

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Editor

Luiz Fernando de Queiroz

15

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XIII – n. 15 – Maio 2018

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabete Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

ESTAGIÁRIO

Henrique Junior Choinski

CAPA

Priory

FOTO DA CAPA

Jubal S. Dohms

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

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

Semestral

ISSN 2316-4212

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

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Geraldo Dutra de Andrade Neto

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Denise Krüger Pereira
Evandro Portugal
Fernanda Karam de Chueiri Sanches
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL Albino de Brito Freire

Anita Zippin

Cláudia Lima Marques

Clèmerson Merlin Clève

Edson Ferreira Freitas

Fernando Antônio Prazeres

Francisco de Oliveira Cardoso

Ives Gandra da Silva Martins

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jorge de Oliveira Vargas

José Laurindo de Souza Netto

José Sebastião Fagundes Cunha

Juarez Cirino dos Santos

Laurentino Gomes

Luiz Edson Fachin

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Manoel Caetano Ferreira Filho

Mário Frota

René Ariel Dotti

Ricardo Hasson Sayeg

Roberto Portugal Bacellar

Teresa Arruda Alvim

APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais - **APAJUFE**

(www.apajufer.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

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

(www.esmafe.com.br)

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

(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

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

(www.redlaj.net)

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

(www.tjpr.jus.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

2º VICE-PRESIDENTE

Helio Cesar Enghardt

3º VICE-PRESIDENTE

Luis Eduardo Asperti Nardi

4º VICE-PRESIDENTE

José Candido Sobrinho

5º VICE-PRESIDENTE

Antonio Lopes de Noronha

6º VICE-PRESIDENTE

Jeane Carla Furlan

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Jederson Suzin

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Mario Nini Azzolini

1º TESOUREIRO

Cesar Ghizoni

2º TESOUREIRO

Romero Tadeu Machado

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão

Ricardo Henrique Ferreira Jentszsch

Roberto Antonio Massaro

Guilherme de Paula Rezende

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

Marco Vinicius Schiebel

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo

Nicola Frascati Junior

Edison Luiz Trevisan

Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes

Frederico Mendes Junior

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA

José Orlando Cerqueira Bremer

BOAS PRÁTICAS

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

APOSENTADOS

João Maria de Jesus Campos Araújo

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Diego Santos Teixeira

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Antonio da Cunha Araújo

ARTICULAÇÃO POLÍTICA

Anderson Ricardo Fogaça

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas

Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR

Ramon de Medeiros Nogueira

CULTURAL – MEMBRO

Rafaela Zarpelon

POLÍTICAS PARA MULHER

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

RECURSOS HUMANOS

Luciana Benassi Gomes Carvalho

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO

Nicola Frascati Junior

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO

FERREIRA DA COSTA

Nicola Frascati Junior

COMISSÃO LOCAÇÃO

Marco Antonio da Cunha Araújo

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ATLETISMO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO

Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

INFORMÁTICA

Antonio Sergio B. David Hernandez

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Sigret Heloyna Raymundo de Camargo
Vianna

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Rafaela Zarpelon

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Mayra dos Santos Zavattaro

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO

Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA

Themis Almeida Furquim Cortes

OBRAS – DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Thiago Bertuol de Oliveira

PATRIMÔNIO

Francisco Carlos Jorge

PENSIONISTAS

Marilia de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Roberto Luiz Santos Negrão

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Flavia da Costa Viana

RECURSOS HUMANOS

Luciana Benassi Gomes Carvalho

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SOCIAL – DIRETORA

Nilce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA

Vanessa Jamus Marchi

FUTEBOL – DIRETOR

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques
Vianna

FUTEBOL – VICE-DIRETOR

Bruno Henrique Golon

TÊNIS – DIRETOR

Antonio Franco Ferreira da Costa Neto

TÊNIS – VICE-DIRETOR

Arthur Cezar Rocha Cazella Junior

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR
Rodrigo Luis Giacomini

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR
Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR
João Maria de Jesus Campos Araujo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR
Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR
Leonardo Delfino Cesar

MARINGÁ – DIRETOR
Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR
José Camacho Santos

PIRAQUARA – DIRETOR
Lorni Zaniolo

PONTA GROSSA – DIRETOR
Helio César Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR
Gilberto Romero Periotto

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE
Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

MEMBROS DA COMISSÃO
Carlos Henrique Licheski Klein
Alexandre Gomes Goncalves
Oswaldo Soares Neto
Ariel Nicolai Cesa Dias

GMEF

PRESIDENTE
Diego Santos Teixeira

MEMBROS DA COMISSÃO
Antonio Sergio Bernardinetti
Marcelo Marcos Cardoso
Ricardo Henrique Ferreira Jentzch
Fernando Bardelli Silva Fischer
José Orlando Cerqueira Bremer
Ariel Nicolai Cesa Dias
Lourença Cristovão Chemin
Cintia Graeff

EMAP

DIRETOR GERAL

José Laurindo de Souza Netto

SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Clayton de Albuquerque Maranhão

COORD. GERAL DE CURSOS

Abelar Baptista Pereira Filho

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Antonio José Carvalho da Silva Filho

MEMBRO DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quintero Celegatto

CURITIBA – DIRETOR

Eduardo Novacki

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Fábio Ribeiro Brandão

CASCAVEL – DIRETOR

Phellipe Muller

CASCAVEL – VICE-DIRETOR

Pedro Ivo Lins Moreira

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rogério de Vidal Cunha

LONDRINA – DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Marcos Caires Luz

MARINGÁ – DIRETOR

Fabio Bergamin Capela

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Marcel Ferreira dos Santos

PONTA GROSSA – DIRETOR

Hélio César Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

JUDICEMED

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Nicola Frascati Junior

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz

Sigurd Roberto Bengtsson

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim

CONSELHO GESTOR

Geraldo Dutra de Andrade Neto

Nilson Mizuta

Hayton Lee Swain Filho

Shiroshi Yendo

Antonio Loyola Vieira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

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

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

A Revista Judiciária do Paraná comemora sua 15ª edição ressaltando as novas modalidades para a solução de conflitos judicializados, trazidas pela legislação processual ainda em acomodação jurisprudencial. Destaca-se o aspecto da celeridade processual necessária para o oferecimento de soluções jurisdicionais que sejam cada vez mais adequadas ao que fora deduzido.

Em virtude disso, algumas alternativas procedimentais emanadas dos novos textos legislativos entram em evidência, como por exemplo, a conciliação e a mediação, enquanto formas alternativas de resolução.

Na seção Análise, esta edição demonstra que o desafio atual da jurisdição é o de redescobrir a experiência democrática que a forjou como limitação da intervenção estatal, através da atuação e da submissão dos poderes públicos aos comandos legais.

Reconhecendo a necessidade de publicar sempre a melhor doutrina contemporânea, a RJP desde logo agradece o valioso apoio e a primazia recebida dos Autores que nela confiaram, enviando seus singulares estudos para engrandecimento do acervo. Fica o reconhecimento e o compromisso de fazer chegar às mãos de todos os magistrados paranaenses em atividade, aos gabinetes dos desembargadores e ministros, às associações e escolas da magistratura, a melhor qualidade gráfica e ortográfica possível.

Ganha relevância também a jurisprudência inovadora selecionada nesta edição, com decisões sobre benefício previdenciário estadual; serviço de telefonia deficitário; prisão domiciliar em crime de tráfico de drogas; critérios para a substituição de adjudicação de imóvel por terceiro; delimitação do fato gerador da contribuição de melhoria, dentre outros temas criteriosamente escolhidos da prática forense.

Por derradeiro, cabe oportunamente parabenizar a nova diretoria da Amapar por sua bela e merecedora solenidade de posse e agradecer pelo apoio que seu novo presidente, Geraldo Dutra de Andrade Neto, desde logo outorgou a esta RJP, reconhecendo os motivos que dão suporte à sua existência como sendo de extrema relevância e suporte à magistratura paranaense.

Boa leitura.

Joatan Marcos de Carvalho

Diretor da Revista

Curitiba, maio de 2018.

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Jurisdição e processo na contemporaneidade..... 17
Mário Luiz Ramidoff

DOCTRINA

2. Breves apontamentos sobre o legado de Gaston Jèze no direito administrativo brasileiro 35
Norton Thomé Zardo
3. A responsabilidade civil por erro médico e o dever de indenizar 45
Marcelo Mello Fagundes
4. A fixação do número de dias-multa no Código Penal 49
José Maurício Pinto de Almeida
5. A violação dos direitos da personalidade do idoso no âmbito familiar 53
Maria de Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim
6. Epistemológica jurídica a partir do *quantum* 77
Nathan Glina
7. Formação da coisa julgada material sobre a questão prejudicial de acordo com o novo Código de Processo Civil/2015 95
Rogério de Vidal Cunha
Juari Moura
8. A boa-fé processual como princípio fundamental no novo CPC 135
Fernando Rubin
9. Procedimento arbitral, hipossuficiência e acesso à justiça 155
Helena Bimonti
Augusto Lewin

10. Os dilemas da bioética e da judicialização da saúde no Brasil 177
Oriana Piske de Azevêdo Barbosa
Caroline Piske de Azevêdo Mohamed
Ana Cristina Barreto Bezerra
Dirce Guilhem
11. Uma releitura do direito das coisas a partir do princípio da dignidade da
 pessoa humana: a concessão de uso especial para fins de moradia como
 instrumento de inclusão social 195
Camila Bottaro Sales
12. Estupro de vulnerável diante do estatuto da pessoa com deficiência 213
Eduardo Luiz Santos Cabette
Bianca Cristine Pires dos Santos Cabette
13. Guinada na jurisprudência do STF na interpretação do princípio da
 presunção de inocência 241
Wanderlei José dos Reis

EM DESTAQUE

14. O dolo eventual na responsabilidade criminal do médico – breves
 anotações à luz de casos concretos 265
Miguel Kfoury Neto

JURISPRUDÊNCIA

15. Acórdãos do TJPR 275
 Administrativo, 277
 Relatora: Juíza Substituta em 2º Grau *Fabiana Silveira Karam*
 Civil, 281
 Relator: Des. *Marco Vinícius Schiebel*
 Criminal, 288
 Relator: Des. *Fernando Wolff Bodziak*
 Processo Civil, 292
 Relatora: Des. *Rosana Amara Girardi Fachin*
 Tributário, 298
 Relator: Des. *José Sebastião Fagundes Cunha*

ANÁLISE

Jurisdição e processo na contemporaneidade

Mário Luiz Ramidoff¹

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Resumo: A perspectiva jurídico-legal daquilo que se entende por jurisdição, isto é, atribuição legalmente destinada ao Estado (poder público) para a (re)solução adequada de conflitos, certamente, hoje, perpassa por uma redefinição social, política e econômica. E isso tem importante impacto na processualização das demandas que são encaminhadas ao Sistema de Justiça brasileiro. A palavra de ordem, hoje, é a celeridade necessária para o oferecimento de (re)soluções judicializadas que sejam cada vez mais adequadas ao que fora deduzido. Em virtude disso, algumas alternativas procedimentais têm sido adotadas em textos legislativos, como, por exemplo, a conciliação e a mediação, enquanto formas alternativas de resolução de conflitos. No entanto, observa-se que essas alternativas não podem se constituir em medidas adotadas a curto prazo para desafogar o sobrecarregado Sistema de Justiça brasileiro. É preciso que essas novas formas deixem de ser meros momentos processuais obrigatórios – que, para o mais burocratizam, encarecem e prolongam a relação jurídica processual (processo) – e passem, também culturalmente, a impedir a judicialização de demandas que muito bem podem ser resolvidas fora do Sistema de Justiça.

Introdução

UMA DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS CONTEMPORÂNEAS de um regime democrático é precisamente a (de)limitação de toda e qualquer intervenção estatal através de sua regulamentação legal. A jurisdição é exemplo disso, pois, ao se destinar constitucional e legalmente a atribuição de (re)solução dos conflitos ao Sistema de Justiça (Poder Judiciário), delimitam-se regras processuais e procedimentais que legitimam – isto é, autorizam e justificam – essa espécie de intervenção estatal.

O processo, vale dizer, a relação jurídica processual, por sua vez, legalmente, organizado através de regras específicas, expressas e previamente estabelecidas, para além de se constituir em uma limitação da intervenção estatal, por certo, transformou-se em uma garantia fundamental do cidadão contra toda e qualquer sorte de intervenção estatal. Daí, pois, a sua constituição democrática como orientação principiológica e, portanto, vinculativa, como devido processo legal, então, constitucionalmente consagrado – assim como seus consectários da ampla defesa e do contraditório substancial –, nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição da República de 1988².

1. Contemporaneidade

A contemporaneidade exige uma formação profissional – aqui, técnico-jurídica – desde os primeiros anos do curso de graduação até posteriormente nos de pós-graduação, que não se conforme tanto com as tradições pragmaticamente consolidadas quanto à necessidade de uma perspectiva multidisciplinar e, em cada caso concreto, que se estabeleça uma reflexão socialmente consequente. Bem por isso, o ensino do direito – assim como o seu estudo, pesquisa e extensão universitárias – deve estimular uma nova maneira de pensar tudo aquilo que se (re)produz no âmbito jurídico-legal.

A reformulação das concepções sobre jurisdição, processo, Justiça, dentre outras categorias caracteristicamente elementares ao conhecimento jurídico-legal, na contemporaneidade, portanto, impõe-se a

partir das opções políticas constitucionalmente adotadas. A autodeterminação dos povos, contemporaneamente, perpassa pela vinculação do Estado e da sociedade brasileira aos valores que democraticamente foram adotados na Constituição da República de 1988, pelo que se afigura imprescindível a (re)discussão permanente das funções sociais do atual Sistema de Justiça brasileiro.

1.1 Mundo da vida vivida

Para além do “mundo jurídico” existe toda uma efervescência social no mundo da vida vivida, talvez consignável como “realidade” que não seja apenas aquela construída por uma dada e específica concepção cultural, política, econômica ou ideológica. O mundo da vida vivida está para além daquilo que as hegemonias político-econômicas possam identificar, reconhecer e reproduzir como “realidade”. Portanto, toda e qualquer intervenção estatal não pode simplesmente ignorar o mundo da vida vivida e, assim, deixar de oferecer uma prestação jurisdicional cada vez mais adequada ao caso concreto (legal) e socialmente consequente.

1.2 Emancipação subjetiva

A emancipação subjetiva é a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva que deve ser assegurada a cada um dos cidadãos, através de toda e qualquer intervenção estatal; aqui, mediante uma prestação jurisdicional que não só se destine à resolução adequada do caso concreto (legal), mas, também, que proporcione a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva.

1.3 Liberdades públicas

As liberdades públicas são identificadas no regime democrático brasileiro como os interesses indisponíveis, os direitos individuais e sociais, e as garantias fundamentais – como, por exemplo, o devido processo legal – que, para o mais, servem como critérios objetivos para a

(de)limitação de toda e qualquer intervenção estatal – aqui, mais de perto, pelo oferecimento de prestação jurisdicional.

As liberdades públicas, assim, têm função de restringir a intervenção estatal, e, portanto, constituem-se em critérios objetivos para a verificação do nível de democracia em cada Estado e sociedade.

1.4 Multidisciplinaridade (propedêuticas)

Eis, pois, algumas das importantes contribuições que a multidisciplinaridade – metodológica e epistemológica – pode seriamente oferecer para uma (re)solução judicial não só adequada às circunstâncias de determinado caso concreto, mas cada vez mais socialmente consequente para com a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva, através do asseguramento e da efetivação das liberdades públicas.

Nessa linha, observa-se que as disciplinas propedêuticas podem oferecer ao estudo, à pesquisa e à extensão universitárias significativas contribuições metodológicas e epistemológicas acerca de questões que não se restringem à discussão jurídico-legal. A possibilidade da (re)discussão ética, moral, filosófica, política, social, econômica, na verdade, serve para a construção e o entendimento de parâmetros teórico-pragmáticos que possam ser utilizados para a adoção de medidas e decisões sobre questões, na contemporaneidade, cada vez mais complexas. Essa eterna lei do fluxo e do refluxo epistemológico, segundo Sérgio Buarque de Holanda³, na cena jurídico-legal contemporânea, passa, assim, a ser uma exigência da (re)novação do pensar o direito.

Como a utopia, a filosofia, enfim, as disciplinas propedêuticas, o ato de (re)pensar o direito serve também para o primeiro e decisivo passo na direção atual de sua (re)formulação, (re)colocando todos os envolvidos em movimento, evitando com isso as incongruências decorrentes das urgências infundadas dos modismos e dos estrangeirismos teórico-pragmáticos. Para o mais, permanece a preocupação de como possam ser hodiernamente abordadas as temáticas relacionadas à jurisdição e ao processo, que não seja pela metodologia multidisciplinar e pela propedêutica epistemológica, vale dizer, para além do senso comum técnico jurídico (legal).

2. Jurisdição

A jurisdição entendida como função do Estado é considerada como um conjunto de atribuições legais vinculado ao cargo público legalmente criado para a tarefa de julgar. O órgão julgador é previamente definido através de critérios objetivos que servem para distribuição das atribuições (legais) destinadas ao julgamento de casos concretos, ao que se denomina de competência. A competência jurisdicional é a maneira pela qual a função de julgar é distribuída entre os diversos órgãos julgadores, conforme critérios legais estabelecidos pela legislação processual pertinente.

A jurisdição, no entanto, tem sido compreendida como uma prerrogativa legal assegurada ao órgão julgador com o objetivo de que lhe sejam garantidas as condições minimamente exigíveis para que possa, de forma independente, cumprir com os ditames constitucionais e legais – processuais e materiais – indispensáveis à função de julgar. Não fosse isso, a jurisdição também pode ser compreendida como uma das expressões das liberdades públicas, então reconhecida ao cidadão para que possa ver efetivado os seus direitos individuais, de cunho fundamental.

É possível observar que atualmente a jurisdição se encontra entre as liberdades públicas – interesses indisponíveis, direitos individuais e garantias fundamentais – e as prerrogativas legalmente asseguradas para o efetivo exercício da função de julgar. Isto é, o exercício regular desta função pública (ato de julgar) justificaria plenamente o reconhecimento das prerrogativas legalmente reconhecidas ao órgão julgador, quando fossem indispensáveis para a efetivação e o asseguramento das liberdades públicas.

Em paráfrase à Jorge de Figueiredo Dias⁴, não se entende legitimamente possível o desempenho de uma prerrogativa funcional contra liberdades públicas. Esse é certamente um dos principais desafios da jurisdição, na contemporaneidade, vale dizer, servir como instrumental estratégico para a construção política, econômica e jurídica de uma sociedade livre, mais justa e solidária.

A jurisdição deve ter como objetivo transcendental, ou seja, para além de toda a objetividade jurídico-legal – senão, destacadamente, a

processual (procedimental) –, não só a (re)solução adequada – e socialmente consequente – de um determinado caso concreto, mas, fundamentalmente, a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva, vale dizer, que propicie a emancipação subjetiva dos envolvidos.

Hoje, é o que se pode observar a partir da tensão metodológica e epistemológica estabelecida entre as teorias sobre a Justiça – por exemplo, entre o construtivismo kantiano e a concepção pública de Justiça, segundo John Rawls⁵ – relativamente à necessidade de se assegurar as liberdades públicas que consubstanciam a cidadania em um Estado que se entende democrático e de direito.

2.1 Jurisdição emancipatória

A jurisdição, em um Estado que se entende democrático e de direito, por certo, orienta-se pelos valores e pelos princípios civilizatórios e humanitários que foram livremente escolhidos, tendo por conta a diretriz orientativa da autodeterminação dos povos, para, assim, no Brasil, restarem objetivamente consignados na Constituição da República de 1988.

A jurisdição emancipatória, portanto, traduz essa concepção político-ideológica (cultural) e, assim, (re)organiza-se estrutural e funcionalmente não apenas para o oferecimento de uma prestação jurisdicional, cada vez mais adequada, à (re)solução de casos legais (concretos); senão que, principalmente, deve se destinar à melhoria da qualidade de vida individual e coletiva, ao que se tem denominado de emancipação subjetiva.

A jurisdição, por assim dizer, emancipatória, na verdade, é um convite à sua própria (re)descoberta como acesso a uma prestação jurisdicional não só adequada, mas dialeticamente vinculada ao atendimento do caso concreto, com o objetivo de que se possibilite a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva, ante mesmo a (re)configuração dessa intervenção estatal consoante as exigências de consequência e responsabilidade social.

Por certo que a jurisdição que se pretende (re)construir perpassa pela (re)organização estrutural e funcional do acesso à Justiça, como expressão da oferta de uma tutela jurisdicional diferenciada, precisa-

mente, para que possa ser cada vez mais adequada às novas emergências sociais.

Na geografia contemporânea da jurisdição certamente existem inimagináveis territórios, os quais estão por exigir não só as respectivas descobertas – dialéticas, culturais, multidisciplinares etc. – acerca de si mesma, mas, acima de tudo, a (re)formulação procedimental que viabilize o acesso à prestação jurisdicional adequada, sobretudo por ser diferenciada no alcance do legal (concreto).

A fuga desses territórios é o não reducionismo à mera formalidade procedimental, ainda que, a título de segurança jurídica, haja vista que, para o mais, constitui-se apenas em uma outra maneira de controle social.

Em outras palavras, por mais que cada caso concreto possa ter a sua dimensão de inusitado e de surpreendente, é sempre certo que a prodigalidade humana encontrará uma maneira de defesa, argumentação, explicação, para compreendê-lo e, por conseguinte, provê-lo de significações, através de sua regulamentação, transformando-o, assim, como algo a ser tornado em objeto conhecido e decifrado pelo caleidoscópio jurídico-legal, como estratégia de cooptação teórico-pragmática para o seu total controle.

A essência dogmática da jurisdição é a da sua identificação como uma espécie regulamentada de intervenção estatal, então destinada à “pacificação de conflitos”, independentemente, pois, do (alto) custo social para tal desiderato. Por isso mesmo, o desafio atual da jurisdição (emancipatória) é o de (re)descobrir a experiência democrática que a forjou como limitação da intervenção estatal, vale dizer, através da atuação (*per lege*) e da submissão (*sub lege*) dos poderes públicos aos comandos legais.

Enfim, a jurisdição emancipatória, para além de um convite à sua própria (re)descoberta, torna-se, hoje, um desafio teórico e pragmático a uma acessibilidade que seja responsabilmente consequente e socialmente inclusiva.

A teoria da decisão consistiria em uma teoria jurídica acerca do dever legal de oferecer prestação jurisdicional

2.2 Teorias da decisão

Em linha com o que tem sido entendido por Tércio Sampaio Ferraz Junior⁶, a teoria da decisão consistiria em uma teoria jurídica acerca do dever legal de oferecer prestação jurisdicional. A decisão judicial, assim, passa a ser objeto de investigação científica, através da abordagem normativa, por assim dizer, a partir da perspectiva jurídica, enquanto ciência da decidibilidade.

Nos precisos termos em que José Antonio Paganella Boschi⁷ apresentou uma das definições do que se pode entender por sentença judicial, é possível anotar que o pronunciamento jurisdicional também dever projetar uma sensação de segurança acerca da realização da justiça. Isto é, em um Estado que se entende democrático e de direito, a segurança que se espera é a de que haverá a prestação jurisdicional para a (re)solução adequada de casos legais trazidos ao Sistema de Justiça, em razão do monopólio estatal da jurisdição, vale dizer, da concepção legal de que a decidibilidade de conflitos é uma atribuição legalmente – constitucional e processualmente – destinada a órgãos julgadores.

Por isso mesmo, o órgão julgador (estatal) não pode deixar de cumprir a atribuição legal que lhe é destinada e, assim, injustificadamente, deixar de oferecer prestação jurisdicional.

3. Processo

A Constituição da República de 1988 consolidou a orientação moderna acerca da necessidade de (de)limitação da intervenção estatal, através da regulamentação de regras processuais e procedimentais, e, assim, objetivamente, consagrou dentre os seus princípios o do devido processo legal. É uma decorrência lógica e necessária para a caracterização do regime democrático e, portanto, não só uma decorrência legal do âmbito jurídico, enfim, do direito.

Em uma democracia, toda e qualquer intervenção estatal não só deve ser desenvolvida observando os parâmetros e os critérios legais, isto é, de acordo com a lei (*per lege*), mas, fundamentalmente, o Estado (poderes

públicos) através de seus agentes também se submete à lei (*sub lege*). O processo – e o procedimento –, assim, constitui-se não só como o caminho legalmente estabelecido para a (re)solução judicial de conflitos, mas, também, como uma das importantes garantias fundamentais do cidadão, em relação à intervenção estatal, através mesmo de sua (de)limitação.

3.1 Precedentes

Os precedentes originariamente se caracterizam como institutos, categorias elementares próprias ao sistema jurídico-legal consuetudinário, isto é, pertinentes à *common law*. Os precedentes, assim, podem ser considerados como a reiteração, o costume jurídico que, comumente, é aceito como forma resolutiva das questões propostas ao sistema jurídico-legal característico da *common law*.

Vale dizer, os precedentes são entendimento reiteradamente adotados e que, por isso mesmo, consolidam uma determinada forma de interpretar e aplicar a lei, vinculando em nome da segurança jurídica os operadores do direito.

3.1.1 Precedentes judiciais

A ideia, portanto, é que os precedentes que venham a ser formados perante o Sistema de Justiça brasileiro – apesar de caracteristicamente formatado a partir dos parâmetros da *civil law* – possam ser construídos através de reflexões e de parâmetros que não se reduzam àqueles tão comuns à lógica jurídico-legal.

Os precedentes judiciais, na contemporaneidade, podem ser tomados como persuasivos ou vinculantes. Pois, como se sabe, a dogmática jurídico-processual civil historicamente tem sido questionada acerca de sua adequação pragmática na resolução dos casos concretos levados a julgamento perante o Sistema de Justiça brasileiro.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil) inovou substancialmente a processualística civil, haja vista que determinou a uniformização das decisões dos tribunais, com o intuito de que as respectivas jurisprudências se tornem mais estáveis, íntegras

e coerentes. Os precedentes judiciais vinculantes, assim, servem instrumentalmente como mais uma medida procedimental à materialização da jurisdição, assim como para a prestação jurisdicional.

A materialização da jurisdição tem a ver não só com a processualização da questão controvertida – por vezes, confundida com a própria lide –, mas, principalmente, com a qualidade da adequação resolutiva

do caso legal levado à apreciação do Poder Judiciário.

Os precedentes judiciais vinculativos devem cumprir estrategicamente atribuições procedimentais que se vinculem direta e indiretamente aos objetivos democraticamente estabelecidos na constituição

A qualidade da prestação jurisdicional, por isso mesmo, vincula-se à coerência decisória como forma de não violar a isonomia material – para além da formalmente exigível –, tendo-se em conta a realidade quantitativa e qualitativa do Sistema de Justiça brasileiro. E, nesse sentido, os preceitos judiciais – persuasivos ou vinculantes – podem favorecer a efetivação plena das liberdades públicas, assim entendidas como, por exemplo, os interesses indisponíveis, os direitos individuais e as garantias fundamentais.

Eis, pois, o que se pode legitimamente entender por materialização da jurisdição, isto é, a possibilidade procedimental da materialização qualitativa da prestação jurisdicional como mais um fator de emancipação subjetiva.

A emancipação subjetiva muito bem pode ser tomada como a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva e, assim, também ser otimizada através de uma cada vez mais adequada prestação jurisdicional, o que, por certo, socialmente se tem durante muitos anos esperado do Sistema de Justiça brasileiro.

Os precedentes judiciais vinculativos, tanto quanto os persuasivos, devem cumprir estrategicamente atribuições procedimentais que se vinculem direta e indiretamente aos objetivos democraticamente estabelecidos na constituição, enquanto expediente apto para a melhoria da prestação jurisdicional. A melhoria da prestação jurisdicional, por isso

mesmo, perpassa pela materialização da jurisdição, como forma de assegurar ao jurisdicionado a concessão de tutela cada vez mais adequada qualitativa e quantitativamente. Pois isso, na verdade, importa não só na melhoria da qualidade de vida individual e coletiva, mas também cumpre necessariamente a missão constitucional atribuída ao Poder Judiciário como guardião das liberdades públicas. Uma jurisdição que se atenha aos ditames processuais constitucionalmente admitidos para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional também deve se propor à efetivação plena dos princípios da duração razoável do processo, da isonomia material, da eficiência e da segurança não só jurídica, mas também social.

Os precedentes judiciais, sejam eles persuasivos, sejam eles vinculantes, devem ser sempre utilizados de maneira responsável e socialmente consequente⁸, pois somente assim será possível alcançar não só a resolução adequada do caso concreto que se propõe ao Sistema de Justiça, mas, destacadamente, a segurança jurídica socialmente responsável.

3.1.2 Vinculações

Os precedentes judiciais são vinculados tanto à sua dimensão formal, isto é, processual, quanto à sua dimensão substancial, vale dizer, material, para fins de uniformização das decisões que são adotadas pelos tribunais. Por isso mesmo, a questão que se coloca é a de que os precedentes judiciais poderão ser tanto vinculados quanto vinculantes, seja a respeito de sua posição processual (lógico-sistemática/hierárquica), seja a respeito de sua proposição material (conteúdo substancial constitucionalmente optado como liberdade pública).

Os precedentes judiciais, assim, por se encontrarem vinculados à indispensável forma (lógica) enquanto tais (padrões), isto é, processualmente, encontram-se hierarquicamente localizados como consolidação de determinado entendimento jurídico-legal (paradigma) a ser hermeneuticamente atendido (aplicação/interpretação) – em razão mesmo do denominado princípio da “segurança jurídica”, por exemplo.

De outro lado, os precedentes judiciais também têm por objetividade jurídica a vinculação hermenêutica do conteúdo substancial que se encontra consolidado no entendimento jurisdicionalmente paradigmático acerca dos contornos conteudísticos da matéria então debatida (*vexata quaestio*), e mesmo sobre determinada questão procedimental. Portanto, para além da classificação doutrinária acerca dos precedentes judiciais, isto é, de sua natureza jurídica persuasiva ou então vinculativa, é certo que, tanto em uma quanto na outra, a dimensão processual, vale dizer, a sua posição lógico-sistemática/hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro, passou a vincular a sua observância na aplicação/interpretação normativa, relativamente a questões procedimentais – como, por exemplo, eventual prejudicialidade recursal (cabimento, conhecimento recursal).

3.2 Métodos alternativos de resolução de conflitos

Na verdade, os métodos alternativos de resolução de conflitos deveriam se constituir em mecanismos não judicializados que, apesar de terem idêntica objetividade de seus equivalentes jurisdicionais, pudessem, sim, ampliar a garantia fundamental de acesso à Justiça, tanto quanto à sua renúncia. O direito à jurisdição, então assegurado pela garantia fundamental do acesso à Justiça, tem por expressão a possibilidade de estar perante o Sistema de Justiça, isto é, de obter os fundamentos pelos quais o órgão julgador concede ou não a tutela jurisdicional.

Contudo, hoje, diante dos métodos alternativos para resolução de conflitos – isto é, conciliação, mediação, arbitragem, dentre outras –, enquanto categorias jurídico-processuais, entende-se que o direito à jurisdição também se traduz na possibilidade de renúncia à jurisdição. Dessa maneira, amplia-se cada vez mais a autonomia das partes acerca das fórmulas processuais (procedimentais), uma vez que permanece à disposição daquelas optar pela submissão de seu conflito/questão à resolução jurisdicional ou não.

A possibilidade de renúncia à jurisdição, segundo Giulio Ubertis⁹, confirma o monopólio estatal para a sua prestação, condicionando essa atribuição legal (judicial) à provocação das partes e/ou dos legítimos

interessados. À parte cabe, então, a provocação da jurisdição; senão que, expressamente, também deveria ter a possibilidade de sua renúncia, em nome de outro método de (re)solução do conflito de interesses, devidamente regulamentado por legislação específica.

No entanto, observa-se que esses novos métodos resolutivos (processuais) permanecem sob o controle do Sistema de Justiça, ante mesmo a necessidade de homologação judicial da autocomposição.

3.2.1 Conciliação judicial (momento processual)

A conciliação judicializada não pode ser apenas um momento procedimental, cuja obrigatoriedade seja reduzida ao dever legal de facultar a manifestação das partes sobre tal oportunidade processual sob pena de nulidade.

3.2.2 Efeitos colaterais – Burocratização; Obrigatoriedade; Prolongamento

A conciliação judicializada uma vez reduzida à obrigatoriedade da colheita de manifestação das partes sobre eventual interesse nesse método alternativo de resolução de conflitos, enfim, como mera oportunidade processual, certamente redundará na burocratização procedimental que, assim, ensejará tão somente o prolongamento da relação jurídica processual.

O tempo da conciliação, como se sabe, é diferente do tempo processual (procedimental), uma vez que requer a preparação dos sujeitos do processo para a autocomposição, através da sensibilização diferenciada para tal desiderato. Por isso mesmo, toda e qualquer intervenção que se destine à autocomposição, conciliação, mediação e ou transação entre os sujeitos do processo, na contemporaneidade, passa a adequar, por assim dizer, o princípio da obrigatoriedade – no âmbito do processo penal, por exemplo – da judicialização para o oferecimento de (re)solução judicial adequada.

O prolongamento do lapso temporal para o oferecimento de (re)solução do caso concreto, seja através da jurisdição, seja através da con-

ciliação, por certo, justifica-se ante a possibilidade de autocomposição, sacrificando-se, por assim dizer, a ritualidade (estatalidade) para se alcançar a pacificação jurídica e social do conflito.

No entanto, o encaminhamento para a conciliação de feitos que demanda prolongamento de tempo não pode ser utilizado como mais um fator de burocratização e de emperramento do regular funcionamento do Sistema de Justiça.

Considerações finais

A contemporaneidade, enfim, é a maneira de perceber, compreender e pensar da época atual; pode ser concebida como o que surge de tudo aquilo que acontece no mundo da vida vivida, e, por conseguinte, demanda a construção de valores morais, filosóficos, metodológicos, epistemológicos, políticos, econômicos, sociais, culturais, ideológicos etc.

A partir desses valores contemporâneos é que se busca encontrar um outro sentido/significado diuturnamente para o que se possa entender por Justiça – e, conseqüentemente, por jurisdição e processo –; e não, diversamente, um seu conceito absoluto, seja ele moral ou material.

A concepção de justiça, jurisdição, processo, dentre outras categorias jurídico-legais, deve compreender a construção de uma racionalidade pública socialmente conseqüente e responsável. Isto é, toda e qualquer concepção de justiça, ou de jurisdição ou de processo, que tiver de ser racionalmente construída, por certo deverá se constituir em uma garantia contra toda sorte de intervenção estatal ao mesmo tempo em que deve possibilitar a ampliação e a manutenção das liberdades públicas tão duramente conquistadas. As conquistas e os avanços civilizatórios e humanitários (liberdades públicas) são os marcos/limites contemporâneos para a realização da Justiça, através da jurisdição (atribuição legal/prestação) e do processo (relação jurídica processual), então democraticamente estipulados no texto constitucional e processual.

De outro lado, não se pode olvidar as importantes contribuições valorativas que o conceito de Justiça, então construído a partir de uma

jurisdição emancipatória, pode trazer para a (de)limitação da intervenção estatal, através das regras processuais (procedimentais), legalmente estabelecidas para tal desiderato.

A jurisdição, assim, trocada em miúdos, não poderia deixar de ser um convite à sua própria (re)descoberta como expressão objetiva da opção política e social (cultural) à vocação democrática (constitucional) do Estado (poderes públicos) e da sociedade contemporânea, orientada pelo primado da autodeterminação dos povos.

Notas

1. Mário Luiz Ramidoff. Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Mestre (PPGD-UFSC) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR); Professor Universitário (PPGD-UNINTER e UNICURITIBA); marioramidoff@gmail.com
2. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988. Art. 5º [...]
LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV – 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;
3. HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras. 2006.
4. DIAS, Jorge de Figueiredo. Breve consideração de um tema recorrente: a “independência judicial”. In BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, constituição e crítica*. Estudos em homenagem ao professor dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 397-406. Para o autor: “não há, em caso algum, independência judicial contra a lei”.
5. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB, 1981.
6. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 91.
7. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 391.
8. RAMIDOFF, Mário Luiz; e NOVACKI, Eduardo. *E os precedentes judiciais?* Disponível em: <https://marioluizramidoff.jusbrasil.com.br/artigos/444648350/e-os-precedentes-judiciais>. Acesso em: 19 fevereiro 2018.
9. UBERTIS, Giulio. *Sistema di procedura penale: principi generali*. Vol. I. 4. ed. Milão: Giuffrè. 2017, p. 137.

Referências

- BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, constituição e crítica*. Estudos em homenagem ao professor dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Breve consideração de um tema recorrente: a “independência judicial”. In BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, constituição e crítica*. Estudos em homenagem ao professor dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- RAMIDOFF, Mário Luiz; e NOVACKI, Eduardo. *E os precedentes judiciais?* Disponível em: <https://marioluizramidoff.jusbrasil.com.br/artigos/444648350/e-os-precedentes-judiciais>. Acesso em: 19 fevereiro 2018.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB, 1981.
- UBERTIS, Giulio. *Sistema di procedura penale: principi generali*. Vol. I. 4. ed. Milão: Giuffrè. 2017.

DOUTRINA

Breves apontamentos sobre o legado de Gaston Jèze no direito administrativo brasileiro

Norton Thomé Zardo¹

Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)

I. Introdução

ESTE BREVE ARTIGO² TEM COMO OBJETIVO, a partir da leitura dos textos do administrativista francês Gaston Jèze, sumarizar, num primeiro momento, as linhas fundamentais mais relevantes de seu pensamento, contextualizando-as no âmbito da evolução do direito administrativo francês, e, na sequência, apontar as possíveis influências ou legados de sua obra e de suas concepções para a formação e estruturação do direito administrativo brasileiro, especialmente no período contemporâneo.

A importância deste exercício teórico reside numa tentativa de reflexão sobre o papel da chamada Escola do Serviço Público, Realista ou de Bordeaux na formação do direito administrativo, sob a ótica de um de seus principais representantes, procurando orientar-se com base na estrutura do texto original do autor. Assim, revela-se o intento de se distanciar – tanto quanto possível – da pesquisa pelas fontes secundárias, permitindo-se uma observação direta sobre a obra estudada.

II. As linhas fundamentais do pensamento de Gaston Jèze

Numa perspectiva histórica de desenvolvimento do direito administrativo, Gaston Jèze é comumente apontado como sucessor de Léon Duguit na Escola do Serviço Público, também chamada Escola Realista ou de Bordeaux³, a despeito de sua formação haver se dado na

Universidade de Toulouse – inclusive como aluno de Maurice Hauriou, principal nome da Escola Institucional – e de sua carreira acadêmica, em âmbito nacional, haver se desenvolvido mais ao norte, entre as universidades de Lille e de Paris.

Essa primeira análise, entretanto, parece ser demasiadamente simplista, uma vez que a leitura dos textos de Gaston Jèze revela, de um lado, um aprofundamento do olhar positivista sobre os conceitos iniciais comuns aos seus pares contemporâneos – com uma notável influência de Auguste Comte, sob o ponto de vista sociológico, e de Hans Kelsen, no campo jurídico – e, de outro, uma grande preocupação com a operabilidade e pragmatismo de sua teoria.

A primeira característica mencionada é facilmente apreendida a partir de seu método, que, a exemplo de Léon Duguit, parte – numa visão comtiana – da rejeição aos dogmas metafísicos, mas atinge seu ápice no verdadeiro esforço de Gaston Jèze em desenvolver seu raciocínio pretensamente dissociado até mesmo do fenômeno político, numa tentativa de elaboração de um modelo “puro” de inevitável influência kelseniana, carregando, assim, os mesmos problemas e virtudes de sua inspiração teórica austríaca.

Explica-se. Ao depurar – ou tentar fazê-lo – o fenômeno político do campo do direito administrativo, Gaston Jèze coloca privativamente sobre a autoridade a definição do campo de atuação e forma de exercício do poder, renegando a ideia de Léon Duguit – que claramente parte dos conceitos sociológicos de Émile Durkheim –, da preexistência do direito como conjunto de normas úteis ou operacionais a uma dada sociedade, que é sistematizado por meio de uma atividade meramente declaratória do Estado.

Essa mudança de concepção, se, à primeira vista, resolve o “problema” (sob o viés positivista, frise-se) do recurso a um elemento extrajurídico encontrado na teoria de Léon Duguit – a saber, a premissa de que, quanto ao conteúdo do direito, o Estado apenas o identifica no fato social de um interesse público único e ligado a um imperativo de coesão social –, num passo adiante acaba por conferir à autoridade, já fora dos limites de seu esforço teórico, um poder quase absoluto sobre a definição do direito administrativo.

De qualquer forma, a obtemperação dessa noção aprioristicamente vaga acaba mediada pela gama de interesse público presente em sua obra, na forma de uma preocupação bastante acentuada com os modelos de regulação da relação entre o particular e o Estado⁴ e de equilíbrio entre os chamados interesses gerais e os interesses particulares. Tanto assim que se antevê, embora ainda de forma incipiente, uma espécie de justificativa bipolar para a existência do direito administrativo, tanto como forma de viabilizar a atuação do Estado quanto como meio de proteção dos direitos individuais.

A segunda característica mencionada, por sua vez, se revela com a própria concepção do autor sobre o direito administrativo não como o mero conjunto abstrato de decisões do Conselho de Estado francês e tanto menos como o direito legislado, mas sim como o produto da conjugação entre os conceitos práticos e a atuação efetiva do Estado, por meio dos quais se extraem princípios instrumentais teóricos voltados à solução das relações jurídicas não reguladas pelo direito civil, servindo a jurisprudência do colegiado administrativo de seu país a um papel de consolidação dessas formulações.

Tanto assim que sua própria definição do que seria o objeto material do direito administrativo é igualmente instrumental. Segundo Gaston Jèze⁵, “o princípio fundamental é, pois, que o direito administrativo compreende as regras especiais estabelecidas para os procedimentos técnicos do direito público e unicamente estas regras”, de forma que a garantia do interesse público e o resguardo dos interesses individuais como objetivos do direito administrativo se dariam na esteira de princípios gerais extraídos da experiência prática da dinâmica das relações entre o Estado e os particulares.

Uma última decorrência desse conceito instrumental, por sua vez, está na circunstância de que, sendo o direito administrativo um conjunto de princípios de procedimento, haveria a possibilidade da submissão dos atos praticados nesse âmbito a uma análise externa. Aliás,

O direito administrativo brasileiro, que vem sendo ensinado no curso jurídico desde 1854, é inteiramente tributário do direito francês

Gaston Jèze⁶ chega mesmo a dizer que a ideia da insubmissão do Estado aos tribunais – judiciais ou administrativos – era, ao lado da irresponsabilidade e da distinção entre atos de gestão e de autoridade, um dos dogmas do direito administrativo do século 19 que não mais se coadunavam com o modelo político francês então vigente.

III. Gaston Jèze no direito administrativo brasileiro

Antonio Junqueira de Azevedo, em artigo acerca da influência francesa sobre a formação do direito brasileiro⁷, afirma que o “*o direito administrativo brasileiro, que vem sendo ensinado no curso jurídico desde 1854, é inteiramente tributário do direito francês*”, mencionando que, ao lado da grande repercussão que teve no país o debate entre as escolas capitaneadas por Maurice Hauriou e Léon Duguit, “*são também muito citados os nomes de Gaston Jèze, Henri Barthelémy, Roger Bonnard e outros mais recentes*”.

Evidentemente que essa influência, por seu turno, liga-se bastante ao fato de que o próprio desenvolvimento do direito administrativo como disciplina autônoma, separada das matérias gerais de direito público, se dera na França do século 19 e justamente por obra de precursores como Maurice Hauriou, Léon Duguit e Gaston Jèze, todos de formação originariamente romano-civilista, mas que passam, no curso de suas reflexões, a se dedicar ao estudo do Estado e de suas interações com os particulares.

De forma geral, em relação aos participantes da chamada Escola do Serviço Público, Realista ou de Bordeaux, a que, como visto, se filiava Gaston Jèze, é possível notar-se uma mais acentuada incorporação de seus conceitos – não de balde –, nos momentos de expansão da estrutura do Estado brasileiro. É que se definindo como eixo central do direito administrativo o serviço público e não mais a *puissance publique* da Escola Institucional, suas propostas acabam por servir, de forma bastante utilitária, a um Estado que, já havendo superado um momento de consolidação da autoridade, encontra-se num movimento de ampliação de sua atuação para além dos campos usuais dos atos de império.

Nesse contexto, sobretudo a noção “neutra” e bastante ampliativa de Gaston Jèze – para quem, como visto, a definição do que é serviço público seria conferida pelo poder político, refugindo ao fenômeno jurídico – parecia bastante adequada. Tanto assim que vários doutrinadores brasileiros, especialmente em edições publicadas no período da ditadura militar – não à toa marcada por um grande crescimento da atuação do Estado, com sua projeção, inclusive, sobre o campo econômico –, traziam definições igualmente dependentes da vontade política, como, *v.g.*, aquela de Mário Masagão⁸, para quem serviço público seria, de modo bastante largo, “*toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins*”.

É mais clara a influência de Gaston Jèze, ainda, na definição de José Cretella Júnior⁹, que conceituava serviço público como “*toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público*”, deixando evidente sua inspiração, seja pela amplitude objetiva das prestações consideradas (“toda atividade”), seja pela preponderância da instrumentalidade (“mediante procedimento típico de direito público”) como elemento central das regras aplicáveis sobre esse regime jurídico, ou ainda pela concepção de que as prestações têm lugar para atendimento ao interesse público (“para a satisfação das necessidades públicas”).

A encerrar essa breve análise da influência de Gaston Jèze nos postulados dos autores brasileiros de direito administrativo, é de se mencionar que, mesmo em noções contemporâneas mais aceitas, alguns elementos consagrados pelo autor francês continuam presentes, sendo digno de se anotar, *e.g.*, a centralidade da tese, no conhecido conceito analítico de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰, de que a definição do conteúdo do direito administrativo se dá exclusivamente pelo Estado, por meio da atividade legislativa, numa clara afirmação da separação entre o fenômeno político e o fenômeno jurídico, a retomar, assim, a filosofia central do administrativista objeto deste estudo¹¹.

Avançando para além dos conceitos mais óbvios – uma vez que, na condição de expoente historicamente filiado à já mencionada Escola de Bordeaux, era de se esperar que sua noção a respeito de serviço público

naturalmente influenciasse, especialmente nesse campo, os pensadores que o seguiram –, outra contribuição de Gaston Jèze para a formação do direito administrativo brasileiro está na base da formulação da ideia de supremacia do interesse público e de suas decorrentes implicações, tema bastante caro não apenas aos administrativistas, mas também aos estudiosos de direito constitucional.

Essa contribuição surge a partir da exposição das três ideias que, para o autor francês¹², estruturariam a sua noção de serviço público:

No direito moderno, a supremacia do interesse público sobre o privado se configura como verdadeiro postulado fundamental

a primeira, a subordinação dos interesses particulares ao interesse geral a que corresponderia a própria razão da prestação do serviço público; a segunda, como decorrência direta da primeira, a perspectiva de que o direito individual somente deve ser sacrificado na medida da estrita necessidade do interesse geral da coletividade, num claro viés de proporcionalidade; e a terceira, por fim, a possibilidade de indenização por parte do Estado nos casos em que o interesse geral imponha um sacrifício ex-

cepcional a um interesse particular em específico.

Essa perspectiva de supremacia e indisponibilidade do interesse público, embora para alguns autores, como Marçal Justen Filho¹³, já se encontre superada em seu viés prático, ainda ressoa com certa força na doutrina do direito administrativo brasileiro. Tanto que Celso Antonio Bandeira de Mello considera, de um lado, a supremacia do interesse público e, de outro, a indisponibilidade do interesse público como “supraprincípios” do direito administrativo, os quais serviriam para equilibrar a dualidade “liberdade/autoridade” entre os poderes da administração pública e o direito dos administrados.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁴, contemporaneamente, numa formulação bastante direta e que deixa de lado a polêmica da própria indefinição do conteúdo e dos limites do que seria e de qual seria o alcance do interesse público, chega a afirmar que, “*no direito moderno, a supremacia do interesse público sobre o privado se configura como verdadeiro*

postulado fundamental”, afirmando em comentário específico sobre as hipóteses de intervenção do Estado na propriedade privada que “*toda vez que colide um interesse público com um interesse privado, é aquele que tem que prevalecer*”.

Uma derradeira contribuição de Gaston Jèze ao direito administrativo brasileiro reside, ainda, na teoria do contrato administrativo, outro grande ponto trabalhado pelo autor com base nas decisões do Conselho de Estado. Seu estudo nesse campo, realizado a partir do exame do contrato de concessão – mais uma vez não à toa o negócio jurídico correlacionado, por sua essência, à prestação dos serviços públicos pelos particulares –, guarda inequívoca relação de precursão com o que atualmente se aponta como características próprias da generalidade dos contratos administrativos.

Ao tratar do contrato de concessão como instituidor de um regime jurídico especial, regulado por lei específica distinta do próprio contrato, por meio do qual se atribui ao concessionário os riscos da exploração do serviço público com a garantia da manutenção das condições iniciais, mediante remuneração preestabelecida em suas condições gerais e com a possibilidade de retomada pelo poder público, antecipa Gaston Jèze diversos conceitos que serão adiante trabalhados pela doutrina brasileira sob a rubrica das cláusulas exorbitantes e das chamadas áleas administrativas¹⁵.

IV. Considerações finais

Como visto, a influência de Gaston Jèze é bastante atual para a formação do direito administrativo francês, mesmo após a superação das proposições da chamada Escola do Serviço Público, Realista ou de Bordeaux. No direito administrativo brasileiro, como caudatário das lições francesas, sua presença pode ser igualmente sentida em diversos aspectos, dentre os quais, para o presente trabalho, foram pinçados três deles.

O primeiro ponto mais evidente, como visto, diz respeito à conceituação ampla de serviço público como toda atividade do Estado voltada

à satisfação das necessidades de interesse geral, mediante um conjunto de princípios dinâmicos de procedimento, noção que deixa legados em obras como as de Mário Masagão, de José Cretella Júnior e de Celso Antonio Bandeira de Mello.

O segundo ponto diz com a contribuição de Gaston Jèze para a formulação da ideia de supremacia do interesse público. Sua concepção sobre a inescapável subordinação do interesse particular ao interesse público, na exata medida da necessidade do atendimento aos interesses gerais e com a garantia da reparação de prejuízos causados de forma específica a um particular, igualmente inspira o desenvolvimento dessa proposta no país.

O terceiro ponto, por fim, guarda relação com a evolução da teoria do contrato administrativo. Seus estudos sobre o modelo de concessão e seus respectivos problemas antecipam diversas das cláusulas exorbitantes e das áleas administrativas posteriormente identificadas e sistematizadas pela doutrina do direito administrativo brasileiro, num interessante trabalho que dá as bases para os estudos que se seguiram.

Notas

1. Norton Thomé Zardo. Bacharel pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Mestrando em Direito Civil – História do Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).
2. Este trabalho foi resultado dos estudos, pesquisas e debates havidos durante o primeiro semestre de 2017 no âmbito da disciplina “Mestres do Direito Administrativo I: Clássicos Estrangeiros”, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo (USP), ministrada pelo professor titular Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto.
3. Nesse sentido: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>.
4. Nesse sentido: JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Vol. III. Buenos Aires: De Palma, 1949, p. 5-29. Nesta obra e neste volume, pode-se citar,

- v.g., o indicado Capítulo I, que se denomina, precisamente, de “*Situación jurídica de los agentes publicos y de los administrados con respecto a los servicios públicos*”.
5. Tradução livre de JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Vol. I. Buenos Aires: De Palma, 1948, p. XXIX.
 6. *Op. cit.* (nota 4 supra), p. LXIII-LXIV.
 7. AZEVEDO, Antonio Junqueira. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 89. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1998, p. 191.
 8. MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 252.
 9. CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 55.
 10. Segundo o autor (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 619), “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.
 11. Aliás, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (*Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104) chega mesmo a afirmar que o mencionado professor, nesse ponto, “adota a mesma orientação de Gaston Jèze, para concluir que é o Estado, por meio do Poder Legislativo, que a seu sabor, erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais”.
 12. *Op. cit.* (nota 3 supra), p. 4.
 13. Segundo o autor (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 44), “(...) a rejeição ao critério da supremacia do interesse público deriva de ser ele incompatível com um Estado Democrático de Direito. Como visto, existem interesses coletivos múltiplos, distintos, contrapostos – todos eles merecendo tutela por parte do direito. Bem por isso, o critério da ‘supremacia do interesse público’ apresenta utilidade reduzida, uma vez que não há um interesse único a ser reputado como supremo”.
 14. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 793-4.
 15. Nesse sentido, cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 280-98.

Referências

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 89. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1998, p. 183-94.

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Evolução da teoria do serviço público*. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1a. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Vols. I e III. Buenos Aires: De Palma, 1948.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação, in C. A. Sundfeld e G. J. Jurksaitis (coord.), *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

A responsabilidade civil por erro médico e o dever de indenizar

Marcelo Mello Fagundes¹

Advogado

NOS ÚLTIMOS ANOS O NÚMERO DE PROCESSOS CONTRA MÉDICOS teve um crescimento exponencial. Com esse cenário, é necessário analisar em detalhes se o erro médico realmente ocorreu ou se o processo decorre apenas de um mero descontentamento com o resultado do tratamento por parte do paciente.

O presente artigo tem como objetivo esclarecer para o público não especializado nas carreiras jurídicas o mecanismo de funcionamento para realizar essa análise mediante a breve apresentação de alguns conceitos básicos.

Primeiramente, é necessário apresentar o conceito de responsabilidade civil, o qual também é aplicado na responsabilidade civil por erro médico, definido da seguinte maneira por Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Com a definição acima, é possível constatar que, mediante o cometimento de um ato ilícito (art. 927 do Código Civil), o causador do dano deverá *reparar* a vítima.

Passada essa primeira exposição de suma importância, é imprescindível examinar em mais detalhes o seu mecanismo de funcionamento.

Conforme já conceituado acima, a responsabilidade civil se divide em duas modalidades: a objetiva e a subjetiva.

A responsabilidade civil *objetiva* tem dois requisitos, o dano e o nexo causal (ou nexo de causalidade), porém os médicos respondem pela responsabilidade civil *subjetiva*, a qual tem mais um requisito, sendo eles, o dano, o nexo causal e a culpa. Para responsabilização por erro médico, é necessário o preenchimento dos três.

A profissão do médico é uma atividade-meio e não de fim, ou seja, é uma atividade que não tem como prometer um resultado

O dano é o prejuízo moral ou material que a vítima sofreu, sendo que esse dano tem que ser atual, certo e real, evitando assim cenários de situações hipotéticas. No dano material poderá haver aplicação dos danos emergentes, ou seja, trata-se do que a vítima realmente perdeu com o dano sofrido (gastos com remédios, gastos com outras cirurgias etc.) e também de lucros cessantes, que representam o que a vítima efetivamente deixou de ganhar na sua pro-

fissão por conta do dano sofrido.

O nexo de causalidade é o ponto que liga a conduta do agente ao dano. O profissional realizou o ato médico e, em decorrência disso, a vítima sofreu um dano. Esse elo que une os dois é o nexo de causalidade.

Entre os três requisitos, a culpa é o mais importante para o presente trabalho. Tem ela mais três requisitos, sendo eles a imprudência, a negligência e a imperícia (Código de Ética Médica e Código Civil). A imprudência é a prática de uma ação irrefletida, ou também uma ação precipitada. Um exemplo seria o cirurgião que não aguarda a chegada do médico anestesista e inicia a cirurgia mesmo com a ausência da atuação do médico anestesista, surgindo assim um erro pela falta de atuação desse segundo profissional. A negligência é a falta de cuidado ou desatenção por parte do profissional na sua atividade laborativa. Ela implica omissão ou falta de observação no dever de agir. Ressalta-se, nesse requisito, que o profissional não age com o cuidado necessário. Um exemplo para deixar mais claro é quando o médico esquece uma

tesoura cirúrgica no interior do corpo do paciente. Como é possível observar nos dois itens, um tem uma ação, enquanto o outro tem uma omissão.

Por último temos a imperícia, sendo esse requisito a falta de aptidão ou habilidade específica para a realização do ato médico. Um exemplo fácil para entender isso é o médico cardiologista que resolve realizar uma cirurgia neurológica.

É necessário o preenchimento de um dos três requisitos obrigatórios que são exigidos pela lei, ou seja, o médico tem que ter agido com imprudência ou negligência ou imperícia. Sem o cometimento de um dos três, ele não terá o dever de indenizar. Vale destacar que a análise desses requisitos será feita por perícia no decorrer do processo.

Com esse embasamento, é necessário realizar a diferenciação de alguns conceitos para entender o quadro geral, como por exemplo: O que é ato médico? Existem outros tipos de atos? A resposta é sim, existem outros tipos. O ato médico é o ato que só pode ser realizado pelo médico, é um ato exclusivo e que, devido à sua formação profissional, só ele poderá praticar. Existe também o ato paramédico, realizado por outros profissionais da saúde como enfermeiros, socorristas, fisioterapeutas etc. E por fim, o ato extramédico, o qual é praticado por funcionários do hospital.

Quem poderá ajuizar uma ação e quem poderá responder? A própria vítima e, na morte dela, o seu espólio (art. 943 do Código Civil e art. 110 do CPC), bem como seus familiares, poderão requerer a compensação pelo dano sofrido em nome próprio (dano reflexo ou ricochete). Poderá responder pela ação o médico, o hospital e o plano de saúde (responsabilidade solidária).

Ainda, a profissão do médico é uma atividade-meio e não de fim, ou seja, é uma atividade que não tem como prometer um resultado, mas o profissional irá empregar as melhores técnicas para atingir o objetivo esperado. O preceito funciona assim porque na área da saúde existem inúmeros fatores que influenciarão o tratamento, como a reação aos medicamentos, o cumprimento das prescrições médicas por parte dos pacientes etc. Essa regra geral não se aplica a cirurgias plásticas, mas essa é outra discussão.

Como dito no presente artigo e levando em consideração esse cenário, na relação entre médico e paciente existe um vínculo contratual, isto é, cabe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e o consequente emprego do artigo 6º do CDC, que trata sobre o direito de informação. Explicando, o consumidor tem o direito de ampla informação sobre o serviço prestado, aplicando ao presente tema a informação sobre os riscos, as contraindicações, os possíveis efeitos colaterais, as probabilidades de êxito, tratamentos alternativos/similares etc.

Pela breve exposição feita, fica claro que o ponto mais importante é a parte que trata sobre a culpa. Portanto, não agindo o profissional com imprudência, negligência ou imperícia, não terá ele o dever de indenizar o paciente por um mero descontentamento com o tratamento, e, respeitando as normas legais, o profissional estará amplamente amparado pela legislação caso venha a responder a um processo.

Nota

1. Marcelo Mello Fagundes. Advogado.

A fixação do número de dias-multa no Código Penal

José Maurício Pinto de Almeida¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

FRUTO DA REFORMA DE 1984, o *caput* do artigo 49 do Código Penal, depois de esclarecer que a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, estabelece regra referente à quantidade desses dias: “Será, no mínimo, de 10(dez) dias e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

Os dois parágrafos do mesmo artigo contêm regramentos sobre o valor de cada dia-multa, bem assim acerca de sua atualização aquando de sua execução. Assim, em virtude do sistema adotado, os tipos penais do nosso Código Penal não mais dispõem sobre limites máximos e mínimo da pena de multa cominada.

Doutrinariamente – e em suma exemplificativa –, preconiza-se que, na eleição do número de dias-multa, entre 10 e 360 dias, “deve-se levar em conta a gravidade do delito, as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais e, inclusive, as majorantes e minorantes”². Ou: “determina-se o número de dias-multa entre o mínimo de dez e o máximo de trezentos e sessenta dias. Para a escolha desse número de dias, deve-se atentar para a natureza mais ou menos grave do crime (pois não há mais cominação particular para cada delito), para as circunstâncias judiciais que levarão à pena-base, para as agravantes atenuantes, para as causas de aumento e de diminuição da pena cabíveis etc.”³

Dito de outro modo: estabelece-se o número de dias-multa entre 10 e 360, levando-se em linha de conta, entre outros critérios de individualização na pena, a *gravidade do crime*, obedecendo-se o princípio da proporcionalidade, pois não mais subsiste a cominação individual para cada crime, como ocorria no sistema anterior.

E, pelo princípio da proporcionalidade (abstrata), quando da cominação da pena, o legislador aprecia maduramente a relação entre a

gravidade da ofensa ao bem jurídico e a pena que deverá ser imposta ao infrator.

E aqui se estabelece um discordante posicionamento em relação aos defensores da simplista ideia de que, à pena mínima privativa a um tipo penal corresponde o número mínimo de dias-multa (10 dias), como se houvesse lógica nesse proceder. Ou seja: a) pena mínima dois anos de reclusão: dez dias-multa; b) pena mínima de quatro anos de detenção: dez dias-multa. E, à ausência de argumentação para essa relação ilógica estabelecida, transferem para a fixação do valor do dia-multa o critério

O número de dias-multa deve ser fixado de acordo com a gravidade do delito, esta materializada na pena mínima e máxima a ele cominadas

diferenciador, quando de etapa seguinte se trata (na aplicação da pena de multa).

O assunto começou a chamar a atenção de alguns magistrados da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná no primeiro semestre de 2012, quando se apreciava a Apelação Criminal 877.368-2, da 10ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

Em sentença lavrada em 9 de agosto de 2011, o juiz de direito Marcelo Wallbach Silva, diante da condenação do réu na pena mínima legal de dois anos de reclusão pela prática do delito do artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/03, aplicou-lhe a multa de 24 dias-multa, ao valor unitário de um trigésimo do salário mínimo, assim fundamentando a eleição dos dias-multa: “Tendo em vista que o Código Penal estabelece a aplicação de, no mínimo, dez (10) e, no máximo, 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, e considerando que 360 meses corresponderiam à pena máxima fixada no Código Penal, qual seja: 30 anos de reclusão, a pena de multa ora fixada segue a mesma lógica, motivo pelo qual corresponde à quantidade de meses em que o acusado é condenado.”

Conforme o entendimento do magistrado, a *gravidade* do crime fora estabelecida abstratamente pelo legislador (dois anos de reclusão), ao Estado-juiz cabendo fixar os dias-multa de acordo com o mínimo e máximo previsto no artigo 49 do Código Penal, adotando como parâmetro o número de meses equivalentes a 360 dias (30 anos, pena máxima do nosso CP).

O magistrado relator do recurso, de ofício e adotando o princípio da proporcionalidade, diminuiu o número de dias-multa para 10, dizendo inexistir qualquer circunstância que pudesse autorizar a exacerbação para 24 dias-multa, como decidira o magistrado de primeiro grau.

O magistrado revisor, desembargador Valter Ressel, em voto divergente que marcou época naquele órgão colegiado, assim registrou seu entendimento:

O réu não pediu a redução do número de dias-multa e, para fixá-lo, o magistrado sentenciante valeu-se da 'mesma lógica' adotada pelo Código Penal, que, ao prever para a pena pecuniária um mínimo de 10 e um máximo de 360 dias-multa, e, para a pena corporal, o máximo de 30 anos de reclusão, está a indicar que o número de dias-multa deve corresponder ao número de meses da condenação corporal (30 anos x 12 meses =; 360 meses = 360 dias-multa).

Trata-se de um critério lógico e que não deixa de atender à recomendação geral, da doutrina e da jurisprudência, no sentido de que, também para a fixação da quantidade de dias-multa, devem ser levadas em conta as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), na medida em que, em se mantendo uma correspondência dos dias-multa com o número de meses da pena corporal, estar-se-á considerando tais circunstâncias, posto que elas são consideradas na fixação da pena corporal.

E, com maior margem de acerto e de justiça do que simplesmente fixar o número de dias-multa sempre no seu patamar mínimo (10 dias), para qualquer tipo de crime apenado cumulativamente com a pena de multa, independentemente de sua gravidade, sempre que for fixada a pena corporal no seu patamar mínimo. Crimes graves como o de roubo ou de extorsão, por exemplo, com penas mínimas de 04 anos de reclusão, teriam o mesmo número de dias-multa (10 dias) que crimes leves como o de furto simples ou de apropriação indébita, que têm penas corporais mínimas de 01 ano de reclusão. Tais situações incoerentes e iníquas com certeza não concorrerão com o critério adotado pela sentença recorrida, pois teriam os dias-multa fixados de modo coerente, isonômico e justo (...).

O princípio da proporcionalidade que é utilizado como argumento por aqueles que entendem que o número de dias-multa deve ser

sempre o mínimo legal (10 dias) toda vez que for aplicada pena corporal no mínimo legal, independentemente da gravidade do crime e da pena mínima prevista em abstrato, revela-se inadequadamente aplicado, quando aplicado nesses termos, data vênia, eis que esse princípio quer resguardar um equilíbrio entre a quantidade da pena e a gravidade do delito praticado. E não se terá esse equilíbrio se, nos exemplos de crimes graves e leves retro citados, sempre forem aplicados números de dias-multa iguais, para uns e para outros, toda vez que a pena corporal respectiva for aplicada no mínimo legal, penas corporais essas em quantitativos bastante desiguais (...). Aplicação equivocada e, ainda, com ofensa ao princípio da isonomia: situações desiguais tratadas igualmente.

Por maioria, o entendimento do desembargador Valter Ressel prevaleceu naquele caso concreto, e, por um bom tempo, a Segunda Câmara Criminal do TJPR o adotou uniformemente, o que já não acontece hoje.

Ainda que se tratasse de manter o posicionamento de um magistrado de primeiro grau, essa interpretação, adotada isoladamente naquele colegiado, foi batizada de “Sistema Valter Ressel”, uma valiosa contribuição para que se analise criticamente a regra cotidiana, abraçada por boa parte da jurisprudência, de que, sendo mínima a pena privativa de liberdade, deverá ser fixado sempre o número mínimo (10 dias) de dias-multa, olvidando-se que a pena em abstrato modula a gravidade do delito. Ademais, o artigo 49 do Código Penal não estabelece essa correspondência.

O número de dias-multa, então, deve ser fixado de acordo com a gravidade do delito, esta materializada na pena mínima e máxima a ele cominadas. E, a cada mês de pena, um dia-multa, evitando-se as injustiças apontadas no histórico voto do desembargador Valter Ressel.

Notas

1. José Maurício Pinto de Almeida. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 200.
3. DELMANTO, Celso et alii. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 175.

A violação dos direitos da personalidade do idoso no âmbito familiar

Maria de Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim¹

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Resumo: Este artigo resulta de pesquisa abrangendo a violação dos direitos da personalidade da população idosa que vem crescendo no mundo todo, nas últimas décadas, conforme apontam dados estatísticos oficiais analisados. Busca refletir acerca das causas e possíveis caminhos alternativos a serem construídos na consolidação dos valores constitucionais dirigidos aos idosos e na efetiva implementação da doutrina da proteção integral que imputa tal responsabilidade solidariamente à família, à sociedade e ao Estado.

Introdução

O CUIDADO E A PROTEÇÃO AO IDOSO no âmbito natural da família, que já foi por muitas vezes temática do cancionero popular em melódiosos versos e prosas, cada vez mais vem ganhando ares de positividade insertos em textos legais de especial grandeza, como o que podemos observar da leitura atenta do contido no art. 230 da Constituição Federal de 1988. Isso reflete uma realidade ainda não incorporada pela sociedade: conquistamos longevidade! Dados da Secretaria Nacional de

Direitos Humanos da Presidência da República – Coordenação Geral de Direitos do Idoso² indicam que, segundo projeções das Nações Unidas (Fundo de Populações), uma em cada nove pessoas no mundo tem 60 anos ou mais; e estima-se um crescimento ao patamar de um em cada cinco por volta de 2050, quando, pela primeira vez, haverá mais idosos que crianças menores de 15 anos. Em 2010 a população idosa no Brasil correspondia a apenas 10% do total da população (19,6 milhões), e a estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para 2050 é de uma elevação para 29,3%. A reviravolta efetiva deverá ocorrer por volta de 2030, quando o número de idosos deve chegar a 18% da população (41,5 milhões). No mesmo período, o número de crianças deverá estar em torno de 17,6%³. Atualmente apenas o Japão conta com mais de 30% da população composta de idosos, e para 2050 projeta-se esta mesma realidade para 64 países⁴.

Partindo desta perspectiva e das implicações pessoais e sociais, este artigo objetiva discutir os estudos e elementos disponíveis nos bancos de dados de organismos e instituições nacionais e internacionais que condensam subsídios relevantes acerca da violação dos direitos deste segmento etário vulnerável, na circunscrição da família enquanto primeira comunidade reunida pelo laço do afeto. Como método de trabalho e buscando alcançar um resultado fiel, foram realizadas análises bibliográfica, legislativa, doutrinária e jurisprudencial, visando a exposição do quadro atual e da construção de estratégias possíveis para o enfrentamento deste dilema global.

A longevidade refletida nos números é atribuída a fatores como avanços na área da medicina, maior eficácia das campanhas de vacinação em massa, atenção ao pré-natal, incentivo ao aleitamento materno e programas de nutrição infantil, melhoras das condições sanitárias, cuidados com saúde, ensino e bem-estar econômicos. Imputa-se uma considerável elevação na expectativa de vida dos brasileiros, que já de 1940 a 2016 aumentou em 30,3 anos, passando de 45,8 para 75,8 anos⁵.

Se por um lado esta constatação representa o triunfo do desenvolvimento humano, significando uma das maiores conquistas culturais de um povo em seu processo de eclosão, por outro importa na necessidade

de construção de novos hábitos e políticas públicas⁶ destinadas ao atendimento dessa população fragilizada pela diminuição da higidez dos órgãos, funções e sentidos, nas áreas da previdência, assistência social, saúde, trabalho, cultura, entre outras.

1. O idoso no âmbito da família, da sociedade e do estado

Por consequência das transformações demográficas e sociais, como é próprio no direito, o cenário jurídico também se move em vista de novas demandas. Há muito que a temática do idoso frequenta a agenda das instituições, organismos e instâncias internacionais, em amplos painéis de debates e discussões, construção de acordos e termos de compromissos.

No horizonte internacional, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas convocou para Viena a primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, no ano de 1982. Em decorrência dos debates então travados, foi produzido um Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, refletido em 62 recomendações para ações de pesquisa, coleta e análise de dados, treinamento e educação, nas áreas de saúde e nutrição, proteção de consumidores idosos, habitação e meio ambiente, família, bem-estar social, segurança e renda, emprego e segurança. Foi o primeiro documento a se dedicar ao tema no cenário mundial.

A Assembleia Geral adotou o Princípio das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas, em 1991, elencando como direitos deste segmento vitimizado a independência, a participação, o cuidado, a autorrealização e a dignidade. Neste último tema, assentou-se com clareza o direito do idoso de “poder viver com dignidade e segurança, sem ser objeto de exploração e maus-tratos físicos e/ou mentais”. Em 1992, seguindo no plano de ação anteriormente estabelecido, a Conferência Internacional sobre o Envelhecimento promoveu a Proclamação do Envelhecimento, conclamando a comunidade internacional a alavancar a implementação do Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, além de eleger 1999 como o Ano Internacional das Pessoas Idosas.

A segunda assembleia com a mesma temática ocorreu em Madri, no ano de 2002. Nessa senda, as discussões resultaram na adoção, pelos países participantes, de dois documentos relevantes: uma Declaração Política e o Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento. Ambos continham compromissos dos governos para elaborar e implementar medidas de enfrentamento dos desafios postos pelo envelhecimento, além de mais de 100 recomendações para a implementação de ações efetivas abrangendo: as pessoas idosas e desenvolvimento; avanços na saúde e

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar

bem-estar na velhice; garantia de ambientes facilitadores e de apoio⁷. Nos dois eventos internacionais foi destacada, como prioridade, a aplicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a necessidade de inclusão do idoso na vida social, cultural, econômica e política das sociedades.

No panorama interno, a Constituição Federal de 1988, enquanto pacto social fundante do Estado e garantidor dos direitos fundamentais básicos, expressamente previu no art. 230 que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, ostentando uma clara opção pela manutenção do idoso em seu lar, ao estatuir que os programas de amparo aos idosos serão executados, preferencialmente, em seus lares. Até então, não havia uma legislação específica para definir conceitualmente o idoso, o que ocorreu em 2003, quando a Lei 10.741 – intitulado Estatuto do Idoso – deliberou, com base exclusivamente no critério etário, que idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

É uma legislação tida como moderna e vanguardista, consubstanciando-se num verdadeiro microsistema jurídico de proteção ao idoso, seguindo a mesma linha trilhada anteriormente pelas Leis 8.069/90 e 8.078/90, Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. Esta legislação incorporou e ratificou a

chamada doutrina da “proteção integral” (art. 2º), implicando o reconhecimento de que o idoso é titular de direitos fundamentais e sociais que devem ser assegurados por todos, seja a família, a sociedade ou o Estado.

A Lei 8.884/94 dispôs sobre a Política Nacional do Idoso, com o objetivo de assegurar os direitos sociais ao idoso, criando condições para promover sua autonomia, participação efetiva e integração na sociedade. De forma bem didática, a lei apresentou nove pontos de ação para o atingimento de sua finalidade: a viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso que proporcionem sua integração às demais gerações; a participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos; a priorização do atendimento ao idoso por intermédio de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência; a descentralização político-administrativa; a capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços; a implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo; o estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento; a priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família; e apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento⁸.

No plano infralegal interno, o Decreto 4.227/02 criou o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, vinculado ao Ministério da Justiça, competente para supervisionar e avaliar a Política Nacional do Idoso. Sob a perspectiva do Poder Executivo, o Brasil possui um Plano de Ação para o Enfrentamento da Violência contra a Pessoa Idosa, afeto à Secretaria Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República, com o objetivo de promover ações que levem ao cumprimento do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003), que tratem do enfrentamento da exclusão social e de todas as formas de violência contra esse segmento etário⁹.

A imputação de obrigações para a efetivação dos direitos do idoso, tanto no texto constitucional quanto no Estatuto (art. 3º), obedeceu a uma clara ordem progressiva e gradativa: em primeiro lugar a família, depois a sociedade, e só então o Estado, substanciando a doutrina da proteção integral, qual seja: todos são responsáveis solidariamente pelo cuidado e o resguardo dos direitos do idoso, elencados, entre outros: a vida, a saúde, a alimentação, a educação, a cultura, o esporte, o lazer, o trabalho, a cidadania, a liberdade, a dignidade, o respeito e a convivência familiar e comunitária. Em última análise, podem receber a denominação de direitos fundamentais e sociais (arts. 5º e 6º da CF/88), os quais, por disposição expressa (art. 5º, § 1º, CF/88), tem aplicação imediata e direta, não apenas na esfera pública, mas também no âmbito das relações privadas, segundo o que a doutrina e jurisprudência nominaram de eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁰. Importa dizer que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal vinculam os poderes públicos, mas também são direcionados à proteção em face e nas relações privadas.

Etimologicamente o termo família advém do latim *'famulus'*, equivalendo ao conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor, o que justifica ao longo dos tempos a construção de um conceito familiar estritamente patriarcal e de subordinação que, aos poucos, vai se transformando numa comunidade mais democrática e aberta. Em relação ao idoso, vê-se uma predileção pela manutenção e atendimento ao idoso no seio da família, definida pela Constituição (art. 226, § 4º) como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, não apenas advindo do casamento civil, nem tampouco da inicialmente defendida exclusividade do homem e da mulher. Inobstante, sua compreensão dever ser feita a partir de uma feição ampla, considerando as dimensões biológicas, espirituais e sociais. Assim, esta entidade cultural, tendo em vista que em cada tipo de sociedade pode assumir uma configuração diferente, seja natural ou extensa, é a responsável primária pelo atendimento das necessidades e direitos do idoso. É importante observar que, em vista da mudança no perfil etário da população, os arranjos familiares atuais são bem diversos daqueles identificados em décadas passadas. Na atualidade, é bem mais comum a convivência in-

terfamiliar e intergeracional, importando no estabelecimento de novas relações e novos conflitos.

Seguindo-se a ordem gradativa na atribuição de responsabilidades no atendimento do idoso, o arcabouço legislativo vigente as impõe, em segundo lugar, à sociedade, concebida conceitualmente pelo sábio¹¹ como: reunião de pessoas unidas pela origem ou por leis; Estado social; grupo, bando (falando dos animais); união de pessoas ligadas por ideias ou por algum interesse comum; reunião de pessoas que se juntam para conversar ou conviver; reunião; conjunto de pessoas de uma mesma esfera; trato; convivência; casa onde se reúnem as pessoas unidas por um interesse ou ideias comuns; associação; solidariedade de interesses; parceria; sociedade anônima; empresa que tem o capital dividido em ações. Embora utilizando uma expressão indistinta, o legislador constituinte e ordinário quis envolver todo o grupamento humano que esteja próximo ao idoso na tarefa de bem zelar pela atenção a este grupo vulnerável.

Todos são
responsáveis
solidariamente
pelo cuidado e o
resguardo
dos direitos do
idoso

Em terceiro lugar, na ordem legislativa de incumbência, encontra-se o Estado, compreendido como essa entidade politicamente organizada numa determinada base territorial, com soberania, gerida por leis próprias. Inobstante, bem poderia ser identificado no poder público, posto que, em ordem hierárquica, vê-se o trânsito do privado para a esfera pública, equivalendo ao remanescente da obrigação protetiva ao idoso.

No franco desempenho de seu papel, o Estado conta com instrumentos de ação consubstanciados nas políticas públicas, assim compreendidas como a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do estado democrático de direito e à promoção e proteção dos direitos humanos¹². São os planos e mecanismos de ação que, sendo claramente identificados, planejados, implementados e avaliados, poderão corresponder ao pleno cumprimento da missão estatal de garantia de cabal equilíbrio nas

relações sociais. Nesse contexto, é a personalidade humana, em última instância, que inspira proteção e garantia, visando assegurar o seu pleno desenvolvimento.

2. Conceitos relevantes acerca do direito da personalidade, afeto e violência

A noção jurídica de personalidade é reconhecida em nossa sociedade como sendo:

uma aptidão genericamente reconhecida: toda pessoa é dotada de personalidade. É a possibilidade de ser titular de relações jurídicas e de reclamar o exercício da cidadania, garantida constitucionalmente, que será implementada (dentre outras maneiras) através dos direitos da personalidade¹³.

Neste panorama, os chamados direitos da personalidade caracterizam-se *“por serem absolutos, indisponíveis relativamente, imprescritíveis e extrapatrimoniais”*¹⁴ e vitalícios.

A imanência da personalidade compreendida como autoconhecimento está em xeque na sociedade contemporânea moderna, globalizada, interconectada e influenciada por um turbilhão de demandas por consumo físico e psíquico, a ponto de provocar uma genuína crise de identidade. Clama-se por respeito à diversidade física, psicológica e de gênero, a qualquer custo e sob quaisquer condições. O ser humano passa por uma severa instabilidade, inspirada sobremaneira pelo liberalismo político e econômico, que vem provocando uma inflação de liberdades com escassas responsabilidades.

A Constituição Federal de 1988 consolidou o longo processo de redemocratização a que o Brasil se submeteu, daí o compreensível elenco de garantias aos direitos da personalidade. Logo em seguida, na revisão da legislação civil que concluiu com a edição da Lei 10.406/02 (Código Civil), pela primeira vez o legislador cuidou da proteção dos direitos da personalidade, manifestando um compromisso de salvaguarda da

pessoa humana como valor máximo. Vê-se, portanto, que os direitos da personalidade estão abonados tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código Civil como intransmissíveis e irrenunciáveis, cujo exercício não pode sofrer limitação voluntária (art. 11). A eventual hipótese de lesão – ou a ameaça de lesão – assegura o direito de reclamar reparação por perdas e danos. Nesta categoria foram inseridos direitos relativos ao corpo, ao nome, à propriedade intelectual e à vida privada.

Fazendo uma compilação de várias definições de direitos da personalidade, Flávio Tartuce¹⁵ assim escreve:

Mas, afinal, o que seriam então os direitos da personalidade? Segundo Rubens Limongi França, trata-se de “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”. Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade “são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo, vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)”. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, com a didática que lhes é peculiar, conceituam os direitos da personalidade como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. Pelos conceitos transcritos, observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até a sua morte. Esse, na opinião deste autor, é o seu melhor conceito.

Assim, transpostas para o campo do idoso as concepções de “personalidade” e “direitos da personalidade”, vê-se que a doutrina da prote-

ção integral, fulcrada na ideia de solidariedade enquanto objetivo fundante do Estado brasileiro (art. 3º CF), indica que há uma opção firme pelo núcleo familiar como o primeiro ambiente de cuidado e proteção. É nessa comunidade primária que se encontram (ou deveriam) o liame do afeto, sentimento que passa a ostentar um valor jurídico a partir do Código Civil, conforme alerta Maria Berenice Dias:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família [...]. O direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. [...] as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de em dar e receber amor.

Um sentimento humano ganhou valor jurídico no ambiente familiar, passando a ostentar exigibilidade e a orientar a interpretação dos deveres impostos ao grupo parental com reciprocidade, quando inseriu-se no texto constitucional (art. 229) que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Corolário do princípio da solidariedade familiar, o descumprimento deste dever de afeto pode ensejar o que a jurisprudência vem nominando de abandono afetivo, o qual pode gerar consequências econômicas, na medida e sob a concepção de que “amar é faculdade, cuidar é dever”¹⁶. Conforme observou com a maestria que lhe é peculiar a ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1.159.242-SP, não se discute o

amar – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico.

Enquanto ser humano o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, aqueles próprios da personalidade admitidos após importantes e intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, elevadas ao patamar constitucional em 1988 e expressamente reconhecidos pelo Código Civil a partir do art. 11 como direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, a fim de resguardar a própria identidade¹⁷.

Conforme já destacado, a orientação normativa é clara quanto à preferência pela manutenção do idoso no seio da família, concepção absolutamente legítima, na medida que, via de regra, é rigorosamente do idoso que emerge o núcleo familiar reunido, em tese, pela relação de parentalidade. Paradoxalmente, a violação dos seus direitos mais caros ocorre justamente no convívio familiar.

Enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana é conceituada por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸ como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O estatuto protetivo do idoso o colocou a salvo de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, bem como de todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão (art. 4º). Inobstante, sabe-se que a violência pode se apresentar de diversas formas, como psicológica, econômica, moral, sexual, familiar, social, institucional, por ação ou mesmo omissão daqueles que têm, por lei ou por contrato, o dever de cuidado, proteção e vigilância.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, em relatório divulgado em 2002, a violência corresponde ao uso intencional da força física ou do poder, real ou ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa ou contra um grupo ou uma comunidade que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação¹⁹. Há também um conceito legal para a violência. Tratando de outro grupo igualmente vulnerável, a mulher no âmbito doméstico e familiar, a Lei 11.343/06 faz referência aos tipos de violência como sendo: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Por

O estatuto protetivo do idoso o colocou a salvo de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, bem como de todo atentado aos seus direitos

violência física aponta qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal. Como violência psicológica, qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto,

chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. Como violência sexual, indica qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício dos direitos sexuais. A violência patrimonial é conceituada como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. Por fim, a violência moral é concebida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Todos esses conceitos jurídicos são plenamente aplicáveis e podem validamente ser transportados para o cenário da violência contra o idoso. Corroborando esta simetria, a doutrina moderna vem ganhando foros jurisprudenciais no sentido de se admitir a aplicação das medidas protetivas específicas previstas na Lei Maria da Penha²⁰ ao idoso vítima de violência no seio familiar. A doutrina assim reconhece:

Ora, se a Lei 11.343/2006 prevê medidas protetivas às mulheres para restabelecer o princípio da igualdade (já que são consideradas, pelo legislador, hipossuficientes para enfrentar os conflitos domésticos ou familiares), e a Constituição Federal proíbe qualquer forma de discriminação em face do sexo ou da idade, conclui-se que as medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha são aplicáveis não apenas às mulheres, mas a qualquer pessoa que se encontre em posição de hipossuficiência em conflitos domésticos ou familiares. Os idosos, por exemplo, muitas vezes vivem em ambientes com intensos conflitos domésticos ou familiares, sem que tenham forças para enfrentar, por si, seus agressores (que na maioria das vezes são os próprios familiares). Em tais situações, é possível aplicar as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.343/2006) em favor desses idosos hipossuficientes (homens ou mulheres)²¹.

Aqui é imprescindível uma ressalva. O que se defende não é a aplicação direta, geral e irrestrita de todos os institutos da Lei Maria da Penha ao cenário de vulnerabilidade do idoso. Tanto a Lei 11.343/06 quanto a Lei 10.741/03 facultam este intercâmbio dos institutos, quando determinam:

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei.” e no Estatuto “Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a re-

querimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas. (grifo nosso)

Ambas propiciam o intercâmbio, permitindo concluir pela existência de um microsistema protetivo ao hipossuficiente, formado, entre outras, pela Lei 11.343/06 (Lei Maria da Penha), Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), esta última que também ostenta institutos congêneres.

No pleno exercício da função judicante, aderi ao posicionamento proclamado nos autos do processo 0000963-43.2015.8.16.0072:

A mera leitura do dispositivo em comento permite concluir que o Magistrado pode utilizar não só tais medidas do Estatuto do Idoso como também outras previstas nas demais leis que regem a proteção de vítimas e, ainda, pode fixar medidas inéditas no cenário legislativo com base no poder geral de cautela (art. 461, § 5º CPC). Esse entendimento viabiliza a concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, as demais garantias entabuladas no artigo 230 da Constituição Federal, bem como a efetividade do próprio Estatuto do Idoso (Lei 10.471/03). Ademais, por se tratar o requerente de pessoa idosa, determina o Estatuto do Idoso, em seu art. 82, caput, que “para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes” podendo o juiz, para o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, conceder tutela liminar ou após justificacão prévia, impondo inclusive multa, independente de pedido do autor (art. 83 e §§), aplicando subsidiariamente o procedimento sumário previsto no CPC (art. 69)”.

Como sói acontecer em feitos dessa natureza, após a implementação das medidas protetivas, não acudindo está para a integral construção da pacificação e harmonia almejados na família assentes pelos idosos, já desgastados pelo peso da idade e o perecimento das forças físicas, agravado pelas doenças que normalmente acometem essa população, o feito foi extinto pela perda do objeto em vista do falecimento dos

protegidos. É um indicativo de que decisões judiciais impostas vertical e unilateralmente pelo poder estatal, sobretudo no ambiente familiar, não são capazes de produzir a almejada pacificação social se não forem criados canais permanentes de diálogo e amadurecimento da própria entidade familiar, ainda que sob a mediação do Poder Judiciário.

É digno ainda de especial destaque, além da violência física, que em regra deixa vestígios pelo corpo, a violência moral, psicológica e financeira, que provoca rastros no inconsciente e nos sentimentos mais valiosos à população idosa, que, em regra, muito estima a honestidade, o bom nome, a honradez e a paz.

3. Uma visão da violação da dignidade do idoso na família

É sabido que por força da recomendação advinda do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, o uso do sistema de proteção aos bens jurídicos a que se propõe o direito penal, em vista de seu caráter fragmentário e subsidiário, somente está legitimado quando os demais ramos do direito se mostrarem ineficazes. Sob tal concepção, com a finalidade de coibir e reprimir práticas ilegais, o estatuto protetivo ao idoso enumerou condutas de intolerância, abandono, preconceito, negligência, maus-tratos e desvalorização como caracterizadoras de violência passíveis de punição.

Democraticamente distribuídos por todas as regiões do Brasil, multiplicam-se os casos de crimes cometidos contra o idoso em família, conforme podemos inferir pelo que se extrai dos julgados abaixo, sinteticamente expostos, apenas no essencial:

[...] suficientemente comprovada a prática do delito de maus-tratos pela acusada, que expôs a perigo a integridade física da vítima, idosa, com diversos problemas de saúde, cega e parcialmente surda, que permanecia sozinha na residência, tendo acesso apenas a alimentos vencidos, muitos já em estado de decomposição, negligenciando-lhe os cuidados necessários. – Comprovada a obrigação da ré para com a vítima, na medida em que a relação entre ambas

iniciou-se apenas em decorrência da dependência da ofendida, desde o princípio conhecida pela autora do fato, que passou a perceber a integralidade de seus proventos mensais, comprometendo-se a lhe dispensar os cuidados necessários” (TJRS, Recurso Crime nº 71004014643, Turma Recursal Criminal, Relator: Eduardo Ernesto Lucas Almada, Julgado em 17/12/2012).

[...] os Apelantes, mediante tratamento desumano e degradante, expuseram a perigo a saúde psicológica da vítima, elementos do tipo previsto no artigo 99 do Estatuto do Idoso, não há que se falar em absolvição” (TJ-ES – APL: 00772384920128080011, Relator: Pedro Valls Feu Rosa, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/03/2016).

[...] impositiva a manutenção da condenação quando suficientemente comprovada a prática do delito de maus tratos pela acusada, que deixou a vítima, de oitenta e seis anos de idade, caída no chão, por mais de uma hora, sem ajudá-la a levantar-se” (Recurso Crime nº 71003194842, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, TJ-RS – RC: 71003194842 RS, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Turma Recursal Criminal, Diário da Justiça do dia 30/08/2011).

[...] exercendo a função de cuidadora, submetia a vítima – uma senhora cadeirante, com dificuldade de locomoção, contanto 75 anos de idade –, a intenso sofrimento físico e mental, representado por ações reiteradas de erguer a vítima da cadeira de rodas puxando-a pelos cabelos, aplicar tapas nas suas pernas com golpes de extrema violência, capazes a projetar os membros para o lado, despir a vítima segurando-a pelos cabelos, além de sacudir violentamente a cabeça da idosa puxando os cabelos. [...] as agressões covardes vistas nas imagens. [...] extrapolou os limites de simples maus tratos ao erguer a idosa da cadeira de rodas pelos cabelos, sacudir com raiva a cabeça da vítima agarrada aos seus cabelos e ainda agredi-la impiedosamente com violentos tapas nas pernas, tudo isso em ações reiteradas, durante o período em que exerceu a atividade de cuidadora – cerca de sete anos. O que demonstrou possuir nada mais foi do que uma vontade férrea de impor intensos sofrimentos físicos e morais à vítima, que além de idosa, necessitava de cuidados espe-

ciais por ser portadora de deficiência para se locomover. Como se verifica são fatos extremamente graves, demonstradores de perversão e covardia, onde grande dose de maldade restou explicitada para o fim de provocar intenso sofrimento físico e mental. [...] estamos diante de diversas condutas extremamente graves praticadas contra pessoa idosa e portadora de deficiência, por muito tempo agredida, cujo sofrimento suportando excedeu à normalidade do tipo penal violado” (TJ-RJ – APL RJ 0005158-84.2014.8.19.0052, Relator: Des. Gilmar Augusto Teixeira, 8ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/09/2015).

[...] a privação de alimentos e cuidados indispensáveis ao idoso, constatada diante do quadro de anemia nutricional e das condições precárias de higiene e saúde, relatadas pela assistente social, resultando na morte da vítima pela falência múltipla de órgãos, dentre outras consequências, caracteriza o dolo na conduta do agente, configurando o crime de maus tratos previsto no Estatuto do Idoso” (TJ-RO – EI: 00036479220158220000 RO 0003647-92.2015.8.22.0000, Relator: Desembargador Valdeci Castellar Citon, Câmaras Criminais Reunidas, Diário Oficial em 27/07/2015).

[...] acusado que humilha e menospreza sua genitora, desferindo-lhe um chute na região das nádegas, durante um desentendimento. Relato da ofendida claro e seguro, não demonstrando sequer indícios de querer incriminar o acusado injustamente. Versão exculpatória do réu isolada nos autos” (TJ-SP – Apelação: 122044220108260482, Relator: Des. Pinheiro Franco, Data de Julgamento: 01/03/2012, 5ª Câmara de Direito Criminal).

[...] indícios e circunstâncias que apontam que a causa da morte da ofendida foi a desnutrição. Omissão penalmente relevante. Agentes podiam e deviam agir para impedir o resultado. Dever de prestar alimentos, cuidado e proteção imposto por lei. Inteligência do art. 13, § 2º A do Código Penal. Condição financeira e grau de instrução dos apelantes que não se prestam para lhes livrar da responsabilidade criminal” (TJ-SC – Apelação Criminal: 2012.075394-0, Relator: Des. Volnei Celso Tomazini, Data de Julgamento: 21/05/2013, 2ª Câmara Criminal).

Todos esses casos absolutamente reais, em que se romperam as barreiras do silêncio e chegou-se à apreciação estatal, evidenciam às escâncaras a profunda violação dos direitos da personalidade do idoso precisamente no seio da família, revelando o que as estatísticas oficiais apontam, em que pese as subnotificações. Não chega a ser incomum que os próprios idosos contemporizem, suportem a violência, convolvendo a inevitabilidade desse tipo de comportamento por parte de seus familiares jovens, a quem, evidentemente, quase nunca desejam ações repressivas por parte do Estado. Das subnotificações decorrem distorções estatísticas que criam obstáculos na identificação e combate desse tipo de conduta ilícita pela estrutura estatal.

Segundo dados divulgados em 2017 pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a ouvidoria do órgão recebeu mais de 133 mil denúncias de violações de direitos humanos em 2016, por intermédio do “disque 100”. No módulo Pessoa Idosa, 38% das denúncias são relacionadas a violações por negligência, 26% de violência psicológica, 20% de abuso financeiro/econômico e violência patrimonial, e 13,8% de violência física. A relação do suspeito com a vítima reflete também as tipificações das violações, que têm como categoria predominante a negligência. Pelo menos 54% das violações denunciadas foram praticadas por filho/a, 8% por neto/a, 5% por genro/nora e 3% por marido/esposa. Este cenário doméstico é responsável por 70% das violações²².

Os registros oficiais dos órgãos de segurança pública também assestam na direção do crescimento do crime tendo como vítima o idoso no ambiente familiar. Estatísticas dão conta de que 62,1% dos casos de violência contra o idoso ocorreram na residência da vítima²³.

4. Possibilidades de construção alternativa

Revelando a violência contra o idoso na pauta social, o dia 15 de junho marca o Dia Mundial de Conscientização da Violência contra a Pessoa Idosa, data instituída em 2006 pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Rede Internacional de Prevenção à Violência à Pessoa Idosa (INPES), com o objetivo de sensibilizar a sociedade para

o combate das diversas formas de violência cometida contra a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

Em vista da compreensível redução da higidez dos órgãos, funções e sentidos, os idosos estão entre os segmentos populacionais que possuem fragilidades peculiares – o que também ocorre em relação às crianças, aos deficientes, às gestantes, aos enfermos –, para os quais as convenções sociais e mesmo o ordenamento jurídico positivado reservam prerrogativas não extensivas aos demais grupamentos. De outra parte, a humanidade vive com pressa, ávida por ‘ganhar’ tempo e realização instantânea. O estereótipo do idoso decadente e obsoleto, com passos e o raciocínio mais lentos, diverge deste ambiente social contemporâneo.

No enfrentamento dessas situações assimétricas, é imperiosa a reconstrução do tecido social com estruturas familiares saudáveis. Várias ações e abordagens são necessárias, apoiadas num forte e sincero compromisso político de integração, visando assegurar um amadurecimento com dignidade e segurança, desfrutando de plena realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Em sua grande maioria, os idosos residem com a família. E é exatamente nesse espaço privilegiado de coexistência intergeracional que é preciso investir na qualificação de todos os seus integrantes para a construção de ambientes de respeito e dignidade. Embora evidente esta constatação, a aptidão humana para a fraternidade está cada vez menos presente nas famílias, tanto que, conforme reconhecido ao longo desta peça, é nesse círculo que ocorre, com preponderância, a violência física, psicológica, econômica e sexual por maus-tratos ou negligência com a senectude. Tal panorama notabiliza que esse espaço deve ser o foco da atenção de todos os atores sociais na busca por uma mudança cultural na forma de conceber a pessoa idosa e o envelhecimento. O ambiente doméstico precisa ser preparado para atender às peculiaridades de es-

Os registros oficiais dos órgãos de segurança pública também assentam na direção do crescimento do crime tendo como vítima o idoso no ambiente familiar

trutura física e psíquica do idoso. É necessário investir em formação de cuidadores e ações estatais de apoio às famílias que não ostentam condições de dispensar a atenção necessária por si mesmas.

Também a mídia tem um papel estratégico neste processo de transformação cultural, por intermédio da propagação de ideias positivas e o afastamento de estigmas e clichês ultrapassados, com campanhas oficiais ou de forma subliminar, inseridas nas grades ordinárias de programação, o que promove um efeito ainda mais eficiente. A promoção de fóruns estaduais e municipais com discussão sobre a condição do idoso pode interiorizar a temática e contribuir para a adoção de novas formas de se relacionar com o envelhecimento social.

Outra medida premente no sentido de efetivamente coibir e combater a violência cotidiana perpetrada contra o idoso no ambiente familiar é o cumprimento do disposto nos artigos 70 e 71 do Estatuto do Idoso, com a implantação dos órgãos de recebimento e apuração das denúncias – delegacias de polícia especializadas, Defensoria Pública, Ministério Público e conselhos de direitos do idoso.

5. Considerações finais

É urgente e afligente um processo de educação social que internalize valores ligados à solidariedade, inclusão social e tolerância, e respeito à diversidade em suas variadíssimas formas. Sem esta reconstrução de valores e resgate de princípios pragmáticos, todo o arcabouço legislativo protetivo ou punitivo isoladamente não surtirá o efeito esperado nem será suficiente para garantir o respeito aos direitos da personalidade do idoso.

É questão de sobrevivência social a transposição dos princípios de solidariedade e respeito à dignidade humana dos poéticos textos constitucionais, legais e dos tratados internacionais para a vida cotidiana. E esta missão não é exclusiva, mas enseja o absoluto engajamento da família, da sociedade e do Estado.

Notas

1. Maria de Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim. Discente do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, nível mestrado, do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, titular da vara cível da Comarca de Colorado.
2. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Dados sobre o envelhecimento no Brasil*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadosobreoenvelhecimentoonoBrasil.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
3. LEAL, Luciana Nunes. População idosa vai triplicar entre 2010 e 2050, aponta publicação do IBGE. *Estadão*. 29 agosto 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,populacao-idosa-vai-triplicar-entre-2010-e-2050-aponta-publicacao-do-ibge,10000072724>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
4. UNFPA. Fundo de População das Nações Unidas. *Envelhecimento no Século XXI: celebração e desafio*. Resumo Executivo (UNFPA), Nova York e pela HelpAge International, Londres. Disponível em: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Portuguese-Exec-Summary_0.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.
5. OLIVEIRA, Nielmar de. Expectativa de vida do brasileiro é de 75,8 anos, diz IBGE. *EBC Agência Brasil*. 01 dez. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-12/expectativa-de-vida-do-brasileiro-e-de-758-anos-diz-ibge>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
6. Segundo Maria Paula Dallari Bucci políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
7. UN. United Nations. *Outcomes on Ageing*. Abril 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/devagenda/ageing.shtml>>. Acesso em: 17 jan. 2018.
8. Art. 4º. BRASIL. Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.
9. BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Plano de ação para o enfrentamento da violência contra pessoa idosa*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/programas/plano-de-acao-para-o-enfrentamento-da-violencia-contra-pessoa-idosa>>. Acesso em: 13 jan. 2018.
10. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005. (RE-201819).
11. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. São Paulo: Positivo, 2013.

12. AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumento de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e de proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232.
13. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 180.
14. *Ibid.*, 187.
15. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 12. ed., Rio de Janeiro. Forense Editora, 2016, p. 146.
16. REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 24/4/2012.
17. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 183-184.
18. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.
19. MYNAYO, Maria Cecília. *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e sabedoria*. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2005, p. 15.
20. BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.
21. FREITAS JÚNIOR, Roberto. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156-157.
22. BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Ouvidoria recebeu mais de 133 mil denúncias de violações de direitos humanos em 2016*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2017/abrc/disque-100-recebeu-mais-de-131-mil-denuncias-de-violacoes-de-direitos-humanos-em-2016>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
23. BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Diagnóstico dos homicídios no Brasil: subsídios para o pacto nacional pela redução de homicídios*. 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/1diagnostico-homicidios.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Referências

- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumento de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e de proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Dados sobre o envelhecimento no Brasil*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadosobreoenvelhecimentoBrasil.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- _____. Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- _____. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.
- _____. Ministério dos Direitos Humanos. *Ouvidoria recebeu mais de 133 mil denúncias de violações de direitos humanos em 2016*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2017/abrc/disque-100-recebeu-mais-de-131-mil-denuncias-de-violacoes-de-direitos-humanos-em-2016>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- _____. Ministério dos Direitos Humanos. *Plano de ação para o enfrentamento da violência contra pessoa idosa*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/programas/plano-de-acao-para-o-enfrentamento-da-violencia-contra-pessoa-idosa>>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- _____. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Diagnóstico dos homicídios no Brasil: subsídios para o pacto nacional pela redução de homicídios*. 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/1diagnostico-homicidios.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. São Paulo: Positivo, 2013.
- FREITAS JÚNIOR, Roberto. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LEAL, Luciana Nunes. População idosa vai triplicar entre 2010 e 2050, aponta publicação do IBGE. *Estadão*. 29 agosto 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,populacao-idosa-vai-triplicar-entre-2010-e-2050-aponta-publicacao-do-ibge,10000072724>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- MYNAYO, Maria Cecília. *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e sabedoria*. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2005.
- OLIVEIRA, Nielmar de. Expectativa de vida do brasileiro é de 75,8 anos, diz IBGE. *EBC Agência Brasil*. 01 dez. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-12/expectativa-de-vida-do-brasileiro-e-de-758-anos-diz-ibge>>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense Editora, 2016.
- UN. United Nations. *Outcomes on Ageing*. Abril 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/devagenda/ageing.shtml>>. Acesso em: 17 jan. 2018.
- UNFPA. Fundo de População das Nações Unidas. *Envelhecimento no Século XXI: celebração e desafio*. Resumo Executivo (UNFPA), Nova York e pela HelpAge International, Londres. Disponível em: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Portuguese-Exec-Summary_0.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Epistemológica jurídica a partir do *quantum*

Nathan Glina¹

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Resumo: Este trabalho apresenta formulações de direito, notadamente em sua perspectiva do direito quântico, por meio da análise acerca da aplicação, no âmbito das ciências jurídicas, das descobertas revolucionárias do grande físico Max Planck, que contribuíram decisivamente para a ampliação do conhecimento das leis da natureza e o desenvolvimento da física quântica.

1. Introdução

ESTE ARTIGO TEM POR OBJETIVO APROFUNDAR O DESENVOLVIMENTO da epistemologia jurídica, tendo por objeto de interesse a efetividade do direito, por meio de análise multidimensional da ciência jurídica, alcançando o conhecimento das leis da natureza que regem o universo e a vida humana.

Para tanto, a proposta inicial é de estudar um pouco da biografia e do contexto de vida do importantíssimo físico Max Karl Ernst Ludwig Planck, em geral referido por Max Planck, tendo em vista ter sido ele o responsável pelas grandes descobertas no início do século 20 que deram origem à física quântica, ampliando os horizontes do conhecimento humano, dos estudos científicos e, por consequência, influenciando para sempre a própria vida humana nas sociedades contemporâneas.

As descobertas de Planck transformaram as relações entre os seres humanos e a natureza, alterando a realidade da vida, ao ampliarem o conhecimento das leis da natureza. Por conseguinte, o presente artigo buscará apontar as contribuições possíveis dos trabalhos do renomado físico para o desenvolvimento do direito e, especialmente, sua aplicação no âmbito do direito quântico².

Para essa percepção do direito integral, os estudos do direito quântico não se fecham ao contexto de aplicação das normas de “dever-ser”, à realidade, ao mundo do “ser” em que os sistemas jurídicos devem ser

As descobertas de Planck transformaram as relações entre os seres humanos e a natureza, alterando a realidade da vida, ao ampliarem o conhecimento das leis da natureza

aplicados. Igualmente, esta nova forma de se pensar a epistemologia jurídica busca o diálogo de fontes (diálogo das ciências jurídicas com as demais áreas do conhecimento humano), ou seja, busca abrir cognitivamente o direito para um diálogo com as diversas ciências, inclusive e notadamente as assim denominadas “exatas”.

No panorama atual de constantes violações aos direitos humanos, bem como do aumento dos riscos de perecimento da própria humanidade, seja com guerras, seja com a destruição do meio ambiente, seja com o desenvolvimento de inteligências artificiais que suplantem ou substituam os seres humanos, seja com o aumento das desigualdades sociais ou com o enfraquecimento da solidariedade e a apatia diante da desgraça alheia de muitos, deve-se repensar o direito para que seu papel de transformação da realidade seja maximizado positivamente.

Por meio da abertura cognitiva do direito, busca-se que a ordem jurídica imaginada e positivada – o plano do “dever-ser” que se transforma num processo constante –, visando à conformação da dura realidade por meio de pauta ético-normativa, permita a convivência sadia e fraterna de todos, de forma a que possa efetivamente garantir a paz social e a justiça nas relações humanas.

O convite que se faz para a leitura deste artigo, portanto, é de se (re) pensar o direito por uma ótica integral e, para tanto, o que se propõe é

uma abertura de perspectiva, diante das descobertas e da vida de um dos seres humanos responsáveis pela ampliação do horizonte de conhecimento da humanidade.

2. Contexto de vida

Max Karl Ernst Ludwig Planck (1858-1947), nascido em Kiel na Alemanha, era o sexto filho de uma família alemã burguesa e pensava em se dedicar à filosofia ou à música. Optou pela física e estudou nas Universidades de Munique e Berlim, onde realizou seus estudos sob a liderança de grandes cientistas da época, Kirchhoff e Helmholtz.

Planck também lecionou na Universidade de Berlim durante toda a sua vida, sendo o presidente do instituto “Kaiser Wilhelm Society for the Promotion of Science”. Por volta dos 40 anos de idade, fez suas descobertas que revolucionaram a física e a própria vida humana no planeta (entre 1900 e 1901). Foi ganhador do prêmio Nobel em 1919 pela “descoberta da energia quanta”³.

A descoberta de Max Planck acerca do *quantum* e a distribuição da energia no espectro de radiação total foi a base para o desenvolvimento da física moderna e da mecânica quântica, influenciando alguns dos maiores físicos da humanidade, incluindo Niels Bohr e seu modelo atômico, bem como Albert Einstein e sua teoria acerca do efeito fotoelétrico⁴.

Na época das descobertas e estudos de Planck, o contexto da Alemanha era de nacionalismo. Otto von Bismarck poucas décadas antes havia feito alianças para proteger os Estados alemães unificados de qualquer agressão exterior, e ainda fomentou a revolução industrial e suprimiu ordens religiosas para que a Igreja Católica não ameaçasse a supremacia do Estado, sendo destituído por Guilherme II da Prússia que pretendeu governar sozinho e fez aliança com a Áustria e a Itália em 1882, o que causou a reação em 1894, com a aliança entre a Grã-Bretanha, França e Rússia. Cerca de uma década depois das descobertas de Max Planck, como se sabe, eclodiu a denominada “primeira guerra mundial” ou “primeira grande guerra”⁵.

Durante a segunda guerra mundial ou segunda grande guerra, Planck foi submetido a perseguições do regime nazista, pois a ele se opunha abertamente. Um de seus filhos foi morto em razão de uma tentativa frustrada de matar Adolf Hitler e a casa de Planck em Berlim foi bombardeada. Poucos anos mais tarde, Planck morreu⁶.

3. Principal contribuição para a física

A principal contribuição de Max Planck para a física (e consequentemente para a humanidade) consistiu na denominada Constante de Planck ou Constante de Proporcionalidade, em que Planck introduziu o conceito de quantização de energia. Este conceito foi por ele proposto em reuniões da Sociedade Alemã de Física, em sessões de 19 de outubro e 14 de dezembro de 1900, bem como no início de 1901, nas quais apresentou o trabalho que denominou “Sobre a Teoria da Lei de Distribuição de Energia no Espectro Normal”⁷.

O trabalho por ele desenvolvido visava desvendar os problemas da radiação, especificamente no que tange à distribuição de energia no espectro de radiação total. Isso porque a energia emitida por um corpo que não reflete luz (corpo negro) deveria variar na mesma proporção que a temperatura. Na prática, entretanto, isso não acontecia. Planck, então, propõe a relação entre a energia e a frequência da radiação, que deu origem à seguinte fórmula:

$$E = h.f$$

Esta fórmula significa, em síntese, que a energia total é igual à constante universal considerada a frequência de ressonância da onda de luz⁸.

A ideia de *quantum* surge da palavra latina *quanta*, para significar um pacote de energia emitido por um corpo negro, que só poderia assumir valores discretos. *Quanta* é plural de *quantum* e significa valores discretos⁹. Quando um corpo é aquecido, a radiação eletromagnética é emitida com um espectro correspondente ao da temperatura do corpo,

e não à sua composição. A radiação consiste no *quanta* com energias específicas determinadas por um fundamento constante, a chamada Constante de Planck¹⁰.

A maior contribuição de Planck para a física, contudo, deve ser vista pela série de questões que sua teoria levantou, modificando, para sempre, a concepção desta vertente da ciência acerca das leis da natureza¹¹.

4. Contribuição para o direito

Planck acabou por introduzir o conceito de descontinuidade no processo de absorção da energia de um sistema, inerente aos processos atômicos, mudando a concepção que o homem tem do universo e, ao final, a concepção que o ser humano tem sobre si mesmo, o que transformou a vida e, conseqüentemente, as normas jurídicas aplicáveis para regulamentar a convivência humana¹².

Deste conceito de descontinuidade, para o direito, tem-se como contribuição possível a nova visualização de que a ciência jurídica não pode ser vista como mera aplicação literal de normas jurídicas em um contínuo, sem atentar-se para os fins e os valores que alicerçam a existência das próprias regras.

Não é mais bastante que o juiz seja a “boca da lei”, devendo a aplicação do direito ser feita com observância da integralidade dos fatores que devem ser levados em conta para que se alcance o sentido de *justiça*, da justa transformação da realidade, individualizando-se cada caso concreto para uma compreensão dos diferentes fenômenos que nele incidem.

Da mesma forma que Planck teve que ser criativo para resolver o problema do comportamento das ondas de luz em corpos negros, deve o juiz ser criativo para solucionar os problemas jurídicos de forma realmente justa¹³.

Lembre-se ainda, por oportuno, que por volta do ano do nascimento do autor, em 1858, o princípio do devido processo legal, que constituía até então garantia somente formal, processual, acerca dos ritos a serem aplicados aos processos judiciais, ganha nova dimensão (substancial), no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América,

como “supergarantia” das pessoas num estado democrático de direito, contra o abuso dos governantes e legisladores, trazendo a possibilidade de controle jurisdicional do conteúdo das normas editadas pelo Poder Legislativo e da discricionariedade administrativa do Poder Executivo no atendimento ao interesse público primário¹⁴.

Os postulados¹⁵ da razoabilidade e proporcionalidade animam a moderna aplicação da garantia do devido processo legal em seu aspecto substancial, permitindo o controle das políticas públicas, das normas editadas pelo Poder Legislativo, dos atos e decisões do Poder Executivo em seu mérito (conteúdo). Esses postulados não se distanciam muito da proporcionalidade trazida por Planck com a sua constante universal e o conceito de descontinuidade, quando analisados pela ótica da proporção do direito, suas constantes universais e descontinuidades relativas, conforme se exporá no tópico seguinte.

A evolução desta garantia jurídica, portanto, em período próximo ao do nascimento de Planck, parece constituir um presságio mesmo da revolução do conhecimento humano que estaria por vir com as descobertas deste grande físico.

5. Contribuição para o direito quântico

O direito quântico busca o diálogo da ciência jurídica com o conhecimento científico e a cultura humana em torno de uma concepção de direito integral, mais afinada com o ideal de justiça¹⁶.

A utilização dos conhecimentos de outras áreas das ciências para o fim de formulação de raciocínios jurídicos inspiradores da formação e racionalização científica de ordenamentos jurídicos e de sua interpretação não é algo que deva causar espanto, tendo em vista que o ser humano é complexo por sua própria natureza e o direito deve ser formulado, interpretado e aplicado de forma a se comunicar com o ambiente em que deve produzir efeitos de regulamentação¹⁷.

A opção de Planck por se dedicar aos estudos da física deu-se em razão de sua percepção de que as leis da razão humana coincidiriam com as leis que governam as sequências de impressões que recebemos

do mundo¹⁸, ou seja, a nossa racionalidade enquanto espécie humana está conectada com as leis que governam o nosso universo. É disso que trata o direito quântico. O ambiente em que o direito se insere, portanto, necessariamente deve ser levado em consideração para que ele tenha aplicação justa.

Daí já se nota que, com razão, os trabalhos do renomado físico devem ser relidos por meio da ótica jurídica, de forma a complementarem a busca pelo direito integral, que é o objetivo do direito quântico, com o diálogo entre as áreas do conhecimento humano. O isolacionismo do sistema jurídico em extremada abstração, já mostrou a história, leva a aberrações e distorções que aniquilam o próprio ser humano, a humanidade e as razões pelas quais o direito existe, pois não se trata de um fim em si mesmo.

O trabalho de Planck foi de busca pela verdade científica e esta parece ser a meta do direito quântico, em sua aplicação no âmbito das ciências jurídicas, que ganha contornos de relevância cada vez maiores no cenário atual de crescimento das desigualdades sociais e globais, da proliferação e crescimento de organizações criminosas fortemente armadas, dos perigos da inteligência artificial, da globalização e do capitalismo para a vida humana futura no planeta. Altamente relevante, portanto, é a movimentação das ciências jurídicas e dos sistemas jurídicos de modo a propiciarem a necessária regulamentação das relações humanas na perspectiva de se alcançar a melhor solução possível para os problemas que vêm se desenhando no horizonte da humanidade.

Aplicando-se a Constante de Planck para o direito quântico na perspectiva atual do sistema jurídico, temos que a fórmula que ela originou – $E = h \cdot f$ – deve ser lida como: a energia do sistema jurídico¹⁹ (E) e equivale a uma constante universal de proteção dos direitos humanos com fulcro na dignidade da pessoa humana e no direito a ter direitos²⁰ (h), considerando a sua real aplicação pela jurisprudência e legislação (frequência).

O direito quântico busca o diálogo da ciência jurídica com o conhecimento científico e a cultura humana em torno de uma concepção de direito integral, mais afinada com o ideal de justiça

A frequência da equação é determinada pela propagação da dignidade da pessoa humana, por meio da qual deve-se buscar o bem-estar geral, que pode ser considerado o equivalente à dimensão coletiva dela²¹. Esta propagação somente pode se dar, na equação formulada, pela jurisprudência e legislação, que ditarão o resultado da energia do sistema jurídico, pois quanto maior for a frequência, mais energia o sistema terá.

Considerando que a energia é a efetividade do sistema jurídico, que se obtém pela força ou pela aceitação em razão da maior legitimação, a

A proteção dos direitos humanos, com fundamento na dignidade da pessoa humana, é a única constante universal dos sistemas jurídicos

constante universal de proteção dos direitos humanos com fulcro na dignidade da pessoa humana e no direito a ter direitos, sempre que atendida em menor frequência, levará à necessidade do uso de maior força e, ao contrário, quanto mais for atendida, ditará a maior legitimidade do sistema e, por meio do maior convencimento, diminuirá a necessidade de coerção²².

A energia do sistema jurídico, portanto, a sua efetividade ou eficácia social²³, seja pela maior força com que tenha que se impor, seja com a maior legitimação dele e a menor necessidade de coerção, estará diretamente vinculada à aplicação da constante universal de proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos pela jurisprudência e legislação. Se a constante universal não for observada na equação, isto é, se ela resultar em patamar igual ou inferior a zero, o sistema jurídico não terá nenhuma energia, pois a efetividade estará comprometida.

Com efeito, atualmente, a proteção dos direitos humanos, com fundamento na dignidade da pessoa humana, é a única constante universal dos sistemas jurídicos que se coadunam com a consciência universal acerca da necessidade de reconhecimento e promoção desses direitos²⁴, que ensejou a sua previsão nos diversos instrumentos normativos da ordem jurídica internacional, como os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos e Sociais de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta Africana dos

Direitos Humanos e dos Povos etc. Essa é a radiação do sistema jurídico, em que os conflitos de normas, valores, interesses e pretensões devem ser resolvidos conforme uma constante universal de aplicação da prevalência da dignidade da pessoa humana, considerando-se a legislação (texto) e a jurisprudência (metatexto)²⁵.

Assim, por meio da Constante de Planck é possível se chegar à seguinte fórmula de direito quântico:

$$\text{energia do sistema jurídico} = \text{direitos humanos e} \\ \text{dignidade da pessoa humana. J e L}$$

Ocorre que o elemento de calibragem da frequência de aplicação (frequência de radiação) dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, em atenção à Constante de Proporcionalidade de Planck, deve ser o postulado da proporcionalidade, que garante a correta interpretação do sistema jurídico.

Assim, a fórmula jurídica de direito quântico a que se chega é:

$$E = \text{DHDP} \times \text{J.L.}^P$$

Isso porque, frise-se, por meio da Constante de Planck, é possível se verificar que para que a aplicação do direito seja integral, é necessário que a análise das grandezas em questão seja feita com base na proporcionalidade, como o físico havia verificado ao conceber seus estudos, pois a Constante de Planck é uma regra de dimensionamento, portanto, de proporcionalidade.

A Constante de Planck configura, deste modo, um duplo vetor jurídico na equação proposta, pois condensa uma constante universal (direitos humanos e dignidade da pessoa humana) e um elemento de calibragem de sua aplicação pela legislação e jurisprudência (proporcionalidade).

A proporcionalidade orbita a fórmula, pois no âmbito jurídico ela não faz parte da equação como seu elemento componente, mas como postulado dinâmico de sua integração para o necessário ajuste fino, para a precisão final, para a regulação do resultado da ponderação de princípios e valores em cada caso concreto²⁶.

Conclui-se, portanto, que, aplicando-se ao âmbito das ciências jurídicas os estudos e descobertas de Max Planck que revolucionaram as leis da natureza até então conhecidas e contribuíram para a física moderna e a teoria quântica, obtém-se o resultado de uma fórmula de direito quântico acerca da efetividade do sistema jurídico.

Nesta fórmula jurídica de direito quântico, a efetividade do sistema jurídico se mostra o resultado da observância de uma constante universal dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, considerada a frequência de sua ressonância pela jurisprudência e legislação, cujo elemento de calibragem é a proporcionalidade, que orbita a fórmula para que o ajuste fino de seu resultado final gere efetividade por meio da legitimação.

Notas

1. Nathan Glina. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -PUC/SP, área de concentração: Efetividade do Direito. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela PUC/SP. Pós-graduado em ciências jurídicas pelo Instituto a Vez do Mestre em convênio com a Universidade Cândido Mendes-UCAM.
2. Que busca a ciência do “dever-ser” para o alcance de um direito integral, que pondere todos os fatores que influem para a aplicação de um direito justo, que atenda às expectativas geradas pelas finalidades a que se destina.
3. Cf.: <http://www.larousse.fr/encyclopedie/personnage/Max_Karl_Ernst_Ludwig_Planck/138382>. Acesso em 26/fev./2018.
4. *Idem*.
5. Conforme leciona Bentivoglio (2010): “A constituição da ciência histórica alemã no século XIX coincidiu com um momento ímpar da própria história da Alemanha – o processo de unificação política e de formação do Império – no qual a investigação histórica esteve direta ou indiretamente relacionada à emergência do nacionalismo e à política prussiana” (BENTIVOGLIO, Julio. Cultura Política e Historiografia Alemã No Século XIX: A Escola Histórica Prussiana e a Historische Zeitschrift. *Revista de Teoria da História*, ano 1, número 3, junho/ 2010. Universidade Federal de Goiás ISSN: 2175-5892. Disponível em <http://www.historia.ufg.br/up/114/o/ARTIGO__BENTIVOGLIO.pdf>. Acesso em 27/fev. /2018).
6. Cf.: PLANCK, Max. *Scientific Autobiography and Other Papers*. Tradução de Frank Gaynor. Nova York/EUA: Philosophical Library, 1949.

7. Cf.: STUDART, Nelson. A invenção do Conceito de *Quantum* de Energia segundo Planck. *Revista Brasileira de Ensino de Física*, vol. 22, n. 4, dezembro, 2000. Disponível em <http://www.cepa.if.usp.br/e-fisica/apoio/historia/v22_523.pdf>. Acesso em 26/fev./2018.
8. A luz é formada por “partículas” ou “pacotes de onda”, que ele denominou de quantum. Cada quantum é proporcional à frequência da onda de luz e carrega uma energia, que considera a constante de Planck, equivalente a $6,63 \times 10^{-34}$ joule.seg. Como explica MORAES: “É oportuno registrar que Planck não escreveu $E = nh\nu$. Na verdade, sequer fez essa hipótese. Sua dedução está relacionada aos modos pelos quais a energia total E poderia estar distribuída em um certo número n de energias, pois se n fosse infinito (um contínuo), haveria infinitos modos de fazer a sua distribuição. (...) Em 1905, Paul Ehrenfest interpretou Planck como se ele estivesse afirmado que a energia radiante é dividida em elementos igual a $h\nu$. Mas, Planck não havia aplicado sua fórmula ($E = h\nu$) à radiação, e sim aos osciladores” (MORAES, Benedito Tadeu Ferreira de. *A Fórmula de Planck e o Impacto da Teoria Quântica*. Disponível em: <<http://connepi.ifal.edu.br/ocs/index.php/connepi/CONNPEPI2010/paper/viewFile/706/422>>. Acesso em 26/fev./2018).
9. Cf.: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/physics/laureates/1918/planck-facts.html>. Acesso em 26/fev./2018. e <<https://www.infoescola.com/biografias/max-planck/>>. Acesso em 26/fev./2018.
10. O sítio oficial do Prêmio Nobel explica neste sentido, acerca do trabalho de Max Planck: “When a black body is heated, electromagnetic radiation is emitted with a spectrum corresponding to the temperature of the body, and not to its composition. Calculating the form of the spectrum using then-known physical laws gave an unreasonable result; the radiation in the high-frequency area of the spectrum became infinite. Max Planck solved this problem in 1900 by introducing the theory of “quanta”, that is, that radiation consists of quanta with specific energies determined by a new fundamental constant, thereafter called Planck’s constant” (Disponível em <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/physics/laureates/1918/planck-facts.html>. Acesso em 26/fev./2018).
11. Explica Präss (2010): “A lei de radiação de Planck difere de modo bem característico das leis da natureza previamente formuladas. Embora as leis anteriores da natureza, por exemplo, a mecânica newtoniana, contivesse as chamadas constantes, essas constantes se referiam às propriedades dos objetos, por exemplo, à sua massa ou à intensidade da força que atua entre dois corpos ou algo semelhante. Por outro lado, o quantum de ação de Planck, que é a constante característica na sua lei de radiação, não representa propriedades de objetos, mas a propriedade da natureza. Estabelece uma escala na natureza e demonstra ao mesmo tempo que, sob condições onde os efeitos são muito grandes em comparação com o quantum de ação de Planck (como ocorre em todos os

- fenômenos da vida cotidiana), os fenômenos naturais tomam um caminho diferente em relação aos casos em que os efeitos são da ordem do tamanho atômico, ou seja do quantum de Planck. Enquanto as leis da física anterior, por exemplo, da mecânica newtoniana, seriam no fundamental igualmente válidas para todas as ordens de grandeza (o movimento da lua em torno da terra deve obedecer às mesmas leis que a queda de uma maçã da árvore ou o desvio de uma partícula alfa que rasa o núcleo de um átomo), a lei de radiação de Planck prova pela primeira vez que há escalas na natureza e que fenômenos em diferentes graus de grandeza não são necessariamente do mesmo tipo” (PRÄSS, Alberto Ricardo. *A descoberta de Planck e os problemas filosóficos da física atômica*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul Instituto de Física. Porto Alegre, 2010. P. 23. Disponível em <http://www.fisica.net/monografias/A_Descoberta_de_Planck_e_os_Problemas_Filosoficos_da_Mecanica_Quantica.pdf>. Acesso em 16/mar./2018).
12. Leciona Studart (2001) que “um dos grandes problemas ao final do século XIX consistia em determinar teoricamente a intensidade da energia de radiação emitida por um corpo negro. Max Planck (1858-1957) resolveu este problema e através dele provocou uma revolução na ciência e a busca de uma base conceitual para toda a física. Ele apresentou a sua teoria na sessão da Sociedade Alemã de Física, em 14 de dezembro de 1900, data que hoje é reconhecida como a fundação da física moderna. De modo a reproduzir os resultados experimentais, Planck teve que inventar um novo conceito: a quantização da energia. A energia de um sistema, considerada até então uma grandeza física contínua no mundo microscópico da matéria, deveria na verdade ser discreta. Esta noção de descontinuidade da energia deu origem ao nascimento da teoria quântica, que tem sido fundamental para a compreensão da matéria e da radiação” (STUDART, Nelson. *Caetano, o Quantum de Planck e a Expansão do Universo*. Física na Escola, v.2, n. 1, 2001. Disponível em <http://www1.fisica.org.br/fne/phocadownload/Vol02-Num1/caetano_planck1.pdf>. Acesso em 26/fev./2018).
13. Ao expor que a discussão que se faz sobre o papel do juiz enquanto criador do Direito, cinge-se “aos modos, limites e legitimidade da criatividade judicial”, Cappelletti (1993) expõe com maestria que “Igualmente, é verdadeiro que, na vida dos homens, toda situação de fato é nova e única (...) razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre/RS: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993. P. 25). Esta explicação acerca da hermenêutica jurídica se aplica perfeitamente à superação do Direito pela perspectiva puramente mecânica kelseniana, para um Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos.

14. A título de exemplo, trazemos a lição de Mesquita (2006): “Em 1857, a Suprema Corte, presidida pelo Chief Justice Taney, adotou o devido processo legal substantivo no caso Dred Scott x Sanford, anulando legislação do Congresso Americano que proibia a escravidão nos territórios. Disse o Justice: “uma lei que retira do cidadão sua propriedade em escravo simplesmente porque ele traz essa propriedade a um território é arbitrária e desarrazoada e, portanto, violadora do devido processo (SILVEIRA, 1997, p. 177-178)” (MESQUITA, Gil Ferreira de. *O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006 Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92748/Mesquita%20Gil.pdf?sequence=1>. Acesso em 22/fev./2018).
15. Terminologia que preferimos utilizar neste texto para não ser necessário abordar a discussão existente no âmbito doutrinário, se se trata de princípios, postulados ou normas principiológicas.
16. Na lição de SAYEG (2017): “o Direito Quântico é uma perspectiva física e matemática; portanto, puramente racional, do Direito enquanto realidade, de singularidade por força de consubstancialidade entre o Positivismo, o Realismo e os Direitos Humanos, que embora distintos compõem um único elemento, o próprio direito.”, pois “O Direito deve acompanhar a evolução humana de racionalização do universo e de perspectiva moderna da realidade, mediante o seu rigoroso e científico atrelamento às evoluções da Física e da Matemática. As reflexões a propósito do método de aplicação do Direito, embora nos leve a elevadíssimo grau de abstração, não pode se desatrelar da racionalização do universo e da perspectiva da realidade, que são cientificamente decifradas pela Física e Matemática.”, assim “(...) o Positivismo só é integral, ao invés de parcial quando consubstancial ao Realismo e aos Direitos Humanos. Na mesma toada, o Realismo, ao Positivismo e aos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos, ao Positivismo e ao Realismo” (SAYEG, Ricardo Hasson. *Direito Quântico*. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, maio de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico>>. Acesso em 19/mar./2018).
17. Alguns exemplos de aplicação de conhecimentos de outras áreas no campo da ciência jurídica:
 - 1 - A lição de Farias (1996): “Todavia, a intervenção legislativa, independentemente de sua finalidade, deve ser orientada pelo princípio básico de que o legislador não pode dispor dos direitos fundamentais, ou seja, ‘o giro copernicano assinalado por Krüger – ‘não são os direitos fundamentais que movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais’” (FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editos, 1996. p. 73).

2 – A explicação de Guerra Filho (1997) acerca do diálogo do sistema jurídico com os outros sistemas: “Sendo o discurso, seja ele proveniente do senso comum, da arte, da religião, da filosofia ou da ciência, uma ‘tela’ (framework) que construímos para captar a realidade, e uma vez que essa construção repousa numa estrutura normativo-dogmática, pode-se transpor o que disse o antropólogo hermeneuta Clifford Geertz (1983, p. 173) sobre aquela ordem normativa por excelência, em nossa sociedade, que é o direito, para caracterizar a matemática, a lógica e a filosofia, analítica ou dialética, como diferentes formas de propor um mundo em que suas descrições - e distinções - fazem sentido, e, logo, como formas diversas de ‘imaginar o real’. Nem mais, nem menos que isso” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 56).

3 – O ensinamento de BOBBIO (1999) acerca de um dos significados de Sistema jurídico, como “Sistema Dedutivo” em que todas as normas do Ordenamento derivam dos chamados “Princípios Gerais do Direito”: “Uma das constantes pretensões dos jusnaturalistas modernos, pertencentes à escola racionalista, foi a de construir o Direito natural como um sistema dedutivo. E uma vez que o exemplo clássico do sistema dedutivo era a geometria de Euclides, a pretensão dos jusnaturalistas resolvia-se na tentativa (verdadeiramente desesperada) de elaborar um sistema jurídico geométrico *more demonstratum*. Citemos um trecho muito significativo de Leibniz: ‘De qualquer definição podem-se tirar consequências seguras, empregando as incontestáveis regras da lógica. Isso é precisamente o que se faz construindo as ciências necessárias e demonstrativas, que não dependem dos fatos, mas unicamente da razão, como a lógica, a metafísica, a geometria, a ciência do movimento, a Ciência do Direito, as quais são de modo nenhum fundadas na experiência e nos fatos mas servem para dar a razão dos fatos e regulá-los por antecipação: isso valeria para o Direito ainda que não houvesse no mundo uma só lei” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C.J. Santos. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed. 1999. p. 78).

18. Segundo a autobiografia de PLANCK: “My original decision to devote myself to Science was a direct result of the Discovery which has never ceased to fill me with enthusiasm since my early youth – the comprehension of the far from obvious fact that the laws of human reasoning coincide with the laws governing the sequences of the impressions we receive from the world about us; that, therefore, pure reasoning can enable man to gain an insight into mechanism of the latter. In this connection, it is of paramount importance that the outside world is something independent from man, something absolute, and the quest for the laws which apply to this absolute appeared to me as the most sublime scientific pursuit in life” (PLANCK, Max. *Scientific Autobiography and Other*

Papers. Tradução de Frank Gaynor. Nova York/EUA: Philosophical Library, 1949. p. 13).

19. Com os conflitos constantes entre normas-regras, normas-princípios e valores nos casos concretos.
 20. Célebre expressão de Hannah Arendt.
 21. Na lição de SARLET (2007), “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção” (SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Disponível em <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em 21/mar./2018. Ibidem 18).
- Desta forma, o autor apresenta um conceito aberto de dignidade: “Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” E refere que “Como critério aferidor do que seja uma vida saudável, parece-nos apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados” (Ibidem p. 23 e rodapé).
22. Com ensina o professor TELLES JUNIOR acerca do poder político numa democracia, “o poder dos Governos, quando não emanado do povo, não é poder: é força, força armada; e, neste caso, o regime não tem o caráter de uma Democracia verdadeira. De acordo com o célebre princípio, o Governo, em regime democrático, só é legítimo, quando seu poder emana do povo. Georges Burdeau disse: “Não há poder legítimo além daquele que é instituído pela

coletividade que ele rege” (Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 7ª ed., Librairie Générale, Paris, 1957, p. 93). Conseqüentemente, a legitimidade da Democracia depende da introdução da vontade dos governados nas decisões e nos atos dos governantes” (TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Poder do Povo*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/especiais/13_09_02_goffredo.htm>. Acesso em 20/mar./2018).

Não por outra razão, ensina CASTRO (1983) que “a legitimidade exsurge, assim, como o indispensável beneplácito popular ao exercício da autoridade, que dispensa em larga medida a utilização da coerção potencialmente embutida nos atos estatais. O acatamento social supre, de longe, a obediência imposta. Verdadeiramente, no dizer de José Eduardo Faria, “a idéia que se tem de legitimidade é a de que tal conceito pressupõe um conjunto de valores por meio do qual os sistemas jurídicos e políticos se revestem de um componente de autoridade, que os tornam aceitos independentemente do uso da força”. Importa, portanto, prestigiar o direito justo e combater o positivismo ilegítimo” (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 187-8).

23. Em estudo específico acerca da Efetividade do Direito, a professora Calsing (2012) explica o conceito de efetividade: “A efetividade de uma norma é a sua aceitação pela comunidade e seu uso contínuo e real. A efetividade, ou como chamam alguns autores, a eficácia social das normas, é o cumprimento efetivo do Direito por parte da sociedade, que reconhece as normas e as cumprem, concretizando, assim, seus comandos, fazendo com que seus preceitos incidam efetivamente na vida social. A efetividade refere-se à aplicação ou execução da norma jurídica, sendo a regra normativa enquanto conduta humana. A norma efetiva é incorporada à maneira de ser da sociedade, transfigurando-se em um agir. “A regra do direito, deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz”. “A realidade do direito, a sua efetividade, desse modo, revela-se na coincidência do comportamento social com os modelos e padrões traçados pelas normas jurídicas (=efetividade da norma jurídica)”. O fato de o direito se materializar no meio social, adequando as condutas às normas, concretiza o entendimento de que o Direito é um fato social. Kelsen retrata a efetividade como sendo o fato real de aplicação da norma, com a conformação da conduta humana com a ordem normativa. Para ele, a eficácia social da norma, “é o fato real de ela (a norma) ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”. O termo eficácia social é um sinônimo de efetividade, que designa a efetiva realização da norma jurídica no seu meio social, transformando em realidade aquilo que a norma prevê. Para Barroso, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos

preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. A efetividade é a atuação prática e concreta da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores determinados pelo dever-ser do Direito. Desse modo, os valores e princípios contidos nas normas são realidade na sociedade, uma vez que os objetivos das normas são concretizados. Em conclusão, a efetividade é a “atividade real, o resultado verdadeiro”, a coincidência do querido pelas normas com os acontecimentos no mundo dos fatos. A efetividade torna factível o que as normas propuseram intelectualmente” (CALSING, Renata de Assis. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. V. 32 2, jul./dez. 2012. P. 295. Disponível em <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/362/344>>. Acesso em 21/mar./2018).

E conclui que “a efetividade das normas deveria ser a regra, já que o Direito é válido enquanto determinador da conduta social segundo os valores sociais presentes. Assim, uma norma válida e eficaz será, em regra, efetiva. Mas, a realidade nos prova que existem diversas normas que não possuem efetividade, seja pela contrariedade com os valores e sentimentos sociais, seja pela contrariedade com os princípios econômicos dominantes, ou pela disputa de valores com a classe dominante” (Ibidem. p. 299-300).

24. Na lição de Comparato (2017): “É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens e valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva, como se procura mostrar nestas páginas, vem se expandindo e aprofundando no curso da História” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72-3).
25. Fazendo um paralelo, na lição de Präss (2010), “a lei de radiação de Planck mostra que existem ‘escalas na natureza e que fenômenos em diferentes graus de grandeza não são necessariamente do mesmo tipo’. E é a constante de Planck que estabelece esta escala” (PRÄSS, Alberto Ricardo. *A descoberta de Planck e os problemas filosóficos da física atômica*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul Instituto de Física. Porto Alegre, 2010. P. 24. Disponível em <http://www.fisica.net/monografias/A_Descoberta_de_Planck_e_os_Problemas_Filosoficos_da_Mecanica_Quantica.pdf>. Acesso em 16/mar./2018).
26. Como aponta ÁVILA (1999) acerca da Proporcionalidade: “É exatamente do modo de solução da colisão de princípios que se induz o dever de proporcionalidade. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. (...)”

Os princípios, como resultado dessa longa evolução doutrinária, foram então definidos como “deveres de otimização” aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas. O dever de proporcionalidade, de outro lado, foi definido como um dever resultante de uma implicação lógica do caráter principal das normas” (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 215: 151-179. Jan./mar. 1999).

Formação da coisa julgada material sobre a questão prejudicial de acordo com o novo Código de Processo Civil/2015

Rogério de Vidal Cunha¹

Juiz de Direito (TJPR). Professor da Escola da Magistratura do Paraná

Juari Moura²

Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu-UNIFOZ

Resumo: O objetivo do respectivo trabalho é conhecer a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial no regime instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como estudar os requisitos, tanto os requisitos legais quanto os requisitos doutrinários, fazendo uma análise das principais mudanças e inovações em relação aos códigos passados, tudo dentro do sistema processual civil. O método empregado é o procedimento monográfico, e a técnica de pesquisa é a de documentação indireta, através de pesquisas legislativas, bibliográficas e artigos jurídicos. A estrutura está dividida em três capítulos. No primeiro há uma breve explanação a respeito da importante mudança na coisa julgada sobre a questão prejudicial resolvida na ação principal, apresentando também o conceito de cada instituto estudado para que seja de fácil entendimento. O segundo capítulo aborda a questão prejudicial no regime processual civil, suas espécies e de que maneira se manifesta a prejudicialidade em uma ação principal, bem como a

diferença entre as questões prejudiciais e preliminares. Após breve histórico entre os regimes dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, tratando-se do regime pelo CPC/2015, aborda-se a formação da coisa julgada, examinando os requisitos legais e aqueles apontados pela doutrina para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial.

1. Introdução

HOUVE UMA SIGNIFICATIVA MUDANÇA no novo Código de Processo Civil em relação à formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial. No novo regimento é possível que a questão prejudicial resolvida na ação principal também seja contemplada com coisa julgada, desde que preencha alguns requisitos necessários que estão expressos no artigo 503, §§ 1º e 2º, do novo Código de Processo Civil.

Para não haver nova discussão em relação a questões prejudiciais já discutidas em processo passado, a forma encontrada foi a aplicação dos limites objetivos da coisa julgada para melhor aproveitar o processo, ou seja, fazer com que as questões prejudiciais resolvidas incidentalmente no processo tornem-se imutáveis, não podendo mais ser discutidas em outra demanda, desde que atendidos os requisitos necessários.

Este trabalho visa demonstrar os aspectos teóricos de sustentação, em relação à problemática do tema central, e objetiva também a exposição de quando e como ocorrem as questões prejudiciais, incluindo a distinção entre questões prejudiciais e preliminares, e a sua classificação.

E para a conclusão do estudo realizado, vamos demonstrar a maneira como se forma a coisa julgada sobre a questão prejudicial, fazendo um comparativo histórico entre o regime do Código de Processo Civil de 1973 e o do novo Código de Processo Civil, de 2015.

Com o intuito de expor as ideias de maneira que atinja as expectativas, o método de abordagem adotado é o dedutivo. O procedimento utilizado é o de monografia, e a técnica de pesquisa é de documentações indiretas, pesquisa legislativa e bibliográfica.

2. Considerações sobre a coisa julgada

A coisa julgada, em uma volta na história, inicialmente era configurada como a “presunção da verdade”. Sendo a sentença irrevogável, tinha o condão de absolutamente verdadeira, nos fatos e no direito. Ao passar dos anos a coisa julgada passou a ser considerada como um efeito da sentença. E em sua terceira e atual teoria, a *res judicata* se definiu não só como um mero efeito que a sentença produzia, mas sim como a qualidade de indiscutibilidade e imutabilidade, com o fim de produzir segurança jurídica.

Coisa julgada é o instituto que visa gerar a segurança jurídica, pondo fim ao litígio e gerando a imutabilidade da decisão³. Ela atua como expressão do princípio da segurança jurídica, um dos pilares do estado de direito, ganhando inclusive *status* de garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), eis que proporciona a efetivação da imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo contido em decisão de mérito.

O novo Código de Processo Civil, no art. 502, dispõe que se denomina “coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”⁴. Cassio Scarpinella Bueno⁵ com maestria distingue os conceitos de imutabilidade e indiscutibilidade:

A imutabilidade refere-se à impossibilidade de a coisa julgada ser desfeita ou alterada. Ao menos é esta a regra considerando que a “ação rescisória” dos arts. 966 a 975 é técnica conhecida pelo direito processual civil brasileiro para o desfazimento da coisa julgada. No contexto do art. 502, é o meio pelo qual o próprio ordenamento jurídico admite suplantar aquela imutabilidade. A indiscutibilidade relaciona-se com a impossibilidade de questionar o que já foi decidido e transitou materialmente em julgado. É o que a doutrina em geral chama de “função ou efeito negativo” da coisa julgada e que permite ao réu invocar a coisa julgada anterior em sua contestação (art. 337, VII). É o que no n. 2 do Capítulo 7 identifiquei como pressuposto processual negativo. Mas não só.

A indiscutibilidade também significa a necessária observância do que já foi decidido por quem é alcançado pela coisa julgada (limites subjetivos) e pelo próprio Estado-juiz.

Imutabilidade é a não possibilidade de uma reanálise de uma lide que já foi julgada e transitada em julgado, extinguindo o segundo processo; neste caso o juiz proferirá decisão sem análise de mérito, extinguindo a referida pretensão.

A indiscutibilidade descarta a possibilidade de questionar o que já foi decidido e que já tenha se transformado em coisa julgada material. É a não possibilidade de se rediscutir, em novo processo semelhante ao primeiro, aquilo que já foi decidido com força de coisa julgada no primeiro processo.

A coisa julgada é uma garantia, conseqüentemente se tratando de um dos direitos fundamentais, consubstanciados no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual garante que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; estes três formam o tripé constitucional de sustentação da segurança jurídica.

Em relação à sua finalidade, José Carlos Barbosa Moreira afirma que a “coisa julgada é instituto de natureza essencialmente prática, que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado”⁶.

Segundo Eduardo Arruda Alvim, “a coisa julgada, em razão de sua importância, está prevista na Constituição Federal, tendo sido erigida, inclusive, à condição de *clausula pétrea*”⁷. Ela está no nível de garantia constitucional, expressa no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.

Para Liebman, os efeitos da sentença produzem-se independentemente do trânsito em julgado, por exemplo, de decisão atacada por recurso não dotado de efeito suspensivo. Como diz Thereza Arruda Alvim, “a eficácia, para Liebman, deve distinguir-se da sua imutabilidade, o comando contido na sentença, mesmo quando é eficaz pode ainda ser suscetível de reforma”.

As características de imutabilidade e indiscutibilidade estão ligadas ao conceito da sentença e não mais aos efeitos desta, restan-

do ultrapassada a teoria de Liebman depois da modificação do texto original por ocasião de uma emenda constitucional proposta no Congresso Nacional, tendo sido aprovada a redação do art. 497 do Código de Processo Civil de 1973, pois ligava a coisa julgada material à eficácia da sentença.

2.1 Coisa julgada formal

O processo se desenvolve por um sistema de preclusões; à conhecida como “preclusão máxima”, isto é, quando não houver mais recursos cabíveis (naquela relação jurídica processual), dá-se o nome de coisa julgada formal.

A coisa julgada formal abrange a segurança jurídica naquela relação jurídica processual, e estará presente em todos os processos, de maneira que pode ser conjunta com a coisa julgada material ou sem ela.

Existindo exame de mérito da sentença, estarão formadas ao mesmo tempo a coisa julgada formal e a material. A coisa julgada formal significa apenas a segurança jurídica processual, diferente da coisa julgada material, que projeta seus efeitos para fora do processo, de forma que impede a rediscussão daquele litígio⁸:

A coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença, no próprio processo [em] que foi prolatada, não admitindo mais reforma (atinge qualquer [em] sentença – inclusive as sentenças terminativas, processuais).⁹

A coisa julgada ocorre nos casos em que o processo é extinto por carência da ação, falta de pressupostos processuais, homologação da transação, acolhimento ou rejeição do pedido do autor. Os efeitos da coisa julgada atingem as partes e os assistentes litisconsorciais e a única forma de impugnar é por meio de ação rescisória¹⁰.

Preclusão máxima nada mais é que a perda do direito de ação (pelo fato de não apelar ou por não ser mais cabível recurso algum), naquela demanda, dando-se o nome de coisa julgada formal:

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recurso, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado a sua interposição.¹¹

Assim, o trânsito em julgado é a impossibilidade de interpor recursos, qualquer que seja a razão; a coisa julgada formal é a imutabilidade dentro do processo em que a decisão foi proferida (atinge decisão com o sem mérito).

2.2 Coisa julgada material

A coisa julgada material é “á imutabilidade da decisão judicial de mérito que não pode ser mais modificada por recurso ou pela remessa necessária”¹². De acordo com o art. 502, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

A coisa julgada material é a coisa julgada por excelência; só ocorre nos casos de sentença de mérito, gerando a impossibilidade de discutir aquilo que já foi decidido no processo¹³. Quando se usa a expressão coisa julgada isoladamente, quer-se dizer coisa julgada material. Quando se pergunta se determinada decisão fez (ou produziu) coisa julgada, está-se querendo saber se houve coisa julgada material¹⁴.

A coisa julgada material somente estará presente quando falarmos de sentença ou acórdão de mérito, acarretando a imutabilidade do que foi decidido, mesmo após o término do processo, ou seja, não poderá ser discutida em outro processo, visando principalmente à segurança jurídica:

Os limites objetivos da coisa julgada são definidos, de regra, pelo dispositivo da sentença, não se estendendo aos motivos (ainda que importantes [para] determinar o alcance da parte dispositiva da sentença) e a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da decisão.

A maioria dos doutrinadores segue a doutrina de Liebman, dizendo que a coisa julgada é uma qualidade da sentença que torna seus efeitos imutáveis e indiscutíveis, ou seja, após o trânsito em julgado do acórdão, os efeitos gerados no plano prático não poderão ser discutidos em outra demanda, ou mesmo pelo legislador. Portanto, a principal característica da coisa julgada material é a intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas.

Divergindo dessa corrente doutrinária, parte da doutrina entende que a coisa julgada material, depois de transitada a sentença ou acórdão em julgado, não poderá ser imutável devido a possibilidade da ocorrência de atos ou fatos supervenientes (fato novo) ou pela vontade das partes. Entendem que é o conteúdo da decisão que se torna imutável e indiscutível, ou seja, a sentença tem que ser imutável e indiscutível em relação ao fato em discussão, não se tratando dos efeitos gerados após o trânsito em julgado, pelo fato de ser impossível em algumas situações permanecerem os elementos imutáveis.

A coisa julgada é uma qualidade da sentença que torna seus efeitos imutáveis e indiscutíveis

E a terceira corrente doutrinária, seguindo o direito alemão, defende que toda e qualquer sentença possui um elemento declaratório na aplicação da norma abstrata no caso concreto. Este elemento declaratório gera o efeito da certeza jurídica de que, diante do que foi demonstrado e trazido ao processo, e do que foi considerado pelo juiz, o direito material declarado pela sentença existe. Mesmo reconhecendo que os outros efeitos da sentença poderão ser modificados por atos e fatos supervenientes ou pela vontade das partes, essa corrente doutrinária limita aos efeitos da declaração da norma abstrata ao caso concreto a imutabilidade própria da coisa julgada.

Consequindo notar as diferenças entre as correntes doutrinárias, percebemos também que existem mais semelhanças que as próprias diferenças, isto é, todos os doutrinadores reconhecem que toda sentença tem elemento declaratório em relação à aplicação da norma abstrata ao caso concreto e que, se se considerar o aspecto dos elementos

que compõem o conteúdo da decisão ou que geram efeitos para fora do processo, torna-se imutável e indiscutível.

2.3 Coisa julgada total e parcial

Quando houver uma sentença com vários capítulos, a parte sucumbente poderá escolher para impugnar todos ou apenas alguns capítulos, ou seja, recurso total ou recurso parcial. Os capítulos da sentença poderão ser autônomos e independentes, como podem ser apenas autônomos.

Se forem os capítulos autônomos, mesmo se for impugnado apenas partes deles, não se admitirá o trânsito em julgado dos capítulos que não foram impugnados, por causa do efeito expansivo objetivo externo do recurso. Em outras palavras, dependendo do resultado do recurso os capítulos não impugnados poderão ser modificados.

Para muitos doutrinadores quando os capítulos forem autônomos e independentes, os que não forem impugnados transitarão em julgado (os capítulos que forem de mérito produzindo coisa julgada material) entendendo esta parcela de doutrinadores ser possível que a coisa julgada material seja formada de maneira fragmentada, já sendo reconhecida a tese até pelo Supremo Tribunal Federal.

Mesmo assim, o Superior Tribunal de Justiça discorda da posição dos doutrinadores que defendem a tese da “coisa julgada parcial”, argumentando que a coisa julgada material nas sentenças de mérito proferidas com cognição exauriente só ocorre depois do julgamento do último recurso interposto, independentemente da devolução desse recurso ou dos anteriores, para evitar que ocorram vários trânsitos em julgado no mesmo processo.

Toda doutrina é de acordo de que a coisa julgada material é uma decisão de mérito em que, depois de transitada em julgado, torna-se imutável aquela decisão judicial de mérito, não podendo mais ser modificada por recursos ou pela remessa necessária, com a exceção do disposto no art. 496 do novo CPC. Mesmo assim há muita divergência entre os doutrinadores, possuindo três correntes doutrinárias entre eles. A ocorrência da coisa julgada material, na lição de Luiz

Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁵, apresenta basicamente três eficácias: a eficácia negativa, positiva e preclusiva. Veja-se:

A eficácia negativa da coisa julgada está ligada à necessidade de vedar um novo conhecimento e um novo julgamento a respeito da causa já examinada no mérito com trânsito em julgado. É um efeito que visa a impedir que o processo se desenvolva e que a tutela jurisdicional seja prestada novamente. [...] a eficácia positiva da coisa julgada ocorre quando a parte alega na causa de pedir de uma nova ação a indiscutibilidade de determinada questão decidida com força de coisa julgada para fundar um novo pedido. [...] A eficácia preclusiva da coisa julgada constitui uma proteção à coisa julgada. Uma vez transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido (art. 508).

Dessa maneira, é imprescindível a análise dos limites da coisa julgada para perceber a diferença e peculiaridades existentes entre eles.

2.4 Limites da coisa julgada

Para poder diferenciar a coisa julgada material da formal, primeiramente, é necessário esclarecer seus limites objetivos, subjetivos e temporais.

2.4.1 Limites objetivos

É a busca do que transitou em julgado para definir os limites da imutabilidade e da indiscutibilidade da decisão de mérito que não cabe mais recurso, ou seja, somente há coisa julgada material em relação ao objeto que foi decidido na sentença, não se incluindo os fundamentos que levaram o juiz ao entendimento.

Entre os diversos aspectos relevantes à coisa julgada, temos a definição de seus limites, o que pode ser analisado levando em consideração três aspectos: os limites territoriais, subjetivos e objetivos.

Na questão pertinente aos limites territoriais, a coisa julgada poderá ser nacional, estrangeira ou internacional. Na primeira hipótese, atentando-se ao disposto no art. 16, definindo que a jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, a coisa julgada decorrente do julgamento de determinado caso concreto existe, é válida e eficaz em todo o território brasileiro. Porém, a coisa julgada *estrangeira* somente terá implicações sobre o sistema jurídico nacional após a homologação da sentença produzida em outro país pelo STJ. Já a coisa julgada *internacional* relaciona-se a decisões oriundas de cortes internacionais, e a sua eficácia no Brasil dependerá tão somente da adesão de nosso país a tratados ou convenções internacionais, sendo que diferentemente da sentença estrangeira, não precisará passar pelo procedimento de homologação.

2.4.2 Limites subjetivos

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, o CPC/1973 destacou que a coisa julgada não beneficiaria nem prejudicaria terceiros. No NCPC, afirma o art. 506 que a sentença não prejudica terceiros. Contudo, a parte inicial deste dispositivo destaca que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada. Também já debate a doutrina o real alcance desta modificação – mesmo se houve alguma modificação. Agora basta aguardar a jurisprudência.

A doutrina acertadamente ensina que todos os sujeitos – partes, terceiros interessados e terceiros desinteressados – suportam naturalmente os efeitos da decisão, mas a coisa julgada os atinge de forma diferente. As partes – inclusive o Ministério Público quando participa do processo como fiscal da ordem jurídica – então vinculadas à coisa julgada; os terceiros interessados sofrem os efeitos jurídicos da decisão, enquanto os terceiros desinteressados sofrem os efeitos naturais da sentença, sendo que em regra nenhuma espécie de terceiro suporta a coisa julgada material.

A segunda parte do art. 472 do CPC/1973 aparentemente excepciona essa regra, estabelecendo que nas relações relativas ao estado de pessoa a sentença produziria coisa julgada em relação a terceiros. A inadequada redação do dispositivo legal, entretanto, somente consagra a regra da coisa julgada *inter partes*, porque exigia que todos os interessados fossem citados no processo em litisconsórcio necessário.

Dessa forma, somente os terceiros desinteressados não participariam do processo como parte, e estes não suportariam a coisa julgada material, porque não teriam legitimidade para discutir judicialmente a decisão. Parece que o dispositivo legal confundia os efeitos da decisão com a coisa julgada material. Considerando que todos suportam os efeitos dessa decisão – os divorciados não estão divorciados somente entre eles, mas também perante terceiros –, mas evidentemente os terceiros – neste caso todos terceiros desinteressados – não suportam a coisa julgada material:

Art. 504 do CPC/2015. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, tidas como, os fundamentos da sentença.

Portanto, a verdade dos fatos e seus motivos fazem parte da fundamentação da sentença, por isso não produzem coisa julgada material. Mas os fundamentos que levaram o juiz a decidir a questão prejudicial somente poderão ser rediscutidos se não abrirem margem para a discussão da sentença que já foi decidida, ou seja, para que não coloque em perigo o dispositivo da decisão protegida pela coisa julgada material (segurança jurídica).

A coisa julgada abrange as questões decididas em caráter principal, como dispositivo da sentença ou decisão interlocutória de mérito, e não o que se trata sobre a motivação da sentença.

O art. 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil trata das análises da questão prejudicial incidental, ou seja, preenchendo os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está ela sujeita à coisa julgada, e o seu reconhecimento como coisa julgada não necessita de provocação

específica¹⁶. Foi essa uma mudança relevante no regime do CPC/2015 sobre a questão prejudicial, pois atingindo os requisitos exigidos não há necessidade de provocação específica, como era exigido no CPC/1973.

Se a questão nem sequer for pressuposto para o julgamento do mérito, ela não se caracteriza como prejudicial, isto é, se tratando de questão irrelevante para a questão principal, não há a necessidade de solucioná-la.

3. Questão prejudicial

É essencial a compreensão do instituto da questão prejudicial, pois sustenta a teoria necessária para o exame da formação da coisa julgada.

3.1 Prejudicialidade no processo civil

Uma questão é prejudicial quando se refere à existência, inexistência ou modo de ser de certa relação jurídica ou situação jurídica que, mesmo sem fazer parte do objeto da pretensão (mérito da causa), será decisiva para a sua solução.

A questão só passa a ser prejudicial depois da contestação, pelo fato de ter que existir a controvérsia entre as partes, isto é, necessariamente tem que surgir a “questão” controvertida entre as partes, consequentemente não existindo questão prejudicial quando se tratar de revelia.

A “questão” pode ser proveniente de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos, extintivos. Quando se cria uma controvérsia no processo torna-se obrigatória a produção de provas entre as partes. Mas não é na totalidade dos casos que a questão prejudicial é proveniente de um fato constitutivo negado por uma das partes; o demandado pode não apenas negar os fatos constitutivos que o demandante afirma serem verdadeiros, mas também tornar controverso alegando motivos impeditivos, modificativos e extintivos.

Dessa maneira, se o demandado alega adimplemento, será de um fato extintivo ou, ainda, se demonstrar a exceção de contrato não cumprido, será proveniente de um fato impeditivo, ou também se houver a negativa de um fato entre o demandante e o demandado surge uma controvérsia, assim surgindo a questão a ser resolvida para que possa ser proferida a sentença na ação principal¹⁷. Na lição de Medina, questões prejudiciais “são aquelas cuja decisão influenciará ou determinará a resolução da questão subordinada que lhe seja vinculada”¹⁸.

A prejudicialidade no Brasil só veio à tona no processo civil em 1967 por José Carlos Barbosa Moreira¹⁹ na obra *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Ele divide a prejudicialidade em sentido lógico e em sentido jurídico. Em sentido lógico, o autor explica que “não raramente o juiz precisa resolver algumas questões antes de outras”²⁰. Históricas análises de casos remeteram a ideia da dependência de dois pronunciamentos judiciais:

A circunstância de vir o juiz a escolher entre dois itinerários alternativos e convergentes, aquele que incluía a solução de certa questão como antecedente lógico de seu pronunciamento, fortuita que é, não pode servir de critério para a caracterização dessa questão como prejudicial. Não se há de esperar pela decisão para identificar as prejudiciais. O critério mais razoável é o que se funda na distinção entre antecedente lógico e antecedentes lógicos contingentes. Se, para a solução da questão x, o juiz simplesmente pode, mas não precisa inserir em seu raciocínio a solução da questão y, esta não merecerá a qualificação de prejudicial, aplicável, ao contraditório, a questão z, cuja solução seja por hipótese indispensável à de x.²¹

Então, para José Carlos Barbosa Moreira²² seria questão prejudicial a que necessariamente fosse posta como antecedente lógico da solução de outra questão. O conceito de prejudicialidade jurídica formulada pelo autor sob a linha do Código de Processo Civil de 1939 exigia que o pronunciamento sobre a questão prejudicial fosse capaz

de, em tese, fazer coisa julgada caso a questão prejudicial fosse abstratamente considerada, o que não queria dizer que o pronunciamento sobre a questão prejudicial faria, de fato, coisa julgada. A prejudicialidade jurídica só existiria se quando sobre a questão antecedente houvesse uma atividade de subsunção pelo juiz (qualificação jurídica de determinado fato).

Clarice Frechiani²³ ilustra como exemplo o critério de subsunção concebido por Francesco Menestrina e adotado por José Carlos Barbosa Moreira:

De acordo com o autor italiano, a juízo de subsunção na operação que o juiz faz para constatar a existência de determinado fato jurídico (acontecimentos, qualidades ou estados), porque neste caso o juiz analisa uma descrição legislativa, do que seja, por ex.: a maioria civil e subsume o fato concreto, consistente em ter determinada pessoa 18 anos, concluindo que aquela pessoa é maior. Como a questão formada em torno destes fatos jurídicos envolve uma atividade de subsunção, de igual natureza do juízo final, ela pode constituir uma prejudicialidade em sentido jurídico.

Na visão da segunda corrente é entendida como prejudicial em sentido jurídico a questão capaz de ser objeto de um processo autônomo: “Uma questão mereceria o rótulo de prejudicial em sentido jurídico, se em outro procedimento, pudesse vir a ser apreciada e resolvida como questão principal”, conceitua Gaetano Foschini²⁴.

Discute-se ainda na doutrina se com a previsão do art. 503, § 1º, do CPC/15 ainda subsiste no ordenamento jurídico a “ação declaratória incidental”, afirmando o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que ela ainda permanece no nosso sistema jurídico²⁵ já que não há vedação expressa, o que contraria o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, o qual afirma que “o CPC de 2015 andou bem ao eliminar a ação declaratória incidental”.

3.2 Questões prévias: preliminares e prejudiciais

A doutrina em relação a questões prévias acabou por tornar menos clara a simplicidade do seu verdadeiro significado. Não necessitava percorrer todo este caminho para poucos dizeres, ou seja, quando foi, conforme Liebman, verificado o conceito de mérito, foram atribuídas “questões prévias” a todas as questões não abrangidas pelo mérito. Diferentemente no código processual civil de 1939 utilizou-se o termo “questões preliminares” e “questões prejudiciais”, sem, no entanto, se preocupar em diferenciá-las, sendo que seria mais simples dizer que as referidas questões preliminares seriam em relação ao processo e as prejudiciais em relação ao mérito.

A respeito de pontos e questões processuais, Carnelutti, citado por Antonio Scarance Fernandes²⁶, leciona:

Questão pode se definir em um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e a sua noção é correlata àquela de afirmação.

O ponto é o fundamento de uma afirmação referente ao mérito, ao processo ou à ação. Essa afirmação pode ser feita por qualquer um dos sujeitos da relação processual: juiz, autor e réu.

A maioria dos doutrinadores contemporâneos tende a atribuir o nome “questões prévias” às questões preliminares (referentes à matéria processual) e prejudiciais (se referindo ao mérito da causa).

José Carlos Barbosa Moreira²⁷ foi quem primeiro diferenciou e conceituou duas questões de forma clara e objetiva. A solução das questões preliminares não condiciona o modo de ser das questões posteriores, mas o próprio ser, ou seja, controle de admissibilidade que norteia o juiz indicando se ele deve apreciar ou não o mérito da causa. O autor leva a crer que a maioria das questões preliminares tem conectividade com aspectos processuais, de maneira que a maior parte das questões prejudiciais possua maior conexão com relação ao mérito²⁸.

As questões prejudiciais são ligadas ao ponto controvertido entre as partes, necessitando que o juiz profira uma decisão. Na lição de Wambier e Talamini:

Questões são ditas prévias porque devem, lógica e cronologicamente, ser examinadas previamente ao mérito. São, portanto, pontos controvertidos, que o juiz deve analisar antes do mérito²⁹.

Mas existem questões prejudiciais que dizem respeito a aspectos processuais. Um aspecto que é comum neste caso seria em relação à competência, por exemplo, do juízo que fica condicionado, no seu teor, à questão prejudicial. É a validade da cláusula contratual que define o foro.

Em ação popular, por exemplo, a questão gravita sobre a legitimidade ativa, que pode ficar condicionada a ponto referente a ser ou

As questões prejudiciais são ligadas ao ponto controvertido entre as partes, necessitando que o juiz profira uma decisão

não o autor cidadão brasileiro, situação que a questão antecedente não dispensa ou permite a análise da posterior, mas influi no próprio teor da última. Da mesma forma, declarando-se inválida a cláusula de eleição do foro, ocorrerá a declaração de incompetência do juízo, e se declarada válida, aí sim firma-se a competência do juízo. Na mesma linha, se for reconhecido que o autor da ação é brasileiro, a sua

legitimidade passiva também será reconhecida para a propositura da ação, e se não for o autor de nacionalidade brasileira, será acolhida pelo juiz a ilegitimidade ativa.

Por fim, o que se nota sobre a análise da diferenciação das questões preliminares e prejudiciais é que o ponto da relação não é a questão em si, mas a relação de dependência que se cria no fato concreto uma da outra.

No novo Código de Processo Civil não existem mais ações declaratórias incidentais: preenchendo os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º, e art. 504 do NCPC, automaticamente é declarada a coisa julgada material da questão prejudicial.

3.3 Manifestação da prejudicialidade

Segundo Clarice Frechiani³⁰, quem adotou primeiramente as maneiras de apresentação da figura prejudicial no processo foi Francesco Manestrina. Para o professor italiano, há três formas de manifestação da prejudicialidade: o ponto, a questão e a causa prejudicial.

Ponto, processualmente falando, significa a premissa afirmada em juízo por uma das partes, não contrapondo a outra parte e não surgindo dúvida por parte do juiz. Ligando uma relação com a prejudicialidade, tem-se como exemplo de ponto prejudicial, na ação de alimentos, a relação da paternidade afirmada pelo autor e não contestada pelo réu. Há ponto prejudicial quando as partes não levantam controvérsia ou o juiz não opõe dúvida à assertiva de uma delas.

A questão prejudicial, forma mais frequente de manifestação da prejudicialidade, se verifica quando no curso do processo a relação da prejudicialidade é controvertida entre as partes e deve ser apreciada incidentalmente pelo juiz. A questão prejudicial nasce após o processo, vive nos estreitos limites do processo e se extingue antes da extinção do processo, ou no máximo simultaneamente com o processo. Ainda tomando como exemplo a ação de alimentos, se o réu contestar afirmando que não é pai do autor, surge aí uma questão prejudicial que deverá ser resolvida incidentalmente pelo juiz. Com efeito, a tarefa do juiz é resolver as questões prejudiciais e assim obter a premissa apta a subsidiar a solução da questão prejudicada.

Por fim, a causa prejudicial surge quando o pedido principal de um dado processo forma, de maneira contemporânea, uma relação de prejudicialidade com o pedido cumulativo do mesmo processo, ou com o pedido de outra demanda:

Em um sentido bastante lato, ponto é matéria a respeito da qual o juiz deve decidir, ou seja, matéria que se encontra no processo e que deve ser objeto de atividade cognitiva. Questão é um ponto a respeito do qual não estão de acordo autor e réu.

Assim, pode-se dizer que, do ponto de vista técnico, questão é um ponto controvertido, pois é matéria sobre a qual o autor e réu dis-

cordam e sobre a qual o juiz deve proferir decisão.

Só é possível falar em questão depois da contestação, pois é nessa peça processual que o réu torna controvertida a matéria alegada pelo autor. Sem contestação não há controvérsia e, portanto, não há questões.³¹

4. Formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial

A questão prejudicial consiste em um ponto que deve ser resolvido pelo magistrado, necessariamente antes da decisão em que será resolvida a questão principal, com o objetivo de auxiliar na resolução da última.

É prejudicial a questão

relativa à outra relação ou estado que se apresenta como mero antecedente lógico da relação controvertida (à qual não diz diretamente respeito, mas sobre a qual vai influir), mas que poderia, por si só, ser objeto de um processo separado. Exemplificando: em uma ação de alimentos, temos que a filiação é uma questão prejudicial que deve ser decidida previamente, pois influencia diretamente na questão principal sobre a qual versa a ação judicial, qual seja: a concessão ou não de alimentos. Isso porque, se verificando que o autor da ação não é filho do réu, nada é devido.³²

As questões prejudiciais podem ser principais ou incidentais dependendo da forma como foram colocadas no processo. Exemplo: partindo da hipótese de que seja uma ação de alimentos acumulada com ação de investigação de paternidade, a filiação como questão principal, e sobre ela exista pedido específico. Se ajuizada uma ação de alimentos, a filiação será uma questão prejudicial incidental, pois, apesar de não possuir pedido específico, há a necessidade de uma certeza em relação à análise de identificação de que o autor é realmente filho do réu.

São as questões prejudiciais cobertas pelo manto da coisa julgada? No Código de Processo Civil de 1973, a coisa julgada era ape-

nas para a solução de questões incidentais principais. Com a entrada em vigor do novo CPC, a coisa julgada incide tanto das questões prejudiciais principais quanto nas incidentais, apenas com algumas exigências.

Para tratarmos deste assunto é necessário que analisemos os artigos 503 e 506 do Código de Processo Civil de 2015. Artigo 503: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.” Diz o artigo 506: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”

As questões prejudiciais podem ser principais ou incidentais dependendo da forma como foram colocadas no processo

É evidente que o art. 503 prevê expressamente a possibilidade de a coisa julgada estender-se à questão de que “depender o julgamento do mérito”, desde que presentes determinados pressupostos, como, por exemplo, ter havido contraditório prévio e efetivo. O art. 506, ao reafirmar que a coisa julgada diz respeito às partes, adverte que esta não pode prejudicar terceiros, podendo, conseqüentemente, beneficiar aqueles que não participam do processo.

Conforme o art. 503, *caput*, do NCPC, quanto às questões incidentais principais, e o § 1º do mesmo dispositivo, no que diz respeito a questões prejudiciais incidentais, para que se concretize a coisa julgada sobre essas questões prejudiciais incidentais, é indispensável o preenchimento de específicos requisitos:

- o juiz deve ter enfrentado expressamente a questão incidental;

- a solução do mérito deve depender da decisão da questão incidental;
- deve ter sido dada oportunidade para o contraditório, de forma prévia;
- não pode ter havido revelia, o que impossibilita a efetivação do requisito acima;
- competência do juiz, em razão da matéria e da pessoa;
- e, por fim, um último requisito, este com previsão no § 2º do art. 503: inexistência de restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão incidental.

4.1 Os regimes dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973

O Decreto-Lei 1.608/39 – Código de Processo Civil de 1939, primeiro código de processo civil nacional, continha uma divergência doutrinária desde seu surgimento até o seu término, controvérsia referente à força da eficácia em relação à extensão da coisa julgada sobre as questões prejudiciais. O art. 287, § único, dizia o seguinte:

Artigo 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.

Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissas necessárias da conclusão.

Havia uma controvérsia visível a respeito da interpretação sobre o parágrafo único acima. De um lado uma corrente afirmava que o referido dispositivo autorizava que as questões prejudiciais fossem acobertadas pela coisa julgada. De outro lado, entendia-se que o parágrafo único não seria capaz de induzir a tal conclusão.

A corrente que acreditava que o CPC/1939 considerava a formação da coisa julgada às questões prejudiciais se baseava na obra de Frederich Carl Von Savigny. O jurista alemão sustentava que os motivos da sentença são acobertados pela coisa julgada³³. As justificativas seriam somente aqueles objetivos, ou seja, os fundamentos para decidir num ou

noutro sentido, que não havia vínculo com os subjetivos que exercem influência sobre a decisão do juiz e formam seu convencimento.

Ora, numa visão mais ampla do parágrafo único, parte da doutrina defendia que o CPC/1939 adotou a teoria dos “fundamentos objetivos” savignyana, dizendo que as questões prejudiciais, sendo “premissas necessárias para o convencimento referente à decisão”, eram cobertas pelo manto da coisa julgada. Encontra-se nesse segundo grupo de juristas José Carlos Barbosa Moreira. Conforme a interpretação do grupo, o parágrafo único do artigo 237 do CPC/1939 tem como característica o julgamento implícito, isto é, a coisa julgada em relação ao pedido principal fica protegida das alegações levantadas no processo, mesmo de outras alegações que, apesar de poderem ter sido deduzidas, não o foram. Desta forma, o parágrafo único do artigo 237 do CPC/1939 abarca o “princípio do deduzível e deduzido”, também identificado pela doutrina como a “eficácia preclusiva da coisa julgada”. Esta corrente forma um entendimento limitado do parágrafo único ora em debate; dessa forma, devem ser “decididas todas as questões que possuam premissa necessária da conclusão”, ou seja, todas as formas de defesa e seus argumentos que foram ou poderiam ser demonstrados pelas partes.

O CPC/1973 deixava à escolha das partes a condição para o reconhecimento da questão prejudicial da autoridade da coisa julgada

Conforme José Carlos Barbosa Moreira, a análise interpretativa sistemática do CPC/1939 chegaria a esta conclusão, pelo fato de que, segundo o artigo 4º, o juiz não poderia “pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte”³⁴. Sendo assim, esse dispositivo tiraria a eficácia da coisa julgada às questões que não a principal, então a palavra “pronunciar-se” não está posta no sentido de o juiz conhecer determinadas questões, mas sim de decidir por si só, de examinar o indício sobre o qual recaia a coisa julgada.

Assim, já na vigência do CPC/1939, havia a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória incidental para que a questão prejudi-

cial ficasse protegida pela coisa julgada material, apesar de não haver previsão expressa alguma naquele código.

Muitos anos depois a Lei 5.869/73 – Código de Processo Civil de 1973 formulou uma nova disciplina à matéria. A saída encontrada pelo CPC/1973, realmente, foi mais eficaz do que aquela do CPC/1939. O artigo 469 do CPC/1973 dizia:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

A divergência ainda na vigência do CPC/1939 não tinha mais relevância com a chegada do CPC/1973, sendo que de acordo com o artigo 469, inciso III, “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo” não era coberta pela coisa julgada. O CPC/1973 deixava à escolha das partes a condição para o reconhecimento da questão prejudicial da autoridade da coisa julgada, através da ação declaratória incidental.

Desta forma, estabelecia o artigo 470 do CPC/1973 que

faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (artigos 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

A propositura de ação declaratória incidental poderia ser feita por qualquer das partes, expressa no artigo 5º do CPC/1973:

se, no curso do processo, tornar-se litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender a decisão da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

Já o artigo 325 tratava especificamente da possibilidade de manejo da ação declaratória incidental por parte do autor.³⁵

Com o objetivo de sanar a divergência anterior, houve a análise de que diferentemente do CPC/1939, o CPC/1973 modificou seu texto com o objetivo de deixar à vontade das partes o interesse de tornar a questão prejudicial incidental coberta pelo manto da coisa julgada, usando do artifício da ação declaratória incidental.

4.2 A disciplina instituída pelo CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015 representou uma grande evolução em comparação com o sistema do CPC/1973. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, o “art. 503 prevê expressamente a possibilidade de a coisa julgada estender-se à questão de que “depende o julgamento do mérito”, desde que presentes determinados pressupostos, como, por exemplo, ter “havido contraditório prévio e efetivo”. O art. 506, ao reafirmar que a coisa julgada diz respeito às partes, adverte que esta não pode prejudicar terceiros, podendo, consequentemente, beneficiar aqueles que não participaram do processo”³⁶.

Em uma simples comparação entre o artigo 469 do CPC/1973 e o artigo 504 do CPC/2015 percebe-se a significativa evolução no contexto da coisa julgada em relação às questões prejudiciais incidentais:

Código de Processo Civil de 1973

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Código de Processo Civil de 2015

Art. 504. Não fazem coisa julgada:

- I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

O conteúdo é idêntico, com exceção do inciso III do artigo 469 do CPC/1973, que foi excluído no novo código. Com efeito, a suspensão do inciso III do artigo 469 do CPC/1973 se limita a uma interpretação apenas: de acordo com o CPC/2015, a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo passa a ter força de coisa julgada.

A respeito da análise do artigo 503 do CPC/2015, o entendimento sobre a questão prejudicial decidida incidentalmente torna-se imutável. O legislador prescreveu que a questão prejudicial decidida de maneira incidente no processo tem força de lei se forem atendidos certos requisitos. De modo que a proteção da coisa julgada nas questões prejudiciais foi extraída no *caput* do artigo e passou a ser prevista em seu § 1º, havendo significativa mudança ao estabelecer-se que, além de ser necessária a decisão expressa, era obrigatório também que a questão prejudicial fosse decidida “incidentalmente no processo”.

Os requisitos apresentados no § 1º do art. 503 para inserção da questão prejudicial nos limites da coisa julgada só se aplicam aos processos iniciados após a vigência do novo CPC (art. 1.054), devendo ser observado para fins do art. 1.054 que a expressão “processos iniciados” faz referência ao protocolo das ações após a data de vigência do CPC/15 (18/03/2016)³⁷, entendimento que está de acordo com o Enunciado 367 do FPPC³⁸. Assim, aos processos em curso quando da vigência do CPC/15 a questão prejudicial se mantém regulada pelos arts. 5º, 325 e 470 do CPC/1973.

O § 1º do art. 503 do CPC trata dos requisitos que devem ser observados pelo magistrado para que a questão prejudicial seja segura pela coisa julgada material, sempre levando em conta o caso concreto e os requisitos analisados pelo § 2º deste mesmo dispositivo, o que funciona como requisito negativo³⁹.

Sob a visão de Daniel Amorim Assumpção Neves, nos termos do artigo 503, *caput*, do novo CPC, a decisão que julgar total ou par-

cialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida:

Essa é a regra, excepcionada pelo § 1º, que permite que a coisa julgada material alcance a resolução da questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo. A expressa menção à decisão expressamente decidida impede a coisa julgada implícita de decisão que resolve a questão prejudicial.⁴⁰

E ainda:

O enunciado 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), de que a coisa julgada da decisão da questão prejudicial independe de pedido expresso da parte, bastando que ocorra o preenchimento dos requisitos legais. Também, correta a conclusão do Enunciado 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) no sentido de que os requisitos legais para a formação da coisa julgada, na circunstância ora analisada, são cumulativos.⁴¹

Agora, esplanadas as regras para que a coisa julgada material possa alcançar a questão prejudicial, cabe conhecer os requisitos necessários para que a questão em comento vista definitivamente o manto da coisa julgada.

4.3 Requisitos essenciais para o reconhecimento do instituto

4.3.1 Decisão expressa e incidental em relação à questão prejudicial

O primeiro dos pressupostos exigidos para que a questão prejudicial torne-se protegida pelo manto da coisa julgada é a decisão expressa e incidental. Marinoni alerta que a previsão do artigo 503 não deve ser confundida com o sistema brasileiro de precedentes, mesmo quando aplicável eventualmente a terceiros, pois “tornar imutável e

não passível de rediscussão o que decidiu a respeito de uma questão que é pressuposto para uma solução do mérito é uma exigência que se relaciona com a necessidade de estabilidade da própria decisão do litígio às partes, com a autoridade das decisões judiciais e com a eficiência da distribuição da justiça”⁴².

Sobre este pressuposto Daniel Amorim Assumpção Neves é adepto da distinção entre questão preliminar e prejudicial segundo a sua natureza, “versando a primeira sobre direito processual e a segunda sobre direito material. Ocorre que o tema é controvertido na doutrina, e para aqueles que entendam pela questão prejudicial processual, o art. 503, §1º, I, do CPC é aplicável para afastar a coisa julgada de sua resolução.”⁴³

Segundo Elpídio Donizete

a questão prejudicial deve ser decidida expressa e incidentalmente no processo (*caput* do § 1º). Assim se não houver manifestação judicial expressa na fundamentação da sentença, a questão prejudicial não estará acobertada pela coisa julgada. Contudo, se houver decisão expressa, mas inexistir impugnação da parte contrária, haverá preclusão da questão prejudicial incidental.⁴⁴

Quando o juiz da questão principal for absolutamente competente para julgar a questão prejudicial, conseqüentemente ela terá força de coisa julgada material. Por exemplo, faz coisa julgada a decisão que tem relação com a paternidade discutida incidentalmente em ação de alimentos, pois o juízo de família seria competente para reconhecer a paternidade caso fosse posta como questão prejudicial:

Em relação “aos limites territoriais a coisa julgada poderá ser nacional, estrangeira ou internacional. Na primeira hipótese, atentando-se ao disposto no art. 16, definindo que a jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, a coisa julgada decorrente do julgamento de determinado caso concreto existe, é válida e eficaz em todo o território brasileiro”

[...]. “A coisa julgada internacional relaciona-se a decisões oriundas de cortes internacionais, e a sua eficácia no Brasil dependerá tão somente da adesão de nosso país a tratados ou convenções internacionais, sendo que diferentemente da sentença estrangeira, não precisará passar pelo procedimento de homologação;

[...] “No que diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada o texto normativo é expresso ao dispor que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não tendo a aptidão para prejudicar terceiros”

[...] “A eficácia subjetiva da coisa julgada, tonando definitivo o conteúdo da decisão judicial é verificada no plano jurídico. Os limites objetivos da coisa julgada são definidos, de regra, pelo dispositivo da sentença, não se estendendo aos motivos (ainda que importantes determinar o alcance da parte dispositiva da sentença) e a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da decisão.”⁴⁵

O artigo 16 do novo Código de Processo Civil, que trata do limite territorial da coisa julgada, define os limites da jurisdição civil que é exercida pelos magistrados e seus tribunais em toda área territorial nacional.

4.3.2 O julgamento do mérito tem que depender da questão prejudicial

Este requisito é o mais delicado do novo regime, pois foi empregada pouca ênfase da doutrina, gerando dúvidas em relação ao preenchimento dos requisitos dos §§ do art. 503 do CPC/2015 à remessa necessária, dependendo do caso, ou se não foi atendido ao menos um requisito na resolução da questão prejudicial incidental, consequentemente não existindo a coisa julgada.

A solução da questão prejudicial deverá contribuir para a decisão de mérito postulada inicialmente (inciso I). “Assim, a questão resolvida como *obter dictum* ou a que tenha conteúdo processual não se tornam indiscutíveis pela extensão da coisa julgada.”⁴⁶ Segundo Luiz Guilherme Marinoni,

o interessante é que, tratando-se de coisa julgada sobre questão, não basta a oportunidade para o contraditório. Segundo o art. 503, § 1º, II é preciso que tenha “havido contraditório prévio e efetivo”. Isso é assim em razão de a decisão ficar na dependência de a questão se tornar controvertida, além de poder prejudicar a uma das partes em processo futuro⁴⁷.

E prossegue o autor afirmando que “o art. 503 deixa claro que a coisa julgada apenas recai sobre questão na hipótese em que não ocorrer revelia, o contraditório for efetivo e o procedimento não contiver restrição quanto à produção de prova e à discussão de determinados temas”⁴⁸.

4.3.3 Contraditório prévio e efetivo

Trata o inciso II do § 1º do art. 503 do CPC sobre a exigência em relação à questão prejudicial de que exista contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia.

Segundo a análise de Luiz Guilherme Marinoni do art. 503, § 1º, II, “é preciso que tenha havido contraditório prévio e efetivo. Isso é assim em razão de a decisão ficar na dependência de a questão se tornar controvertida, além de poder prejudicar a uma das partes em processo futuro.”⁴⁹

Não alcançará a coisa julgada “questão” em que não houver controvérsia, ou seja, quando há apresentação de contestação e o fato constitutivo – do qual surgiria a questão prejudicial – não é rebatido.

Lembre-se que a coisa julgada sobre “questão” perde seu campo de aplicação não simplesmente pelo fato de o procedimento restringir a prova ou a discussão de determinado tema. Antes de tudo é preciso esclarecer que a restrição da prova pode resultar em duas técnicas de cognição: sumária e exauriente. Segundo Marinoni,

a cognição sumária é típica às hipóteses em que se dá ao juiz poder para decidir por mero juízo de probabilidade, que dispensa as provas, e a exauriente é quando o juiz não pode dispensar a pro-

dução de provas, pelo fato de o juiz não poder julgar o mérito se houver falta de provas para a elucidação do referido mérito” nestes casos embora a prova seja restringida a determinada espécie – documental –, o juiz não se vê obrigado a decidir com base em probabilidade. O juiz tem a prova adequada para poder declarar a existência ou a inexistência do direito afirmado.⁵⁰

De acordo com Elpídio Donizete,

há necessidade de contraditório sobre a questão prejudicial, como garantia constitucional que permite a própria existência do processo (inciso II) [...]. Não há como a coisa julgada se estender à questão prejudicial quando, por exemplo, ocorrer revelia do réu, exatamente porque, nesse caso, não houve contraditório efetivo. Ao réu foi oportunizada a manifestação, mas ele não se manifestou. Há coisa julgada em relação à questão principal, mas não pode haver coisa julgada em relação às questões prejudiciais, tendo em vista a excepcionalidade da sistemática trazida pela nova legislação.⁵¹

Por fim, em relação ao inciso II do § 1º do artigo 503 do CPC/2015, é possível analisar que a questão prejudicial incidentalmente decidida pode fazer coisa julgada mesmo sem requerimento das partes. Mas o requisito não é atendido se a questão for trazida de ofício pelo magistrado, sem que se observe o art. 10 do CPC/2015.

4.3.4 Competência efetiva e absoluta do juízo

Este tópico diz respeito a qual juízo terá competência para decidir se a coisa julgada se estende ou não sobre as questões prejudiciais incidentais.

Para que a coisa julgada material proteja a “questão” é indispensável que o juízo não seja resultante de procedimento absolutamente incompetente, exigência expressa do inciso III do art. 503 do CPC/2015. A competência do juízo deve ser em razão da matéria e da pessoa para

resolver a questão prejudicial da questão principal. A preocupação do legislador é de não dar segurança jurídica; por exemplo, em um reconhecimento de união estável dos réus em ação movida por empregada doméstica, para responsabilizá-los solidariamente em sentença condenatória de juízo trabalhista, a questão se torne coisa julgada material⁵².

Quando o juiz da questão principal for absolutamente competente para julgar a questão prejudicial, conseqüentemente ela terá força de coisa julgada material. Por exemplo, faz coisa julgada a decisão que tem relação com a paternidade discutida incidentalmente em ação de alimentos, pois o juízo de família seria competente para reconhecer a paternidade caso fosse posta como questão prejudicial.

Em relação “aos limites territoriais, a coisa julgada poderá ser nacional, estrangeira ou internacional. Na primeira hipótese, atentando-se ao disposto no art. 16 define que a jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, a coisa julgada decorrente do julgamento de determinado caso concreto existe, é válida e eficaz em todo o território brasileiro”. “A coisa julgada internacional relaciona-se a decisões oriundas de cortes internacionais, e a sua eficácia no Brasil dependerá tão somente da adesão de nosso país a tratados ou convenções internacionais, sendo que, diferentemente da sentença estrangeira, não precisará passar pelo procedimento de homologação:

No que diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada o texto normativo é expresso ao dispor que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não tendo a aptidão para prejudicar terceiros” [...] “A eficácia subjetiva da coisa julgada, tonando definitivo o conteúdo da decisão judicial é verificada no plano jurídico. Os limites objetivos da coisa julgada são definidos, de regra, pelo dispositivo da sentença, não se estendendo aos motivos (ainda que importantes determinar o alcance da parte dispositiva da sentença) e a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da decisão⁵³.

Veja-se o exemplo da ação indenizatória postulada em fase de empregado, cujo ato ilícito tenha ocorrido em razão da atividade labo-

rativa; a controvérsia acerca da existência da relação de trabalho não poderá ser julgada pelo juiz da justiça comum, devendo-se suspender o processo com fulcro no art. 313, V, “a”⁵⁴.

Na primeira situação poderá ser proposta a ação não levando em conta a formação da coisa julgada da questão prejudicial incidental resolvida em processo anterior. O réu pode apresentar a contestação alegando a coisa julgada, ou seja, alegando o seu efeito negativo. Sendo assim o autor poderá alegar que pelo menos um dos requisitos para a formação da coisa julgada no processo anterior não foi preenchido, conseqüentemente a questão prejudicial não estaria protegida pelo manto da coisa julgada material.

Na segunda situação, o autor poderá alegar em ação o efeito positivo da coisa julgada em processo anterior, isto é, o réu contesta que não há coisa julgada pelo fato de faltar algum dos requisitos enumerados expressamente, abrindo para que o juiz decida se há ou não coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental anterior.

4.3.5 Ausência de comprovação probatória

O § 2º do art. 503 do CPC/2015 diz: “A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

No que diz respeito a “restrições probatórias”, a doutrina explana como referência o procedimento previsto na lei dos juizados especiais cíveis (Lei 9.099/95), que não admite a perícia complexa e limita o número de testemunhas ao máximo de três para cada parte.

A cognição e, portanto, a sua restrição pode ser de duas formas: sumária e exauriente. A cognição sumária é “típica às hipóteses em que se dá ao juiz poder para decidir mediante juízo de probabilidade”⁵⁵, reduzindo consideravelmente a duração do processo, dispensando provas, atendendo a celeridade que se tornou necessária na tutela do direito, especialmente nas tutelas de urgência.

Ao contrário, a cognição exauriente não permite ao juiz decidir o mérito com base na probabilidade; deve-se garantir que a decisão seja

escorada na certeza decorrente da possibilidade de ampla produção de provas.

O juiz tem a prova adequada para poder declarar a existência ou a inexistência do direito afirmado. Como refere Marinoni⁵⁶:

Tome-se em conta, por exemplo, o mandado de segurança. Nesse procedimento, a afirmação de existência do direito deve ser provada desde logo, ou melhor, mediante prova documental anexa à petição inicial. Por sua vez, o réu também não pode produzir prova diversa da documental. Se o autor apenas pode se valer de documento e esse deve ser suficiente para provar o fato constitutivo do direito, a única forma de o réu se opor à alegação fática é através da negação da idoneidade do documento. Fora daí apenas poderá discutir a matéria de direito.

É o que ocorre no mandado de segurança e nos juizados especiais em que existem limitações à prova testemunhal e pericial ou limitações à cognição: cognição sumária em sua profundidade (sentido vertical), como ocorre na tutela provisória, e/ou limitada em sua extensão (sentido horizontal), como também ocorre, por exemplo, na ação de desapropriação, consignatória e no inventário, que impedem o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Num processo em trâmite perante os juizados especiais, por exemplo, apesar da limitação no número de testemunhas e da impossibilidade de produção de prova pericial complexa, é possível que uma questão prejudicial seja resolvida com base em prova exclusivamente documental. Como leciona Cassio Scarpinella Bueno⁵⁷,

eventuais restrições probatórias (como ocorre, por exemplo, em mandados de segurança) ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial (é o que dá, por exemplo, na “ação de consignação em pagamento”, v. art. 544) são fatores suficientes para afastar a coisa julgada material sobre a questão prejudicial. É o que preceitua o § 2º do art. 503.

Nesse caso, as limitações probatórias não terão afetado a resolução da questão prejudicial, de forma que, desde que preenchidos os requisitos do § 1º do art. 503 do novo CPC, haverá formação de coisa julgada material.

Outro exemplo pode ser colhido na ação de desapropriação. Ainda que a defesa, nesse tipo de processo, seja limitada ao preço, admite-se também que o réu alegue, em sua contestação, a ilegalidade do decreto desapropriatório, ou seja, que diga que a desapropriação não se adequa a nenhuma das inúmeras hipóteses legais. Nesse caso, a ilegalidade da desapropriação será uma questão prejudicial exclusivamente de direito, de forma que, mesmo diante das limitações cognitivas desse tipo de processo, sendo resolvida pelo juiz, deverá produzir coisa julgada material. De acordo com Elpídio Donizete,

também se faz necessária à inexistência de restrições probatórias – a exemplo do mandado de segurança – ou de limitações à cognição ampla dessa questão por parte do julgador (art. 503, § 2º), a exemplo do procedimento de desapropriação. [...] Tais requisitos, à luz do entendimento firmado no Enunciado 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) são cumulativos [...]⁵⁸. Importa registrar que, diferentemente do que ocorria no CPC/1973, a resolução da questão prejudicial nos moldes da nova sistematização independe de requerimento expresso da parte interessada, eis que decorre da própria lei. Nesse sentido, estabelece o Enunciado 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada.”⁵⁹

A limitação ora analisada se refere às restrições probatórias impostas pela lei, não se aplicando aos casos em que, sendo plena a cognição, ocorra eventual indeferimento de prova tida pelo julgador como inúteis ou protelatórias (CPC, art. 370, § único). Em tal hipótese, a respeito de fato relacionado à questão prejudicial, a decisão sobre ela terá aptidão de fazer coisa julgada matéria, já que nesse caso o juiz

terá decidido a questão prejudicial com cognição exauriente, ainda que não tenha deferido todas as provas pretendidas pela parte.

5. Conclusões

O presente trabalho teve como objetivo a compreensão da coisa julgada e da questão prejudicial e sua relevante mudança com a vinda do Código de Processo Civil de 2015.

De forma breve foi feita uma exposição histórica e a evolução que houve em relação à coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental, o que melhor foi aproveitado e a busca efetiva do legislador de tornar a justiça mais eficiente, visando principalmente à segurança jurídica e tornando o processo mais célere e menos oneroso para as partes, sem que isso seja prejudicial a qualquer das partes.

O requisito, por exemplo, da decisão expressa e incidental (art. 503, § 1º, do CPC/2015) evidencia que o procedimento em comento não se aplica a questões prejudiciais principais e à matéria prejudicial, ou seja, a prejudicialidade não aparece incidentalmente no processo. E na segunda hipótese não há controvérsia entre as partes referente à prejudicial por não trilharem o caminho de forma incidental como obriga o § 1º. Isso não está ao alcance da nova regra, pelo fato de ocorrerem as prejudiciais em processos diferentes. Ainda tem a decisão expressa, quando o magistrado decide a questão prejudicial, tendo que embasar a decisão em manifestações precisas, específicas e de conclusão clara.

Sobre o requisito de relação de dependência entre resolução da questão prejudicial e o julgamento do mérito (art. 503, § 1º, I, do CPC/2015), ficaram evidentes duas formas de interpretação. Uma das interpretações é que se houver vínculo de dependência entre a questão prejudicial e a questão principal, fica preenchido o que pede no inciso I. A outra corrente é que somente estarão vinculadas, conforme o inciso I, se a questão prejudicial for necessária para determinar a resolução da questão prejudicada, conseguindo-se perceber somente ao final do processo se o efeito havia alcançado o manto da coisa julgada. A primeira interpretação é considerada a mais adequada com rela-

ção à questão prejudicial, isto é, somente as questões prejudiciais que possam influenciar no julgamento de mérito terão a proteção da coisa julgada, não se aplicando o novo regime às questões prejudiciais que tenham como condição o pronunciamento em relação ao pressuposto processual ou condição da ação.

O art. 503, § 1º, II, do CPC/2015 trata do requisito de contraditório prévio. Verificou-se que tem que haver uma relação de discórdia efetiva, pelo fato de preencher o requisito do direito de se defender das alegações apresentadas pela outra parte, alcançando a coisa julgada sem requerimento das partes, mas não são atingidos os requisitos se a questão prejudicial é trazida de ofício pelo juiz, sem a análise do art. 10 do CPC/2015.

O inciso II faz entender que a hipótese de revelia não impede a formação da coisa julgada em questão prejudicial no novo regime, a menos que o réu compareça ao processo a tempo de se defender das alegações da parte adversa nas matérias em que se permita, ou sem a produção dos efeitos da revelia, desde que tenha o réu a oportunidade de produção de provas acerca da questão prejudicial.

A inexistência de restrições probatórias ou limitações à cognição é o requisito legal que deve ser interpretado com cuidado, pelo fato de ter restrições probatórias, mas ocorre que nem sempre é necessário que se usem as provas restritas, ou seja, as provas que são admitidas podem ser suficientemente necessárias para a parte.

Os requisitos da doutrina para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial são a inserção da prejudicial na sentença e a remessa necessária, previstas na legislação.

A ação rescisória é a maneira de atacar a coisa julgada formada por questão prejudicial visando a sua desconstituição, instrumento processual em que o autor terá que demonstrar o cumprimento de todos os requisitos dos parágrafos do art. 503 do CPC/2015, ainda com a submissão à remessa necessária, quando for o caso.

Os requisitos da doutrina para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial são a inserção da prejudicial na sentença e a remessa necessária

Notas

1. Rogerio de Vidal Cunha. Juiz de Direito (TJPR). Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Professor das Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu-UNIFOZ.
2. Juari Moura. Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu-UNIFOZ.
3. SANTOS, Elizabete Teixeira Vido dos. MENNA, Fábio Vasconcellos. *Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. (Coleção resumos de Bolso). p. 10.
4. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Processual Civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 135.
5. Bueno, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 440.
6. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Processual Civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 135.
7. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
8. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Teoria geral do processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Curso Avançado de Processo Civil) v. 1.
9. SALIM, Alexandre et al. LENZA, Pedro (Coord.) *OAB 1ª fase: volume único* São Paulo: Saraiva, 2017 (Coleção esquematizado) p. 324.
10. SANTOS, Elizabete Teixeira Vido dos. MENNA, Fábio Vasconcellos. *Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. (Coleção resumos de Bolso) p. 10.
11. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. volume único, p. 1445.
12. *Ibid.*, p. 1445.
13. SANTOS, Elizabete Teixeira Vido dos. MENNA, Fábio Vasconcellos. *Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. (Coleção resumos de Bolso) p. 10.
14. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Teoria geral do processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Curso Avançado de Processo Civil) v. 1., p. 628.
15. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil* (livro eletrônico). vol. 2, São Paulo: RT, 2017, p. 518 e 519.

16. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Volume único.
17. MARINONI, Luiz Guilherme. *Revista de Processo*, vol. 259/2016, p. 97-116, Set / 2016, DTR\2016\22770.
18. MEDINA, José Miguel Garcia.
19. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 135.
20. *Ibid.*, p. 188.
21. *Ibid.*, p. 188.
22. *Ibid.*, p. 188.
23. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.
24. FOSCHINI, Gaetano. La pregiudizialità nel processo penale. Milano: La stampa moderna, 1942. Apud BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967, (s.e.), p. 127.
25. Enunciado n. 111: “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental”.
26. FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: RT, 1988, p. 56.
27. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 135.
28. *Ibid.*, p. 177.
29. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Teoria geral do processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Curso Avançado de Processo Civil). v. 1., p. 457.
30. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98-9.
31. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Teoria geral do processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Curso Avançado de Processo Civil) v. 1, p. 456-7.
32. DONIZETI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e compl. reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 587.
33. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 33-4.
34. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 135.

35. Artigo 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (artigo 5º). In.: BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Op. cit.*
36. MARINONI, Luiz Guilherme. *Revista de Processo*, vol. 259/2016, p. 97-116, set., 2016, DTR\2016\22770.
37. Enunciado administrativo n. 1 do STJ: O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016.
38. 367. Para fins de interpretação do art. 1.054, entende-se como início do processo a data do protocolo da petição inicial.
39. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código processual civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 840.
40. *Ibid.*, p. 840.
41. *Ibid.*, p. 840.
42. MARINONI, Luiz Guilherme. *Revista de Processo*. vol. 259/2016, p. 97-116, set./2016. DTR\2016\22770.
43. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código processual civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 840.
44. DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e compl. reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 589.
45. DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e compl. reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 589.
46. MARINONI, Luiz Guilherme. *Revista de Processo*. vol. 259/2016, p. 97 – 116, Set./2016, DTR\2016\22770.
47. *Ibid.*
48. *Ibid.*
49. MARINONI, Luiz Guilherme. *Revista de Processo*. vol. 259/2016, p. 97-116, Set./2016, DTR\2016\22770.
50. *Ibid.*
51. DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e compl. reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 589.

52. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código processual civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 841.
53. DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 384.
54. DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e compl. reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 588.
55. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código processual civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 841.
56. In: *Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro*. Revista de Processo. vol. 259/2016. p. 97-116. Set./2016.
57. Bueno, Cassio Scarpinella *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 445.
58. DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 385.
59. Id. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e compl. reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 588.

Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967, (S.E.).
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e compl. reformulada conforme o novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: RT, 1988, p. 56.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. In: Coisa Julgada Sobre Questão, Inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*. vol. 259/2016. p. 97-116. Set./2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil* (livro eletrônico). vol. 2, São Paulo: RT, 2017
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Comentários do CPC*. São Paulo, RT, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. volume único.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Teoria geral do processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Curso Avançado de Processo Civil). v. 1.

A boa-fé processual como princípio fundamental no novo CPC

Fernando Rubin¹

Bacharel em Direito (UFRGS), com a distinção da Láurea Acadêmica e mestre em Processo Civil (UFRGS)

Resumo: Um dos grandes pilares do novo CPC se fixa na liberdade dada às partes para ampla participação ao longo de tramitação do procedimento cível comum, sendo, em contrapartida, estabelecida, já no art. 5º do novel codex, a exigência de que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

1. Apresentação

SE UM DOS VETORES DO CÓDIGO se assenta na maior liberdade concedida às partes para participação ativa ao longo de todo o procedimento comum, conforme estabelecido desde o art. 7º do novo CPC e desenvolvido em outros tantos dispositivos ao longo do codex – como no art. 191 que prevê a possibilidade das partes fixarem acordo de procedimento (calendário processual) –, é seguro que, em contrapartida, foram desenvolvidos mecanismos para coibir abusos, corporificados em atos atentatórios à dignidade da justiça².

Embora a lógica da construção não seja nova, a alteração topológica é, já que a boa-fé no novo CPC aparece em artigo específico adornando as normas fundamentais do processo civil, corporificando um verdadeiro *direito fundamental à probidade processual*³: “assumindo papel de

centralidade na compreensão do processo e, por conta disso, nos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”⁴. Nesse contexto, então, aparece o art. 5º, na parte principiológica do codex, a regular que “aquele que de qualquer forma participa no processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

O dispositivo contempla, de forma genérica, o princípio da *boa-fé processual*, segundo o qual a conduta de todos os sujeitos do processo (juiz, advogado privado ou público, defensor público, membro do MP, auxiliares da justiça e terceiros que intervêm ou são intimados a intervir no processo) deve seguir um padrão ético e objetivo de honestidade, diligência e confiança: “trata-se de exigência atrelada ao exercício do contraditório, uma vez que a efetiva participação das partes, em paridade de tratamento e faculdades, só se exaure quando essa participação observa os princípios da cooperação e da boa-fé processual”⁵.

É por esse caminho que partimos para mais um ensaio específico a respeito do novo CPC, investigando agora especialmente a disposição contida no art. 77 e seguintes da Lei 13.105/15, a tratar da *litigância de má-fé*.

2. Disciplina da matéria no Código Buzaid

Primeiramente, no entanto, necessário destacarmos os dispositivos no Código Buzaid que regulamentavam a matéria, a fim de confirmar os indícios de que a novel codificação tratou de maneira mais detalhada acerca da má-fé processual⁶.

De acordo com sedimentação inicial contida no art. 14 e seguintes do CPC/1973, tínhamos caracterizada a má-fé na fase de conhecimento, com previsão geral de multa de 1% sobre o valor da causa, além de indenização proporcional ao dano causado pela conduta antiética. Ainda, havia previsão em sede recursal, com multa por fins protelatórios: 1% sobre o valor da causa nos embargos de declaração, com possibilidade de majoração até 10% na reiteração (art. 538), e multa entre 1% e 10% no agravo interno manifestamente inadmissível (art. 557). Por fim, havia previsão em sede de execução, com multa elevada de até 20%

sobre o valor da condenação, por ato atentatório à dignidade da justiça, nos moldes estipulados pelo art. 600 e seguintes.

O tema da litigância de má-fé se insere no capítulo que trata dos *deveres das partes*. Tais deveres poderiam ser reduzidos a uma única assertiva: *dever de auxiliar o Estado-juiz no descobrimento da verdade e na efetivação das decisões judiciais, sem utilizar expedientes antiéticos*. Assim, incumbem às partes os deveres de expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem deduzir defesa, quando cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; cumprir com exatidão os provimentos executivos, provisórios ou definitivos, sem criar embaraços à efetivação⁷.

A previsão mais emblemática contida no tradicional dispositivo regulamentador da litigância de má-fé envolve o *dever de lealdade e de boa-fé* (CPC/73, art. 14, II). Lealdade aqui no sentido de sinceridade, fidelidade, honestidade. A lealdade que se exige é a consciência de não agir de modo manifestamente contrário ao direito, que há alguma possibilidade no pleito, que a hipótese aventada não é absurda ou grosseira. Está de boa-fé no processo aquele que se comporta de forma aceitável, segundo padrões de conduta socialmente adequados⁸.

Ainda se insere nesse contexto a proibição de serem *empregadas expressões injuriosas* nos escritos apresentados no processo, cabendo ao magistrado mandar riscá-las; ou se proferidas em defesa oral, o juiz, nas palavras do antigo código, tem o dever de advertir o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

“Expressões injuriosas” (CPC/73, art. 15), a partir de consolidação pretoriana, não tem o sentido empregado no Código Penal, referindo-se à dignidade e ao decoro. Ao contrário, visa abranger palavras escritas ou orais incompatíveis com a linguagem de estilo forense, a que estão vinculados os operadores do direito, em homenagem à seriedade do processo: “a veemência da postulação precisa cingir-se aos limites da polidez”⁹.

A boa-fé exigida dos sujeitos do processo em todas as etapas procedimentais é a de natureza objetiva

3. O conceito de boa-fé objetiva no âmbito processual

A boa-fé exigida dos sujeitos do processo em todas as etapas procedimentais é a de natureza objetiva – na esteira do que já constava no art. 422 do Código Civil¹⁰⁻¹¹.

A boa-fé objetiva revela-se no comportamento merecedor de fé, que não frustrate a confiança do outro, que não haja abuso do direito e por conseguinte maculação à boa-fé como regra de conduta¹²⁻¹³.

Evidente que há situações bastante tênues e que exigem do intérprete enorme cautela na fixação da multa e na responsabilização civil daquele que praticou aparente improbidade processual; daí por que se deve perquirir situações, como as mencionadas no art. 80 da Lei 13.105/15¹⁴, em que objetivamente se identificam condutas violadoras da boa-fé (má-fé objetiva), dispensando maior perquirição sobre o elemento volitivo (subjetivo) da conduta processual¹⁵.

Nota-se, portanto, que a boa-fé objetiva determina um dever de conduta, pois tem relação com o comportamento que se espera nas relações jurídicas, logo, não se dedica apenas à análise do estado mental subjetivo (se houve ou não realmente má intenção das partes): “basta uma análise perfunctória para se constatar que o dispositivo projetado impõe uma boa-fé comportamental; trata-se de necessária proibidade e lealdade que deve nortear as condutas perpetradas durante o processo, o que, por certo, ultrapassa os aspectos anímicos da já conhecida boa-fé subjetiva, na qual a análise fica circunscrita ao âmbito da intenção das partes”¹⁶.

Nesse diapasão, por exemplo, é inadmissível que as partes adotem postura contraditória em juízo, não em uma determinada peça (respeitado o *princípio da eventualidade*), mas ao longo da tramitação do iter, o que pode resultar em reconhecimento de *preclusão lógica* (decorrente de abuso de direito)¹⁷.

Façamos, pois, de maneira mais clara essas diferenciações. A preclusão lógica é a que extingue a possibilidade de praticar-se determinado ato processual, pela realização de outro ato com ele incompatível¹⁸. Esta modalidade de preclusão decorre, portanto, da incompatibilidade da prática de um ato processual com outro já praticado¹⁹. Há quem sustente, como Heitor Vitor Mendonça Sica, que, tanto na inicial como na

contestação, a preclusão lógica não se aplica, em face do ônus que, respectivamente, autor e réu têm em concentrar ataque e defesa, informados pelo princípio da eventualidade²⁰.

Entendemos, todavia, que não há de ser feita relação tão direta entre a preclusão lógica e o princípio da eventualidade – a ser utilizado na apresentação de matérias concentradas, e até incompatíveis, pelo autor e réu na fase inicial do feito, ou mesmo em recurso²¹. Ocorre que a preclusão lógica envolve tão somente atos processuais incompatíveis realizados um na sequência do outro (o que realmente pode caracterizar má-fé objetiva), e não simultaneamente na mesma peça (inicial ou contestação, ou ainda razões recursais). Por isso que, nesses casos envolvendo a regra da eventualidade, pensamos que não há espaço para aplicação da preclusão lógica (e reconhecimento de comportamento que caracterize litigância de má-fé), podendo, na verdade, cogitar-se da incidência da preclusão consumativa²² – a exigir que as partes tragam em uma determinada oportunidade todas as matérias, mesmo que incompatíveis, sob pena de não mais poderem ser apresentadas em momento processual posterior²³.

Outro exemplo: no novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má-fé? A questão não parece ser fácil, mas evidente que diante do caso concreto pode o julgador avaliar a possibilidade de aplicação da pena punitiva à parte que “insista em demandar por demandar”²⁴. O tema merece ser examinado com cautela redobrada, mesmo em nome do direito ao acesso amplo ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da CF/88), cogitando-se do reconhecimento da má-fé processual – ainda mais nesse momento de transição de códigos – em situações de flagrante condutiva inadequada da parte, a autorizar a noticiada punição.

4. O acentuado combate à má-fé processual no novo CPC

Pelo novo CPC, temos, de fato, mais amplas disposições a respeito do tema da má-fé processual a partir do art. 77, sendo consolidado, no art. 139, o amplo poder do magistrado, como diretor do processo, de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade de justiça e

indeferir postulações meramente protelatórias, de ofício ou a requerimento da parte interessada (inciso III).

De início, saliente-se também a previsão no art. 81, de que o juiz de ofício ou a requerimento condenará o litigante a pagar multa de 1% a 10% sobre o valor da causa. Muito interessante, ainda nesse diapasão, a previsão do novel art. 81, 2º, da Lei 13.105/15: “Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 vezes o valor do salário mínimo²⁵.” Tal disposição, sem dúvidas, visa a elevar o valor da condenação, a ponto de endurecer a natureza punitiva da multa²⁶, de forma a exigir maior atenção das partes na sua conduta processual.

É sabido que a histórica previsão de multa por litigância de má-fé em 1% do valor da causa não trazia constrangimento pecuniário ao litigante, ainda mais nos casos em que era dado à causa o irrisório valor de alçada²⁷. No novo formato, sendo possível a multa chegar desde já a 10 vezes o valor do salário mínimo, há inegavelmente uma mudança de cenário a ser comemorada.

Retornando ao texto do art. 77, digno de diferencial a referência contida no § 3º, no sentido de que não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97 (criados pela União e estados para modernização do Poder Judiciário)²⁸.

De maneira explícita, então, o novo CPC coloca a multa punitiva não paga como dívida ativa da União, reforçando-se a distinção para as multas coercitivas (*astreintes*), as quais, diversamente das primeiras, reverterem-se sempre a favor da parte litigante²⁹ – sanções previstas, por exemplo, nos arts. 523, § 1º e 536, § 1º, que tratam, respectivamente, da multa pelo não pagamento voluntário de obrigação de pagar quantia certa fixada em sentença – e daquela que pode ser aplicada pelo juiz para forçar o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer³⁰.

Quanto às novidades contidas no art. 77 da Lei 13.105/15, importante, por fim, a referência de que é vedado ao magistrado condenar o patrono da parte em sanções fundadas na litigância de má-fé, sobre-

tudo nos mesmos autos do processo em que supostamente fora praticada a conduta ilícita. Assim, de forma mais clara, regula o § 6º: “aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará”³¹.

Já o próximo dispositivo passa a redigir de maneira mais ampla e ajustada a temática do emprego das “expressões ofensivas”, dispondo que é vedado não só às partes e aos procuradores (como dispunha o art. 15 do Código Buzaid), mas também aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, como também a qualquer pessoa que participe do processo, empregar tais expressões quando de suas manifestações escritas ou orais (art. 78 do novo CPC).

O novo CPC
coloca a multa
punitiva não
paga como
dívida ativa da
União

São previsões módicas em sede recursal, de multa de 2% sobre o valor atualizado da causa nos embargos de declaração, com possibilidade de majoração até 10% sobre o valor atualizado da causa pela reiteração (art. 1.026, § 3º); no agravo interno a previsão é de multa de 1% a 5% do valor atualizado da causa (art. 1021, § 4º).

Nesse âmbito recursal, portanto, são muito sutis as modificações implementadas pelo novo CPC, com aumento da multa de 1% para 2% nos embargos de declaração procrastinatórios³²; e diminuição do teto da multa no agravo interno de 10 para 5%.

Embora de uma maneira geral as multas por litigância de má-fé tenham sido majoradas pelo novo diploma adjetivo (como no caso dos embargos de declaração), soa justificável a particular diminuição da multa no caso de agravo interno, diante da quantidade avassaladora de decisões monocráticas que vêm sendo proferidas pelos tribunais – acima, inclusive, do aceitável, no afã de se tentar imprimir maior grau de celeridade ao julgamento de recursos, deixando-se o julgador de levar a matéria ao colegiado, o que força a interposição do nominado recurso³³.

Houve a manutenção, em sede executiva, da multa elevada de até 20% sobre o valor atualizado do débito, por ato atentatório à dignidade da justiça levado a cabo pela parte executada (princípio da lealdade processual³⁴), conforme dicção do § único do art. 774. Segue explicitado que tal multa, diversamente das anteriores estudadas (próprias da fase cognitiva), será revertida em favor do exequente (e não da própria União), exigível nos próprios autos do processo (princípio do sincretismo), sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

No *caput* do art. 774 da Lei 13.105/15 resta definido que se considera ato atentatório à dignidade da justiça não só condutas comissivas, mas também omissivas do executado³⁵, aparecendo uma novidade, no inciso III, autorizando a aplicação da multa por litigância de má-fé a quem dificulte ou embarace a realização da penhora³⁶.

5. Cenários processuais de aprofundamento quanto à má-fé: ação monitoria, princípio da adstrição, comparecimento à audiência inicial e juntada posterior de documentos

Exemplifiquemos, por fim, ao menos quatro outros cenários do novo CPC em que se volta a falar da boa-fé objetiva, ratificando-se assim que há evidentemente um contexto diferente (e amplo) em que inserida a probidade processual no novel diploma³⁷, exigindo-se posturas mais sérias e menos contraditórias das partes³⁸.

No trato da ação monitoria (art. 702, §§ 10 e 11), há disposição no sentido de que o juiz “condenará o autor de ação monitoria proposta indevidamente e de má-fé ao pagamento, em favor do réu, de multa de até dez por cento sobre o valor da causa”; por outro lado, também há previsão de que o juiz “condenará o réu que de má-fé opuser embargos à ação monitoria ao pagamento de multa de até dez por cento sobre o valor atribuído à causa, em favor do autor”.

Disposição tão dura no trato da monitoria deve encaminhar para o litigante autor optar, na dúvida, pelo processamento da demanda via rito de cognição – ainda mais que há outra disposição no código, que vai nesse mesmo diapasão, apontando que “a existência de título exe-

cutivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” (art. 785). Ora, se assim é para o título extrajudicial, há de ser também para a monitória, que sequer título executivo é, embora se façam presentes indícios relevantes nesse sentido.

Ainda, o art. 322, ao tratar do princípio da adstrição, salienta no § 2º que o pedido deve ser certo, mas a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

Portanto, a inexistência de má-fé processual pode determinar que o magistrado, em sentença, faça alguns ajustes necessários, quando não há perfeita compatibilização entre a causa de pedir e pedido. Ocorre que tal incompatibilização pode ser melhor notada após o desenrolar da instrução, daí a lógica do dispositivo, já que nem sempre essas incongruências contidas desde a petição inicial podem ser sanadas na fase postulatória, mediante comando para emenda da exordial³⁹.

Por sua vez, o art. 334, § 8º, ao discorrer a respeito da audiência inicial do procedimento comum (“audiência de conciliação ou de mediação”) expressamente refere que “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”⁴⁰.

Relevante ser registrado que a audiência inicial, quando tivermos partes capazes e o direito discutido for disponível, será sempre realizada, a não ser que ambas as partes manifestem interesse por escrito na sua não realização: “o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência” (art. 334, § 5º). A não manifestação dessa vontade, ainda mais com ausência da parte em audiência, evidentemente aponta para reconhecimento de ato atentatório à dignidade da justiça, com a devida aplicação da pena punitiva.

Por último, menciona expressamente o art. 435, parágrafo único, que é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos,

admitindo-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

Ou seja, fora da fase postulatória, em tese só os documentos novos poderão ser juntados ao processo. Não sendo o caso, a parte poderá vir a juntar documentos velhos desde que justifique a razão pela qual não

A inexistência de má-fé processual pode determinar que o magistrado, em sentença, faça alguns ajustes necessários, quando não há perfeita compatibilização entre a causa de pedir e pedido

pôde ter trazido antes aos autos a referida prova documental⁴¹. Material já existente mas só conhecido, acessível ou disponível após o ingresso com a demanda exige atenção redobrada do juízo, que deverá avaliar a conduta da parte litigante, a qual pode não estar de boa-fé, representando o seu comportamento ato atentatório à dignidade da justiça – ao ser identificada estratégia (juntar documentos velhos a destempo) para tumultuar o regular andamento da demanda. Nessa hipótese, dependendo das circunstâncias do caso concreto, o diretor do processo pode não só impedir a juntada

dos documentos no processo (determinando o seu desentranhamento), como também eventualmente aplicar uma multa punitiva por litigância de má-fé.

Trata-se de hipóteses, *grosso modo*, em que o reconhecimento de má-fé processual exige muito cuidado do Estado-juiz, como também suficiente fundamentação, de acordo com o conjunto de provas que compõe o feito – respeitada a dicção dos amplamente debatidos art. 11º c/c 489 da Lei 13.105/15.

Diante de tamanho poder oficioso concedido ao magistrado, evidente que as penalizações anunciadas só deverão ser confirmadas em situação tópicas – em que há robustas indicações no sentido de que, respectivamente, a parte propôs ou se defendeu em uma ação moni-

tória de maneira flagrantemente contrária ao direito; que deixou inadvertidamente de trazer algum elemento integrante do pedido que não o possa favorecer ao tempo de ser fixado o conteúdo do dispositivo sentencial pelo magistrado⁴²; que, devidamente notificada do ato solene, deixou de comparecer injustificadamente à audiência de conciliação ou de mediação; e que apresenta documentos velhos em fases procedimentais avançadas da demanda, com o propósito notório de tumultuar o regular andamento do feito, ensejando daí a multa punitiva por ato atentatório à dignidade da justiça.

6. Recurso contra decisão interlocutória que condena a parte em litigância de má-fé

No sistema do Código Buzaid, pelo teor dos arts. 522/523, cabia o recurso de agravo de instrumento das decisões interlocutórias suscetíveis de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação; sendo que em todos os demais casos, a parte interessada deveria apresentar agravo retido. No sistema em vigor temos detalhamento das hipóteses de cabimento do primeiro recurso, sendo ainda simplesmente suprimido o segundo.

Resta então amenizada a ideia da preclusão para as partes com a extinção do agravo retido, sendo que desde o Anteprojeto 166-2010, já havia previsão de que as decisões interlocutórias, produzidas incidentalmente antes da sentença, poderiam ser impugnadas pela parte sucumbente, tão somente em preliminar, em sede de razões ou de contrarrazões de apelação⁴³.

Eis a redação final do art. 1009, § 1º, do novo CPC: “As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

Trata-se de sistema mais simples de enfrentamento das decisões interlocutórias de menor gravidade, já que segundo boa doutrina o agravo retido, no sistema vigente, quando interposto, deve vir já acom-

panhando das suas fundamentadas razões recursais, cabendo ainda ao magistrado antes de dar andamento ao feito na origem (retratando-se ou não), dar vista ao agravado para oferecimento de suas contrarrazões⁴⁴. Pelo projeto antigo, bastaria que fosse feita na origem o apontamento do protesto, cabendo as fundamentadas razões recursais serem apresentadas diretamente ao tribunal, em preliminar recursal, caso efetivamente a parte manifestasse interesse em assim proceder nesse momento ulter-

Não há previsão explícita de cabimento do recurso de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de condenar a parte em litigância de má-fé

rior; nesse caso, a parte contrária ofereceria oportunamente as suas contrarrazões de apelação, inclusive quanto à matéria preliminar, relativa à decisão interlocutória desafiada.

Tal estrutura – sem protesto, como definido ao final pela Lei 13.105/15 – não atinge as decisões interlocutórias sujeitas a agravo de instrumento, as quais seguem a regra tradicional de preclusão – cabendo esse último recurso contra um número relativamente restrito de disposições (*numerus clausus*), sistemática então totalmente diversa do Código Buzaid.

Portanto, o modelo atual exclui a incidência de recurso imediato das decisões interlocutórias de menor envergadura e estabelece *numerus clausus* para as situações incidentais que desafiarão o agravo de instrumento – na versão final aprovada, conforme dispõe o art. 1.015.

Nesse contexto se insere a decisão interlocutória que fixa multa punitiva à parte litigante de má-fé. Pela disciplina do codex não há espaço para interposição de agravo de instrumento, sendo que caberia a parte, especificamente de acordo com a dicção do art. 1009, apresentar preliminar de recurso de apelação, caso haja espaço para debater em recurso autônomo alguma temática referente à decisão final, ou mesmo em contrarrazões de apelação, nesse caso ficando o exame da questão da multa na pendência de interposição de recurso autônomo de apelação pelo *ex adverso*⁴⁵.

Certo é, entendemos, que a questão da multa, quando aplicada com incorreção pelo juízo *a quo*, como deve sustentar a parte recorrente, não

pode ficar simplesmente sem possibilidade real de exame pelo tribunal *ad quem*, o que feriria o princípio do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV, CF/88), já que sujeitaria a parte irredimida a eventualmente restar no aguardo de interposição de recurso de apelação pela parte contrária para apresentar a sua irredimida em preliminar de contrarrazões⁴⁶. Exemplifiquemos: caso a parte tenha sofrido penalidade de má-fé, em decisão interlocutória na fase inicial do feito, e tenha sido amplamente vitoriosa no pleito final, via sentença que contemple integralmente o seu pleito, entendemos que deveria, mesmo assim, ter condições de apresentar recurso autônomo de apelação, ao passo que se aguardasse para apresentar a matéria em contrarrazões de apelação poderá evidentemente ficar sem o aproveitamento desse meio recursal, caso a parte contrária não apele da sentença.

7. Considerações derradeiras

Em apertadíssima síntese do que ficou registrado neste espaço, digno de nota o contorno mais apurado que o novo CPC projeta para a má-fé processual, examinada do ponto de vista objetivo, determinando a possibilidade real de condenação principalmente das partes em multas punitivas, que em regra devem reverter para os próprios cofres públicos, com o objetivo de melhor aparelhamento da máquina do Poder Judiciário.

Trata-se, pois, de decorrência impactante de elevação da boa-fé processual à princípio norteador do novo CPC, conforme dicção propeidética contida no art. 5º.

Nada obstante ser tema de importância significativa para o processo, não há previsão explícita de cabimento do recurso de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de condenar a parte em litigância de má-fé, razão pela qual o tema deverá ser somente enfrentado pelo tribunal diante de apresentação de preliminar de apelação ou mesmo em virtude do manejo de contrarrazões de apelação, conforme disciplina do novel diploma adjetivo – a ser interpretada de maneira adequada, preservando-se a garantia representada pelo princípio do duplo grau de jurisdição.

Notas

1. Fernando Rubin. Advogado-sócio do Escritório de Direito Social, especializado em saúde do trabalhador. Bacharel em Direito (UFRGS), com a distinção da Láurea Acadêmica e mestre em Processo Civil (UFRGS). Professor da graduação e pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities e da Escola Superior de Advocacia (ESA/RS).
2. RUBIN, Fernando. *Da construção de um novo modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei 13.105/15*. Porto Alegre: Lex Magister, 2016, p. 121 e ss.
3. RUBIN, Fernando; REICHELDT, Luis Alberto (Organizadores). *Grandes temas do novo CPC*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, maio/2015, p. 25.
4. O ajustado comentário é de Zulmar Duarte, contido na seguinte obra: DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015, p. 29.
5. DONIZETTI, Elpidio. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.
6. BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro, in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 31/48.
7. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180.
8. MIDIEIRO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. 3. ed. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2011, p. 116.
9. Dentre outros paradigmas, referência principal ao RESP/RS n. 33.654-9, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. em 10.5.1993 (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119).
10. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva no direito privado*. São Paulo: RT, 2001.
11. Interessante esse diálogo das fontes (direito civil e processo civil), já que esse é ao menos o segundo caso em que se identificam institutos instalados no Código Civil de 2002 sendo aplicado ao novel diploma processual de 2015; há também de ser feita referência ao art. 50 do Código Civil no trato da desconsideração da personalidade jurídica. Tais paralelos, entre o direito civil e o processo civil, nos faz recordar uma obra clássica a respeito, a qual prestamos reverência: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1983, 1/64.

12. MIDIEIRO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 114/115.
13. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
14. Art. 80 da Lei 13.105/15: “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.
15. O ajustado comentário é de Fernando Gajardoni, contido na seguinte obra: DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015, p. 252.
16. SANTANA, Alexandre Ávalo. Os preceitos constitucionais e as normas fundamentais do Novo CPC, in *novo CPC – Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Campo Grande: Contemplar, 2015, vol. 1, p. 46/60, especialmente, p. 57.
17. FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório e o novo código de processo civil, in *Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada, Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 2015, vol. 1, p. 319/343.
18. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Aniceto López, 1942, p. 97.
19. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. Campinas: Millenium, 2000, p. 347/348.
20. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 150.
21. RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 113/114.
22. BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 40.
23. A respeito da *eventualidade*, consultar: BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. O princípio da eventualidade no processo civil. São Paulo: RT, 2005; SILVA, Gilberto Domingues da. Processo e eventualidade, in *Revista Jurídica* n. 103 (1984): 46/51.
24. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *No novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má-fé?* Extraído do sítio Jota <http://jota.uol.com.br/no-novo-cpc-demandar-contraprecedente-e-litigancia-de-ma-fe>. Acesso em 15/02/2016.
25. Com o salário mínimo chegando, no início de 2016, a R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), temos como suficiente os parâmetros estabelecidos, podendo a

- condenação máxima beirar a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que convenhamos coloca a multa de natureza punitiva em patamar muito mais significativo quando comparado com o Código Buzaid.
26. O Codex confirma a existência de multas de natureza punitiva (litigância de má-fé) ao lado de multas de natureza coercitiva (cominatória). No âmbito do STJ, já vinha sendo feita essa diferenciação, admitindo-se as cumulações das sanções (RESP/RS nº 770.753, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 27/02/2007).
 27. Digno de registro também que o “valor da alçada” avançou para patamares mais significativo no último período, atingindo a cifra de R\$ 8.225,00 em março de 2016, conforme dados do sítio *TJ/RS: Valor de Alçada – Março/2016* – R\$ 8.225,00 (250 URCs) – Taxa Única de Serviços Judiciais, Lei 14.634/14 – Acesso em 12/03/2016.
 28. Art. 97 da Lei 13.105/2015: “A União e os Estados podem criar fundos de modernização do Poder Judiciário, aos quais serão revertidos os valores das sanções pecuniárias processuais destinadas à União e aos Estados, e outras verbas previstas em lei.”
 29. DELLORE, Luiz. *Aspectos da multa diária no novo CPC*. Texto extraído do sítio *Jota*: <http://jota.info/aspectos-da-multa-diaria-no-novo-cpc>. Acesso em 01.02.2016.
 30. DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63.
 31. Assim, o procurador não pode ser condenado nos próprios autos ao pagamento de multa por litigância de má-fé, devendo o magistrado notificar o órgão de classe (OAB) para a instauração das medidas administrativas cabíveis, de acordo com a legislação específica (Estatuto da OAB – Lei 8.906/94).
 32. A elevação da multa para a hipótese de reiteração dos embargos de declaração protelatórios permaneceu inalterada.
 33. Dados apresentados pelo CNJ confirmam o exposto, reconhecendo que as decisões monocráticas cresceram 241% entre 2003 e 2008. Informação retirada do sítio *Conjur* <http://www.conjur.com.br/2010-nov-15/livro-mostra-decisoes-monocraticas-dinamizaram-julgamentos-rio>. Por Alessandro Cristo. Acesso em 22.01.2016.
 34. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de; DUARTE, Bento Herculano. *Princípios do processo civil – noções fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 98 e ss.; ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: RT, 2010, p. 105 e ss.
 35. Em sede de execução judicial não se apresenta razoável a previsão de penalidades por litigância de má-fé ao exequente, vindo previsto expressamente para este, a seu turno, a possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente, com extinção imediata da execução a favor do executado se por atitude omissiva o exequente deu azo a longo período de inatividade (art. 924, V).

36. Art. 774 da Lei 13.105/15: “Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I – frauda a execução; II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III – dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV – resiste injustificadamente às ordens judiciais; V – intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.”
37. FIGUEIREDO, Helena Lanna. Anotações sobre o processo de conhecimento: petição inicial, contestação, julgamento conforme o processo e o despacho saneador (novo CPC), in *Revista Lex* n. 76 (2015):114/135.
38. A postura antiética de ambas as partes (quadro mais incomum) é alvo de registro e explicitação na Lei 13.105/15, também sendo passível de aplicação oficiosa das penalidades de litigância de má-fé: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé” (art. 142). Em redação próxima, mas não idêntica (também a envolver a figura do litisconsórcio), o novo CPC disciplina no art. 81, § 1º que “quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária”.
39. Em lógica próxima, interessante ressaltar que o art. 489, § 3º também disciplina que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.
40. O código reforça aqui o conceito de *multa punitiva* no rito de cognição, com valores sendo revertidos a favor da União ou do Estado – e não, portanto, a favor da parte litigante.
41. O novel, e flexibilizador, dispositivo se aproxima de paradigmas na matéria que já vinham sendo construídos pela jurisprudência – como o seguinte destaque: “A juntada de documentos, em fase de apelação, que não se enquadram naqueles indispensáveis à propositura da ação e apresentam cunho exclusivamente probatória, com o nítido caráter de esclarecer os eventos narrados, é admitida, desde que garantido o contraditório e ausente qualquer indício de má-fé, sob pena de se sacrificar a apuração dos fatos sem uma razão ponderável” (STJ, RESP n. 1.176.440/RO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 17.09.2013).
42. Assim, dentro dessa concepção de boa-fé objetiva, compreende-se o seguinte histórico paradigma: “Não se rejeita o requerimento genérico se, mesmo deficientemente formulado, permitir a correta compreensão de seu alcance e a ampla defesa da parte adversa” (STJ, RESP/SP n. 20.923, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, j. em 05.08.1992).

43. RUBIN, Fernando. *Da construção de um novo modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei n. 13.105/2015*. Porto Alegre: Lex Magister, 2016, p. 163 e ss.
44. “(...) A meu juízo, a oitiva do agravado é fundamental, em razão do princípio do contraditório, sendo certo que, ainda que o juiz não pretenda reformar sua decisão, o agravo retido será, posteriormente, apreciado pelo tribunal, e não haverá momento posterior adequado para o oferecimento das contrarrazões. Por tais motivos, parece-me indispensável que a oportunidade para seu oferecimento se dê logo após a interposição do recurso” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2, p. 103).
45. Vale salientar, conforme Ney Alves Veras, que “em relação às contrarrazões, sua natureza jurídica (no Novo CPC) não é apenas de resistência à pretensão recursal veiculada na apelação, mas eventualmente de possível ataque, relativamente à matéria não agravável (natureza jurídica híbrida)” (VERAS, Ney Alves. *Comentários ao CPC – Lei 13.105/2015, art. 1009*. Coordenadores Angélica Alvim, Araken de Assis, Eduardo Alvim e George Salomão. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1166/1167).
46. Nesse sentido, manifestamos concordância com o exame realizado por Vinícius Silva Lemos: “Há (ao menos) uma exceção sobre subordinação/condição da apelação ou das contrarrazões que impugnam uma decisão interlocutória, ocasião em que notadamente e independentemente da sentença ser impugnada ou não, terão interesse recursal. Se o recurso interposto – apelação, contrarrazões ou recurso adesivo – for para impugnar decisão interlocutória que não guarda influência com a sentença, de matéria autônoma ou diversa desta, como, por exemplo, a decisão que estipula a multa atentatória à justiça, não há motivos para esta via recursal, seja qualquer de suas modalidades, ser subordinada, tampouco condicionada, por não influenciar ou impactar a sentença, com a necessidade de, sob qualquer hipótese, ser julgada” (LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais no novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Lexia, 2016, p. 169/170).

Referências

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 13. ed. São Paulo: RT, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005.

- BUZAID, Alfredo. “Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro” in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 31-48.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *Lições de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1983, 1/64.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Aniceto López, 1942.
- DELLORE, Luiz. Aspectos da multa diária no novo CPC. Texto extraído do sítio Jota: <http://jota.info/aspectos-da-multa-diaria-no-novo-cpc>. Acesso em 01.02.2016.
- _____; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015.
- DONIZETTI, Elpidio. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório e o novo código de processo civil, in *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 2015, vol. 1, p. 319/343.
- FIGUEIREDO, Helena Lanna. Anotações sobre o processo de conhecimento: petição inicial, contestação, julgamento conforme o processo e o despacho saneador (novo CPC), in *Revista Lex* n. 76 (2015):114/135.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *No novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má-fé?* Extraído do sítio Jota <http://jota.uol.com.br/no-novo-cpc-demandar-contra-precedente-e-litigancia-de-ma-fe>. Acesso em 15/02/2016.
- LEMONS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais no novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Lexia, 2016,
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. Campinas: Millenium, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva no direito privado*. São Paulo: RT, 2001.
- MIDIEIRO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte; HERCULANO DUARTE, Bento. *Princípios do processo civil – Noções fundamentais*. São Paulo: Método, 2012.
- RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *O novo CPC: Da construção de um novo modelo processual às principais linhas estruturantes da Lei 13.105/15*. Porto Alegre: Lex Magister, 2016.

- _____. REICHELDT, Luis Alberto (organizadores). *Grandes temas do novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SANTANA, Alexandre Ávalo. Os preceitos constitucionais e as normas fundamentais do novo CPC, in *Novo CPC – Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Campo Grande: Contemplar, 2015, v. 1, p. 46/60.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Gilberto Domingues da. Processo e eventualidade, in *Revista Jurídica* n. 103. (1984): 46/51.
- VERAS, Ney Alves. *Comentários ao CPC – Lei 13.105/15, art. 1009*. Coordenadores Angélica Alvim, Araken de Assis, Eduardo Alvim e George Salomão. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1166/1167.

Procedimento arbitral, hipossuficiência e acesso à justiça

Helena Bimonti¹

Pós-graduada em Processo Civil, mestranda em Direito Civil e professora assistente (PUC-SP)

Augusto Lewin²

Graduado em 2001 (FMU), pós-graduado em Direito Civil (Mackenzie, extensão em Direito Administrativo pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e mestrando em Filosofia do Direito (PUC-SP)

Resumo: O instituto da arbitragem se constituiu, ao longo do tempo, como instrumento legítimo e alternativo à jurisdição; serviu para solucionar conflitos das mais variadas ordens. O procedimento, contudo, embora praticado há séculos, recebeu atenção legislativa apenas recentemente, razão pela qual nem sempre se vê livre de questionamentos. Um deles, de alta relevância, diz respeito à possibilidade (ou não) de utilização da jurisdição estatal como meio de garantir o acesso à justiça pela parte que, por motivos supervenientes ao compromisso arbitral, se tornou hipossuficiente, por não ter condições de arcar com os custos inerentes à arbitragem. Esta é a finalidade do presente estudo, que se propõe a identificar o problema e os possíveis impactos que cada solução pode trazer às partes.

I. Introdução

ATUALMENTE A OPÇÃO PELA ARBITRAGEM tem se destacado nas mais variadas disputas que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, na medida em que se observa uma crescente demanda de discussões contratuais e busca de reparação de danos, com a consequente saturação do Poder Judiciário.

O procedimento, contudo, embora praticado há muito tempo pela humanidade, recebeu atenção legislativa apenas recentemente, razão pela qual nem sempre se vê livre de questionamentos.

Um dos pontos controversos, de alta relevância, diz respeito à possibilidade (ou não) de utilização da jurisdição estatal como meio de garantir o acesso à justiça pela parte que, por motivos supervenientes ao compromisso arbitral, se tornou hipossuficiente, ao não ter condições de arcar com os custos inerentes à arbitragem.

O estudo do tema se mostra essencial, na medida em que ainda há lacuna no direito sobre o assunto, que envolve a colisão de princípios fundamentais do ordenamento jurídico: a segurança jurídica da parte que optou pela arbitragem *versus* o acesso à justiça pela parte hipossuficiente (por motivos alheios à sua vontade).

Em outras palavras: o aceite da jurisdição estatal pode afetar a parte contrária, que não tem por que ver seu direito de apreciação arbitral tolhido por conta da hipossuficiência da parte. Por outro lado, o não aceite pode mitigar o direito da parte hipossuficiente ao acesso à justiça, sem que haja culpa sua.

Não se pretende fazer uma panaceia sobre o tema no presente artigo; o que se busca é trabalhar o problema atualmente constatado e sugerir medidas que, ao menos auxiliem, ainda que superficialmente, na compreensão de cada caso concreto, e na tomada de decisões futuras pelo Judiciário diante do problema apontado.

Em um primeiro momento, será exposto o conceito do que se entende por meios alternativos de soluções de conflitos, bem como apresentada a evolução histórica, de modo a demonstrar a antiguidade da adoção a estas práticas, que remonta há séculos.

Posteriormente, após a apresentação de alguns dos principais meios atualmente utilizados, restringir-se-á o estudo apenas à arbitragem, ao se analisar brevemente os seus elementos constitutivos, para em seguida demonstrar as vantagens de sua utilização.

Por fim, se adentrará no problema acima referido, com aprofundamento do estudo acerca do tema, e das possíveis soluções e impactos de cada uma em nosso ordenamento jurídico, para ao final ser apresentada a conclusão dos autores.

II. Meios alternativos de solução de conflitos

É indiscutível que o homem nasceu para viver em sociedade, ao se completar com outros de sua espécie. Contudo, como consequência da vida em sociedade, surgem naturalmente os conflitos, sejam eles individuais, coletivos ou difusos.

Ao longo do tempo, a humanidade continuamente se preocupou em aperfeiçoar as maneiras de pacificação desses conflitos: inicialmente a forma aceita de se fazer justiça, baseava-se na conhecida Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”), em que a vingança era proporcional ao dano, e feita pelas próprias mãos dos atingidos.

Em um segundo momento, o modelo de autotutela³ foi substituído pela heterocomposição, na qual a vítima se via ressarcida pela indenização fixada por um árbitro escolhidos pelas partes. Foi neste momento que o Estado passou a intervir nas relações entre particulares, obrigando a adoção desta espécie de arbitragem quando as partes não se compusessem sozinhas, inclusive ao indicar o árbitro, se necessário.

O estabelecimento do juízo estatal, por sua vez, se deu quando os magistrados da Roma antiga chamaram para si a responsabilidade de solucionar litígios “em nome do Estado”. Surgiu então a jurisdição em sua feição clássica, em que há uma atuação estatal soberana, ao proferir decisão dotada de coerção. Desde então, as soluções de conflitos vieram sendo submetidas ao poder estatal.

Nada obstante, há nos dias atuais, um cediço descompasso entre o instrumento processual e a célere e segura prestação da tutela por parte do Estado-juiz, o que se deve a inúmeras razões.

Cite-se, como exemplo, o quadro diminuto e insuficiente de servidores, que além de ocasionar a morosidade do andamento processual, implica qualidade das decisões, proferidas sem a análise adequada do caso concreto.

A este respeito, Ovídio A. Baptista da Silva bem discorre:

Para quem visualiza o sistema pela perspectiva de um operador forense, seu funcionamento não se mostra apenas insatisfatório. Mostra-se assustador. Como era de supor, a extraordinária litigiosidade que caracteriza nosso tempo, obriga os magistrados a padronizarem suas decisões, praticando – com maior ou menor vocação para o normativismo abstrato – uma jurisdição “pasteurizada”, sem compromisso com o “caso”⁴.

Ainda, deve-se atentar para o costume litigante do ser humano, que se acentua mais a cada dia. A sociedade se mostra mais questionadora, o que não é ruim até certo ponto. Contudo, o problema surge quando isto descamba para uma série de demandas desmotivadas.

É crescente o uso do meio processual e da máquina judiciária para discussões óbvias e desnecessárias, em que por vezes sequer existiram efetivos danos (é impossível não fazer menção à famosa “indústria do dano moral”).

Há ainda diversos outros fatores que contribuem com a famigerada crise do Poder Judiciário, como o intuito protelatório da grande maioria dos litigantes, que abarrotam os tribunais com recursos manifestamente infundados.

Não se pretende, contudo, esgotar as causas do problema no presente estudo, mas atentar pura e simplesmente para sua existência, pois em razão dela surgiu a necessidade de se procurar vias alternativas de soluções, que não passassem pela judicial.

Vale dizer, foi necessário buscar novos rumos que pudessem, facultativamente, ser percorridos pelos jurisdicionados, para obter soluções

mais céleres e adequadas dos seus problemas, e que colocassem o direito como algo não tão litigioso.

Surgem então, dentro deste contexto, os meios alternativos de solução de conflitos, cuja expressão traduz a inglesa “*alternative dispute resolution*”, criada no sistema norte-americano, em que há uma utilização bem mais intensa.

Popularmente, são formas de resolução de conflitos não impostas pelo Poder Judiciário, o qual pode até participar do procedimento, mas não da decisão final.

A classificação se dá entre meios autocompositivos e heterocompositivos: os primeiros são aqueles em que as próprias partes envolvidas chegam a um consenso de maneira independente; e os segundos, aqueles em que há a presença de um terceiro imparcial (que não um juiz estatal) que auxilia na busca do consenso.

Ainda que a decisão final não seja dada por um magistrado, tem havido certa preocupação do Poder Judiciário (e dos demais poderes) com o incentivo às soluções alternativas de conflitos, que em nada diminuem o prestígio estatal, mas tão somente auxiliam na diminuição do número de litígios em andamento nos tribunais.

O Conselho Nacional de Justiça, para exemplificar, editou em 2010 a Resolução 125, que implementou a política judiciária nacional com vistas à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, ao determinar a criação, pelos tribunais, de “núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos”.

Na mesma linha, o novo Código de Processo Civil de 2015 inovou, ao prever a mesma responsabilidade em seus artigos 3º e 165º⁵. Por fim, a reforma legislativa alterou substancialmente em 2015 a Lei de Arbitragem (9.307/96). No mesmo ano ainda foi promulgada a Lei de Mediação (13.140/15). É notável, portanto, a atenção que o tema vem a receber do próprio poder público.

Não há como se elencar todos os métodos alternativos em um parágrafo, posto que eles não se restringem a um rol taxativo; muito pelo

É crescente o uso do meio processual e da máquina judiciária para discussões óbvias e desnecessárias

contrário, é plenamente possível a criação, pelas partes, de um procedimento próprio, com regras por elas estabelecidas.

Há, contudo, aqueles que têm ocupado espaço maior de utilização e divulgação, como, por exemplo, mediação, conciliação, *dispute boards*. O foco do presente artigo é o procedimento de arbitragem, o qual, pelas suas características, carrega consigo inúmeras vantagens, que serão melhores analisadas no tópico seguinte.

III. Arbitragem – Breves considerações

Como mencionado anteriormente, a arbitragem, na prática, é tão remota quanto a própria humanidade: há notícias da utilização tanto na Roma antiga quanto na mitologia grega⁶.

Nas palavras de Francisco J. Cahali, equivale a “*um instituto contemporâneo às relações sociais, através do qual as pessoas indicam um terceiro imparcial para resolver seus conflitos*”⁷.

Contudo, em que pese a prática ser antiga, ficou adormecida durante anos, com o monopólio estatal das decisões, razão pela qual o procedimento hoje ainda se encontra em amadurecimento.

Legalmente pode-se dizer que já era permitido na própria legislação civil (artigos 1.037 a 1.048 do revogado Código Civil de 1916), mas veio em boa hora a lei especial acerca do tema (Lei 9.307/96); que desde então passou a ser difundido na realidade jurídica brasileira, e foi oficialmente autorizado nas alterações legais posteriores⁸.

No cenário atual, o Brasil já ocupa a liderança na utilização de arbitragem entre os países da América Latina, e, globalmente considerado, ocupa a 4ª posição⁹.

Os motivos para esse crescimento são as diversas vantagens propiciadas às partes, que, segundo Marcus Sherman, “incluem a celeridade, a economia, o conhecimento específico do prolator da decisão, a privacidade, a maior informalidade e a definitividade da decisão sem possibilidade de recurso”¹⁰.

Em outras palavras, as partes – dotadas de autonomia própria – optam pelo procedimento, que escolhe desde o local por onde trami-

tará o feito, até o responsável pela decisão (comumente um especialista no assunto).

O caráter informal se deve ao fato de que todo o processo é regido pelas regras acordadas entre as próprias partes, desde os prazos, até o cabimento ou não de recursos, ao passar pela necessidade de confidencialidade da controvérsia (o que é usual).

Por fim, dentro do que dispõe a lei, há um prazo máximo de seis meses para prolação de decisão, salvo quando pactuado diversamente. Ou seja, é notável a diferença entre o tempo de duração de um processo arbitral e um judicial.

Some-se a isto o caráter menos belicoso do instituto¹¹, já que é oriundo da própria vontade dos litigantes, e não é difícil compreender os motivos pelos quais a arbitragem se mostra mais vantajosa, e ganha cada vez mais espaço no cenário atual.

IV. O acesso à justiça, a arbitragem e a hipossuficiência

Como mencionado, em que pesem as suas diversas vantagens, o procedimento arbitral se encontra em plena fase de amadurecimento, por ter ficado adormecido durante anos; há ainda diversas questões a serem enfrentadas pela doutrina e jurisprudência que não foram previstas pelo legislador anteriormente.

Uma delas diz respeito à hipossuficiência da parte que se comprometeu em momento prévio a submeter eventual litígio à arbitragem.

É natural que uma sociedade, ao contratar suas obrigações e direitos, seja pautada na boa-fé, e não antecipe uma indesejável crise financeira, que possa colocar em risco a sua capacidade de honrar com seus compromissos. Não obstante, imprevistos acontecem, e, por inúmeras razões, no momento em que existe uma controvérsia, a parte pode se encontrar sem capital suficiente para instaurar o procedimento arbitral.

Os custos, como é cediço, são altos e não se limitam àqueles ordinários, como taxas de registro e administração, honorários dos árbitros, advogados, assistentes técnicos, peritos. Quando depende das características do caso concreto, ainda existe uma gama de custos indiretos,

por exemplo, relacionados à realização de audiências, que contribuem para os altos valores relacionados ao procedimento arbitral.

Para contornar esse cenário, tem-se apresentado uma figura já presente em países mais arrojados no campo da arbitragem: o financiamento da arbitragem por terceiro (*third part funding*). Nestes casos, o referido terceiro (comumente um fundo de investimento) se dispõe a subsidiar a disputa, em troca de determinada participação no resultado da causa.

Contudo, nem sempre a parte prejudicada, ainda que sem capital suficiente, deseja “perder” parte dos seus possíveis ganhos para uma instituição financiadora, mormente pelo fato de ter certeza da razão na disputa (já que não raro, a insolvência se deve justamente ao inadimplemento da outra parte, cuja integral reparação é a que seria buscada na arbitragem).

Quando isso ocorre, é comum a parte se socorrer de processos judiciais, que atentam para a inafastabilidade do Poder Judiciário. Na maior parte das vezes, entretanto, o processo é extinto, sob o argumento de que a hipossuficiência superveniente não teria o condão de afastar o compromisso arbitral anterior.

Este entendimento, entretanto, embora predominante no cenário atual, não parece o mais apropriado, quando se pensa em justiça, a qual, devido à sua importância, merece ser analisada de maneira isolada, antes de se adentrar no embate entre o seu acesso, e a hipossuficiência mencionada anteriormente.

IV.I Conceito de justiça

De início, já se destaca que o conceito de justiça transcende a limitação de palavras por se encontrar cerrada no espírito humano de forma atemporal e independentemente da cultura. Contudo, discute-se sua necessidade desde a antiguidade ocidental.

A materialização da justiça ocorre na antiguidade com a deusa grega Thêmis, posteriormente renomeada na Roma clássica de *Justitia*, conceito que permanece contemporaneamente arraigado em todos os po-

vos sob o jugo dos cézares, especificamente em português com a palavra “justiça”.

O Ocidente, herdeiro da cultura helênica, por ter sido dominado pela siamesa romana, possui uma noção de justiça baseada na obra de Aristóteles *Ética a Nicômaco*¹², cuja sensação tem por partida e princípio a ética, no sentido pessoal em direção ao coletivo, isto é, punir, dar ou retirar, dentro da equidade entre uma ou mais pessoas o quanto necessário para manter a harmonia e, principalmente, manutenção da ordem social dentro de uma comunidade.

Se desde a antiguidade existia o debate filosófico sobre a aplicabilidade da justiça, havia a necessidade de inserir nos ordenamentos jurídicos a necessidade de inclusão de acesso aos mecanismos judiciais, para sua concretização.

O Brasil, contudo, manteve-se à margem da possibilidade de acesso à justiça nas constituições de 1824, 1891, 1934 e de 1937¹³, dado que, nesse tenebroso período histórico brasileiro, as pessoas viviam à margem do Estado.

Essa circunstância permitia inúmeros abusos estatais, pois, como dito, os brasileiros ficavam à mercê das omissões dos tribunais. Atos brutais eram rotineiramente cometidos, a exemplo do governo Getúlio Vargas, que prendia sem a observância do devido processo legal, e sem qualquer possibilidade do indivíduo prejudicado manejar ações judiciais contra o Estado, uma vez que as cortes de justiça se declaravam incompetentes para julgar questões supostamente políticas¹⁴, ao se eximir de responsabilidade quanto ao bem-estar individual.

Apenas a partir da constituição promulgada de 1946 é que houve uma garantia de segurança jurídica contra arbítrios, seja de ordem particular ou estatal, com a impossibilidade do Poder Judiciário se escusar em julgar litígios a ele trazidos, por conta do atualmente conhecido como princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o qual se repetiu na atual carta magna em seu artigo 5º, inciso XXXV:

XXX – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Esse dispositivo constitucional trouxe segurança às pessoas de se socorrerem ao Poder Judiciário, livremente, em busca de proteção es-

tatal, muitas vezes contra arbítrios do próprio Estado, o que trouxe aos cidadãos a ideia da justiça atualmente conhecida, ou seja, da possibilidade do auxílio na reparação ou proteção quando existente a ameaça ou concretização de prejuízo.

IV.II Acesso à justiça e a arbitragem

Se por um lado a reforma da constituição enraizou no espírito do cidadão a sensação de segurança na busca de justiça, a inafastabilidade do Poder Judiciário em rechaçar demandas, como o fizera em um passado não tão distante, trouxe como efeito colateral o inchaço da máquina pública, um paradoxo jurídico, haja vista que a morosidade no apaziguamento da lide perpetua a anomalia social que se visa extirpar.

Dentro desse contexto, sem solução aparente contra o problema, bem como a impossibilidade de ampliação dos gastos públicos na década de noventa no Brasil, instituiu-se a Lei 9.307/96, mais conhecida como Lei de Arbitragem, já tratada em tópico anterior, uma legislação moderna que *a priori* trouxe uma exceção ao tão aparente sólido princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário no julgamento de quaisquer questões que lhe fossem trazidas.

A novel legislação à época demonstrava-se vanguardista ao proibir revisão pelo Poder Judiciário nas decisões arbitrais, à exceção de nulidades procedimentais previstas na própria lei. O surgimento de tamanha mitigação a um princípio em tese sólido, totalmente inatingível, trouxe o despeito da doutrina pela legislação arbitral.

Inevitável, contudo, foi a discussão sobre a constitucionalidade dos artigos 6º, 7º, e 41 a 44 da Lei de Arbitragem que, encontrou guarida no Supremo Tribunal Federal, no sentido de não acarretar em ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, conforme votos da lavra dos ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Helen Grace, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carlos Velloso, vencidos o relator Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Sydney Sanches e Néri da Silveira¹⁵.

Em um primeiro momento houve consternação na doutrina por essa decisão, porém aos poucos percebeu-se da possibilidade de justiça

sem o uso sistemático do Poder Judiciário, ao se reverter o entendimento anterior.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao analisarem o problema do acesso à justiça¹⁶, perquiriram o desempenho da arbitragem e concluíram que dadas as delongas, características e despesas dos litígios, a alternativa da arbitragem beneficiaria substancialmente as partes que dela fizessem uso. Na visão dos aludidos autores, haveria vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, as quais já foram expostas em tópico anterior.

Todo raciocínio contemporâneo fora baseado no modelo romano clássico de estatização do direito. O advento da Lei da Arbitragem fez traçar um caminho inverso, escolhido pelas próprias partes.

Não há um retrocesso à Lei de Talião, equivalente ao direito privado feito pelas próprias mãos. Diferentemente, exsurge a alternativa das partes, dentro da sua autonomia da vontade, caminharem por uma trilha alternativa ao Poder Judiciário, isto é, pela Lei de Arbitragem, segundo árbitros e parâmetros públicos a serem seguidos da Lei 9.307/96, sob pena de nulidade.

A flexibilização do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, trouxe como possibilidade uma alternativa, uma opção de complementaridade ao sistema usualmente conhecido, que alarga possibilidades, forma de raciocínio e o campo de conhecimento jurídico, naquilo que fora batizado por Goffredo Telles Jr. de “direito quântico”¹⁷.

O viés das possibilidades jurídicas quânticas se amplia diante de um ordenamento que cada dia se torna mais complexo, com um sistema autopoietico, capaz de trazer constantes novidades em razão da especificidade do meio social em que se insere. Todavia, por ser perfeito no aspecto jurídico-formal idealizado por Hans Kelsen¹⁸, não admite contradições, as quais podem ser apenas aparentes, jamais reais, por tratar de circunstâncias distintas da apresentada por normativos ligados a espaço, tempo e outras pessoas, por mais que a essência quase seja a mesma.

Veja-se que a essência da busca aristotélica da justiça permanece intacta, apenas mudam-se os meios; os caminhos para atingi-la encontram novo patamar na sociedade contemporânea. A modernidade lí-

quida de Zygmunt Bauman¹⁹ ressoa a partir da legislação; mais do que nunca há a necessidade de mudar, fugir da ortodoxia romana clássica do período posterior à Lei das XII Tábuas em busca de uma heterodoxia normativa maleável, sem se perder a coerência do sistema jurídico.

Se a sociedade não aceita mais padrões fixos e estáticos, com múltiplos comportamentos, o mesmo deverá acontecer com o ordenamento jurídico. O acolhimento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal demonstrou bem esse padrão atual de solução racional de novos problemas surgidos por meio de uma mecânica legal não menos vanguardista, inexistindo óbice ao acesso à justiça pela adoção da via arbitral.

IV.III A questão da hipossuficiência superveniente na arbitragem

Embora atualmente exista o entendimento consolidado de que a arbitragem não constitui obstáculo ao acesso à justiça, mas sim a sua concretização por via alternativa à jurisdição estatal, o problema surge, como já mencionado anteriormente, quando uma das partes se torna hipossuficiente, ao longo da relação contratual na qual foi pactuado o procedimento arbitral.

Segundo o *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*²⁰, a palavra hipossuficiente é composta pelos prefixos “hipo” e pelo substantivo “suficiente”, que indica seu significado: “diz-se de, ou pessoa que é economicamente fraca, que não é autossuficiente”. Ou seja, de acordo com o sentido linguístico da palavra, a hipossuficiência relaciona-se às próprias condições econômicas da pessoa, ao situá-la em posição inferior na sociedade.

Nesta mesma linha, em todas as intervenções legislativas relacionadas ao tema, pode-se vislumbrar uma ligação umbilical que o legislador constitucional e infraconstitucional fez do direito de acesso à justiça com as condições econômicas da pessoa.

Ao buscar definir a hipossuficiência no meio jurídico, a Lei 1.060/50 veio em boa hora, e assim dispôs:

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único – Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

(grifos editados)

Àquele considerado necessitado, ou seja, hipossuficiente, a mesma lei assegurou a isenção de custas no processo judicial, garantia esta repetida no Código de Processo Civil de 2015:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Assim, verifica-se que, na insuficiência de recursos, ainda assim a parte que optar pela jurisdição estatal terá assegurado o seu direito de acesso à justiça, fazendo jus ao benefício da gratuidade legalmente prevista.

Todavia, o mesmo não ocorre na arbitragem, meio alternativo privado de resolução de conflitos que pressupõe, sem exceção, o pagamento de diversos custos para instauração e prosseguimento do procedimento.

Estes custos, como já mencionado anteriormente, são altos e não se limitam àqueles ordinários, como taxas de registro e administração, honorários dos árbitros, advogados, assistentes técnicos, peritos. Dependendo das características do caso concreto, ainda existe uma gama de custos indiretos, por exemplo, relacionados à realização de audiências, que contribuem para os altos valores relacionados ao procedimento arbitral.

A responsabilidade pelos custos pode ser distribuída de acordo com o regulamento da câmara arbitral, ou com a convenção das par-

tes, mas em geral recai sobre aquele que deseja instaurar o processo arbitral (ao menos inicialmente, podendo ser reembolsados ao final pela parte contrária, se sucumbente).

Não obstante, imprevistos acontecem, e, por inúmeras razões, no momento em que existente uma controvérsia, a parte pode se encontrar sem capital suficiente para os custos de início do procedimento, tendo se tornado hipossuficiente.

Neste caso, o que se verifica é uma questão delicada, pois a arbitragem não admite exceções, sendo impossível a sua instauração por aquele que não arcar com os pagamentos necessários.

Quando isto ocorre, é comum a parte apelar para o processo judicial, atentando para a inafastabilidade do Poder Judiciário. Na maior parte das vezes, entretanto, o processo é extinto.

Em uma ação de 2010²¹, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu pela eficácia da cláusula arbitral mesmo frente à dificuldade financeira superveniente da parte autora. No referido caso, apesar de reconhecer a existência e validade da cláusula arbitral, a requerente alegou que o descumprimento contratual da parte contrária a levaria à bancarrota, razão pela qual não conseguiria arcar com os custos de instauração do procedimento, e que a sua imposição prejudicaria o seu acesso à jurisdição, consagrado na Constituição Federal.

Após apresentação da defesa, na qual foi suscitada preliminar de exceção de arbitragem, a sentença prestigiou a autonomia das partes e considerou que a hipossuficiência superveniente não teria o condão de afastar o compromisso. A decisão foi mantida em 2012 pela 8ª Câmara, pelo mesmo entendimento, e o caso aguarda decisão sobre recebimento (ou não) de recurso especial²².

Nesta mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça decidiu na Medida Cautelar 14.295 pela validade da cláusula compromissória, que obriga a massa falida mesmo após a decretação de falência, ao considerar que na época do compromisso a empresa ainda tinha plena disponibilidade de seus bens.

Não obstante esse entendimento, como já dito, embora seja o predominante no cenário atual, não parece o mais apropriado, quando se pensa na questão da justiça.

Isto porque o que se verifica no caso da hipossuficiência superveniente equivale a um caso fortuito, o qual, segundo lição do mestre Sílvio Venosa, é a “*situação que decorre de fato alheio à vontade da parte, mas proveniente de fatos humanos*”²³.

Trata-se de uma situação posterior ao compromisso arbitral, obviamente alheia à vontade da parte, mas que nele influi diretamente. Vale dizer, embora ninguém, ao contratar suas obrigações e direitos, antecipe uma indesejável crise que possa colocar em risco a capacidade de honrar com seus compromissos, isto pode ocorrer de maneira imprevisível, e não raro por culpa da própria parte contrária, que, ao se tornar inadimplente na relação, leva a outra à bancarrota, que causa sua hipossuficiência.

Nestes casos, ao considerar a impossibilidade de instauração da arbitragem pela parte, por conta da falta de recursos para pagamento das custas iniciais, deverá a sua hipossuficiência ser vista como um caso fortuito superveniente, com o condão de afastar a obrigatoriedade do compromisso anteriormente firmado, resultando, via de regra, no aceite, pelo juízo estatal, da propositura da ação judicial.

A situação tratada não se confunde com a hipossuficiência originária, ou seja, anterior ao compromisso arbitral, pois nessas situações a parte já tinha plena ciência de sua situação financeira quando optou pela via de jurisdição alternativa. Inviável, portanto, o referido aceite de propositura de ação judicial, deve a parte arcar com as consequências de um compromisso que manifestamente não deveria ter assumido.

Trata-se da correta aplicação do provérbio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode alegar em seu benefício a própria torpeza).

Entretanto, o que se tem debatido nas discussões sobre o tema é se o aceite, pelo Judiciário, de ações nas quais houve o compromisso arbitral, ainda que ocorrida a hipossuficiência superveniente, não mitigaria o direito da outra parte, que optou por afastar a jurisdição estatal do conflito.

A arbitragem não admite exceções, sendo impossível a sua instauração por aquele que não arcar com os pagamentos necessários

Neste ponto, o caso deve ser analisado sob dois prismas distintos: o primeiro diz respeito às situações em que esta outra parte houver sido a causadora da hipossuficiência alheia, por meio de inadimplemento da relação contratual entre elas pactuada. Nesta condição, entende-se que seu direito à submissão do litígio às vias arbitrais deverá ser relativizado, ao considerar ter sido ela a causadora indireta da impossibilidade de instauração da arbitragem.

Já o segundo prisma diz respeito às hipóteses em que a insuficiência de recursos da parte que pretende instaurar a arbitragem não guarda qualquer relação com a outra. Nesse contexto, razão parece assistir àqueles que entendem como defesa a propositura de ação judicial, sob pena de se ofender o direito daquele que optou por afastar o litígio da esfera judiciária.

Com isto, a situação se torna inevitavelmente delicada: de um lado a parte que, por motivos alheios à sua vontade, não consegue arcar com os custos de instauração da via arbitral, e corre o risco de ver seu direito ao acesso à justiça ofendido, com a extinção de eventual ação judicial; e de outro, a parte que nada tem a ver com a insuficiência de recursos daquela que não consegue instaurar o procedimento, e não deve ter seu direito de utilização da arbitragem tolhido.

Para contornar este cenário, tem-se apresentado como possível solução, uma figura já presente em países mais arrojados no campo da arbitragem: o financiamento da arbitragem por terceiro (*third part funding*).

Nestes casos, o referido terceiro (comumente um fundo de investimento) se dispõe a subsidiar a disputa, em troca de determinada participação no resultado da causa (obviamente o subsídio se dá após processo de *due diligence* a fim de auferir as chances de êxito do litígio).

Segundo estudo recente, o número de casos que envolvem financiamento de terceiros apenas em 2015 já corresponde a 60% dos casos internacionais iniciados entre 2010 a 2014²⁴.

Contudo, nem sempre a parte prejudicada, ainda que sem capital suficiente, deseja “perder” parte dos seus possíveis ganhos para uma instituição financiadora, mormente pelo fato de ter certeza da razão na disputa.

Assim, propõe-se um caminho a ser refletido amiúde como solução alternativa, qual seja, a alteração da própria Lei 9.307/96, para prever que, no momento em que se comprometem com a submissão de eventual litígio à via arbitral, as partes sejam obrigadas a depositarem em fundo próprio os custos inerentes à instauração do procedimento junto à câmara escolhida (o referido fundo, em tal caso, pode ser disponibilizado pela própria instituição).

Assim, evita-se a ausência de acesso à justiça, preserva-se a autonomia das partes em se curvar à arbitragem e haverá rápida solução da lide em decorrência da existência de um fundo financeiro para tanto.

Obviamente, por ser uma ideia nova, necessita de maturação, notadamente por abrir azo a outras controvérsias, como por exemplo: (a) nas cláusulas em branco, em que não se escolheu ainda o órgão julgador, como se daria o depósito prévio, ou ainda, em qual montante?; e (b) além disto, se a parte hipossuficiente, que fizer uso do referido fundo, for sucumbente no litígio, obviamente não conseguirá ressarcir a parte vencedora da metade por ela inicialmente depositada. Como se daria a reparação em tais casos?

Não são questões simples, mas tampouco devem ser vistas como impossíveis de ser respondidas. Para o primeiro caso, o que se sugere é que se a lei previr depósito prévio dos custos inerentes à arbitragem em fundos criados pelas próprias instituições escolhidas (ou junto ao árbitro *ad hoc*), que faça a ressalva de que “*na hipótese de cláusulas em branco, o depósito será realizado em fundo bancário em instituições financeiras legalmente autorizadas, até que ocorra a escolha do árbitro julgador pelas partes*”.

Em relação ao montante a ser depositado, no mesmo trecho da ressalva anteriormente proposta, em que se falaria da cláusula em branco, seria fixado um percentual, em relação ao valor do possível litígio, ou um para fins de alçada.

Já no que se refere à segunda questão suscitada, qual seja, como se daria a reparação da parte vencedora, se a parte que fizesse uso do referido fundo fosse sucumbente no litígio, como dito, por ser hipossuficiente (tanto que necessitou fazer uso do fundo), ela obviamente não conseguiria ressarcir a parte vencedora da metade inicialmente depositada.

Nesses casos, a dívida inevitavelmente seria acrescida à condenação, e passa a ter a natureza de título executivo, passível de cobrança na esfera judiciária. É certo que há grande chance da parte vencedora esbarrar com a insolvência da sucumbente, e não reaver nem o valor da condenação, nem o de ressarcimento das custas. Contudo, o que se pretende demonstrar é que a sugestão proposta não a deixaria desguarnecida em relação à maneira de cobrar esse dispêndio (a liquidez é financeira uma questão a parte, que engloba não apenas o ressarcimento dos custos, mas também a condenação).

Por fim, outra solução que se apresenta é a possibilidade de criação, pelas próprias câmaras de um fundo destinado a cobrir casos de hipossuficiência superveniente, de maneira similar à gratuidade judiciária prevista pela Lei 1.060/50, e reiterada pelo NCPC 2015.

Referido fundo seria custeado pela própria utilização da câmara, por meio da criação de taxa a ele destinada. Em outras palavras, juntamente com a taxa de administração, por exemplo, exigir-se-ia o depósito de uma taxa em montante inferior, cujo objetivo seria custear os procedimentos nas situações narradas no presente artigo.

Tratar-se-ia da aplicação dos princípios da solidariedade e da fraternidade²⁵ pelas partes solventes em prol daquelas hipossuficientes (que um dia poderiam ser elas próprias).

Estas, portanto, são as propostas de solução no sentido de se abarcar os necessitados que se colocaram à mercê de cláusula arbitral por livre e espontânea vontade e, por motivos supervenientes e alheios à sua vontade, se tornaram hipossuficientes.

V. Conclusão

Do estudo realizado pôde-se verificar que a hipossuficiência não poderá ser entrave para aplicabilidade da Lei de Arbitragem, pois faz jus a parte prejudicada ter seu direito de acesso à justiça devidamente resguardado.

Este exercício de direito poderá se dar de variadas formas, seja pelo aceite de propositura de ação judicial, quando a parte contrária for a

causadora da hipossuficiência da outra, seja pela alteração legislativa ora proposta, de obrigar os optantes do procedimento arbitral a depositar os custos de arbitragem de maneira prévia (quando ainda solventes).

Há ainda a hipótese da criação de fundos pelas câmaras destinados a cobrir situações imprevisíveis de hipossuficiência, medida esta que sequer demandaria inovação legislativa, na medida em que a escolha, pelas partes, de determinada instituição, implica o aceite de seu regulamento e custos (incluindo a taxa que seria destinada ao fundo ora proposto).

Com isto, verifica-se que, embora o tema envolva discussões de alta complexidade, não é impossível a solução do problema, carecendo apenas de atenção legislativa e doutrinária para que seja enfrentado adequadamente.

Notas

1. Helena Bimonti. Gerente jurídica, pós-graduada em Processo Civil, mestranda em Direito Civil e professora assistente (PUC-SP). Colunista do site Empreendedorismo Rosa.
2. Augusto Lewin. Procurador jurídico concursado no Poder Legislativo de Taboão da Serra, atualmente exerce o cargo de confiança de Procurador Geral Municipal. Graduado em 2001 (FMU), pós-graduado em Direito Civil (Mackenzie, extensão em Direito Administrativo pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e mestrando em Filosofia do Direito (PUC-SP). Docente nas FMU, coordenador pedagógico e professor da Escola Legislativa de Taboão da Serra
3. Atualmente, a autotutela é vedada pelo ordenamento jurídico, sendo considerada crime, conforme preleciona o artigo 345 do Código Penal brasileiro: *Artigo 345 – Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único – Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.* Excepcionalmente, a autotutela é admitida, como nos casos do direito penal, em que se aplica a legítima defesa, e do direito civil, em que é admitido o desforço imediato na tutela da posse.
4. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da função à estrutura*. Disponível em: <www.Baptistadasilva.com.br/artigos>. Acesso em 7/10/2016.

5. Artigo 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
 § 1º *É permitida a arbitragem, na forma da lei.*
 § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
 § 3º A conciliação, a mediação 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.
 Artigo 165º – Os tribunais criarão centros judiciários 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.
6. Homero. *Iliada*. Trad. Odorico Mendes. Rio de Janeiro/São Paulo/Porto Alegre: W. M. Jackson. 1950. *Clássicos Jackson*. Vol. XXI.
7. Cahali, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2015, p. 30.
8. Artigo 851º, Código Civil de 2002: É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.
 Artigo 3º, Código de Processo Civil de 2015: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
 § 1º *É permitida a arbitragem, na forma da lei.*
9. Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina. Retrospectiva 2007 por Alnoldo Wald. *Revista Consultor Jurídico*. 28/12/2007. