, nem condiciona de qualquer forma o Juízo do conhecimento, pela simples razão de não fazer coisa julgada material decisão prolatada com base em cognição sumária em sede de *habeas corpus*.

Com base nos elementos informativos pré-produzidos que instruem o *writ*, o julgador mediante exercício de cognição sumária irá verificar se há prova de

materialidade do delito, o que abrange todas as etapas da teoria do delito: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Caso não verifique, com base apenas nos elementos pré-produzidos, a presença de todas as características do delito, segundo este viés analítico, ou mesmo haja dúvida relevante quanto à presença de uma delas, no caso a tipicidade dos fatos imputados ao paciente se inculpa no art. 157, parágrafo primeiro, do Código Penal, deverá com base no princípio da presunção de não-culpabilidade revogar a prisão e conceder liberdade provisória ao paciente.”

Tem razão a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Não estou certa da tipificação da conduta do paciente. Tampouco estou certa da não-tipicidade da conduta de seguranças que acompanham, por quarenta minutos, um cidadão na expectativa de que erre. Quarenta minutos quatro olhos sobre alguém na miséria. Não é o caso de indagar se estamos diante de um momento de fúria?

O criminoso não age sob os olhos de quem vigia. Procura oportunidade segura. Nos autos, surge a expressão “furto de oportunidade”. A oportunidade característica do furto é a coisa desassistida, sim, mas o paciente estava todo o tempo assistido: pelos seguranças. Erivan não é do ramo. Erivan é um morador de rua.

É preciso buscar outra solução para o caso. A prisão preventiva não faz sentido. O paciente precisa de mais atenção e não de segregação. É para isso que existe a assistência social, as políticas de renda básica, os abrigos, o olhar acolhedor do Poder Público.

Por todo o exposto, conheço do *habeas corpus* para conceder a ordem de revogação da prisão preventiva do paciente.

Solicito que o órgão da Defensoria Pública que cuida deste *writ*:

i) verifique se o paciente está com sua documentação de identidade, carteira de trabalho e cartão de vacinação em dia; em caso negativo, encaminhe-o para que os recupere e atualize;

ii) encaminhe o paciente ao órgão de assistência social do município, em busca de abrigo que ele aceite, e de oportunidades de empregabilidade e renda;

iii) apure se é o caso de encaminhar o paciente ao RAPS; em sendo o caso, contate o RAPS para que o receba e dele cuide na extensão de suas atribuições;

De ofício, determino que o paciente cumpra as seguintes medidas cautelares:

i) recolher-se a abrigo noturno mediante orientação da Defensoria Pública;

ii) entrevistar-se mensalmente com a Defensoria Pública, para relatar a evolução de sua situação pessoal.

Comunique-se, com urgência, ao juízo singular esta ordem de *habeas corpus*.

Comunique-se, com urgência, à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para que informe esta relatora se aceita as incumbências sugeridas nesta decisão.

Disse eu alhures, que é preciso entender que liberdade sem igualdade e sem respeito ao Outro é opressão ou violência. A liberdade não pode vir a qualquer custo numa sociedade complexa. É preciso construir um Estado que articule bem seus instrumentos e sua capacidade de intervenção na realidade concreta para prover, ao mesmo tempo, liberdade, oportunidade, acolhimento, respeito recíproco entre quem infringe a lei, quem exerce a autoridade, quem é a vítima e, esta é a nova personagem necessária nesta equação: quem no Estado cuida de renda mínima, empregabilidade e renda, saúde (especialmente, saúde mental), tutela e curatela de direitos do cidadão.

O Sistema Judicial não funcionará se apenas cuidar de prender, manter preso e soltar. É preciso preocupar-se, em limites cada vez mais largos, com o indivíduo, sim, mas seu ambiente e seu futuro, e o ambiente e o futuro dos que estão à sua volta.

Para dar concreção ao que falo, lembro que foi muito discutido o caso do paciente de um *habeas corpus* que teria furtado shampoos no valor de R\$ 80,00. Votei pela concessão da ordem, em respeito ao princípio da insignificância. O paciente reiteradamente furtava, mas furtava para cuidar

de si e em valores irrelevantes. Não havia ilicitude nem no primeiro, nem no centésimo furto, porque a conduta não é ilícita, e a Justiça deve julgar a conduta, não o indivíduo.

Porém, um caso mais recente me fez ponderar que há uma distinção a ser feita quando o paciente furta reiteradamente, mas do mesmo comércio, diante das mesmas pessoas. Aqui, surge uma violência que não é insignificante. A liberdade não pode ser autorização para desprezar o Outro, violar reiteradamente o sossego e o direito ao trabalho do Outro, a segurança do Outro.

Como resolver isso?

Busquei dar um passo nessa direção ao conceder a ordem e livrar solto o paciente, mas com *distinguishing* que impõe medidas cautelares específicas e solicita atenção especial ao paciente e às vítimas. Na decisão, cito o caso dos shampoos e construo, a partir dele, a distinção.

Acho que cabe transcrever aqui:

Conheço do *habeas corpus* para conceder parcialmente a ordem.

Casso a fiança, porque o paciente não pode, pelos motivos expostos pela defesa, ficar preso apenas por não ter como pagá-la. A defesa cita decisão da qual fui relatora, cuja ementa é a seguinte:

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE RECONHECIDA. CONDUTA PRATICADA SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. *RES FURTIVA* ATRELADA A OBJETOS DE HIGIENE PESSOAL DE BAIXO VALOR ECONÔMICO, IMEDIATAMENTE RESTITUÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA DE EVENTUAL REITERAÇÃO DELITIVA EM RAZÃO DA ATIPICIDADE DO FATO. PACIENTE TECNICAMENTE PRIMÁRIA. ORDEM CONCEDIDA PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. *Habeas corpus* que tem por objeto o trancamento de ação penal, na qual se imputa à paciente a prática do crime de furto simples (art. 155, caput, do Código Penal), pela

suposta subtração de 8 (oito) frascos de shampoo, que foram restituídos à vítima logo após a captura da ré.

2. Incidência ao caso do princípio da insignificância, que retira a tipicidade da conduta imputada à paciente.

3. Eventual reiteração delitiva não confere tipicidade a condutas irrelevantes para o direito penal, ramo jurídico que só deve ser chamado em hipóteses extremas e para tutelar a violação dos bens mais caros à sociedade. Na hipótese dos autos, somada a essa conclusão está o fato de a paciente ser tecnicamente primária.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem amadurecido no sentido de compreender que é “mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato” (RHC 210.198/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14/01/2022).

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à paciente e determinar o trancamento da ação penal, por maioria de votos, vencido o Ministro Relator (AgRg no HC n834.558/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, relatora para acórdão Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 20/12/2023, grifou-se).

As circunstâncias do precedente são muito semelhantes às deste caso, porém cabe um *distinguishing*: O paciente não é primário e, pelos depoimentos das vítimas, vai àquele mercado especificamente com frequência para furtar.

A circunstância de o paciente reiteradamente furtar do mesmo lugar, perante as mesmas pessoas, causa uma insegurança a elas que a Justiça precisa abordar. Não se trata de relevar a insignificância do furto, mas sim de dar relevo ao significado de furtar perante as mesmas pessoas. Não é o valor econômico que está em jogo, nem a condição familiar do paciente, mas o direito de quem trabalha num determinado lugar, seja dono, seja atendente, de fazê-lo em paz e em segurança.

A atipicidade do furto insignificante pelo preço não pode tornar irrelevante a violência concreta que vivem as vítimas especificamente neste caso, reiteradamente visitadas pelo paciente e por ele desrespeitadas em sua dignidade ao terem de lidar com sua conduta que não é a de cliente, não é a de compra e venda, não é uma relação respeitosa.

A Justiça, neste caso, precisa encontrar o ponto de equilíbrio entre a condição de hipossuficiente do paciente e a condição de cidadãos que têm direito à segurança pública, na forma do art. 144, da Constituição Federal.

Assim, concedo a ordem requerida para o fim de cassar a fiança e determinar a expedição de alvará de soltura do paciente, porém estabeleço também as seguintes medidas a serem tomadas em concomitância à soltura do paciente:

i) Fica o paciente proibido de:

- a) chegar a menos de 100 metros do mercado em que aconteceram os fatos objeto destes autos;
- b) dirigir-se a abordar, entrar em contato com ou aproximar-se das vítimas e das testemunhas do processo;

ii) Determino ao paciente que se apresente:

- a) ao órgão municipal de assistência social, para verificar se sua documentação está em ordem, se tem direito a algum benefício governamental para seu sustento;
- b) à secretaria municipal responsável por trabalho e emprego para verificar oportunidades de obter sustento formal e legal; e, se for o caso,
- c) ao RAPS, para acompanhamento de sua saúde, neste caso específico, se o juízo original entender cabíveis.

iii) Determino que o paciente preste contas ao juízo original de sua apresentação aos órgãos apontados acima.

Ficam mantidas as demais cautelares impostas ao paciente pelo juízo original.

Esclareça-se ao paciente as consequências do descumprimento das medidas cautelares a ele impostas.

Solicito ao órgão da Defensoria Pública do Estado de Goiás responsável pela defesa do paciente que oriente o paciente e, na medida do possível, acompanhe seus contatos com as autoridades de assistência social, empregabilidade e saúde.

Determino que o juízo original informe as garantias de segurança a que passam a ter direito, para que possam acionar a autoridade policial em caso de descumprimento. Comunique-se com urgência a autoridade responsável pela expedição do alvará de soltura e seu cumprimento.

A desigualdade que aponto desses dois casos está por todo lado. Assim também a violência que chega com ela.

Este ano, o 8 de março no Brasil registra o maior volume de crimes de violência contra a mulher da sua História.

A legislação avançou, políticas públicas avançaram, mais mulheres estão ocupando espaços de Poder, campanhas estão na rua. Entretanto, a violência contra a mulher segue crescendo.

A única resposta que encontro para isto é que o Espírito do Tempo em que vivemos é de reação forte à ascensão de novos atores sociais à medida que a sociedade se civiliza, se educa. Quem está acostumado a ser o dono da voz demora a aceitar ouvir.

A violência afeta também negros e pardos que ascendem socialmente, intelectualmente. É assim também com pessoas LGBTQIA+, que ganham visibilidade e buscam inserção social, cultural e econômica. É assim com as populações vulneráveis que buscam abrigo numa estação de metrô.

São placas tectônicas econômicas e sociais que se atritam.

Não é preciso ser assim.

Precisamos de feminilidade, de conhecimento, de poder, de afeto: precisamos de felicidade. De cuidado. De atenção. De uns e dos outros, e de uns pelos outros. E de umas pelas outras.

É preciso criar uma cultura de afeto. A desigualdade não precisa ser – e não será – superada sem afeto. Sem o olhar atento e cuidadoso, de cima para baixo, de baixo para cima.

Olhar de cima para baixo com desprezo e ostentação não constrói um País. Não muda uma realidade. Não é bom, não tem grandeza. E precisamos ser grandes para transformar a nossa realidade e a realidade do nosso entorno.

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Projeto gráfico
Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração
Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Apoio
Biblioteca Ministro Oscar Saraiva - STJ

Capa
Arte: Coordenadoria de Multimeios - STJ
Fotógrafo - STJ

Impressão e Encardenação
Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF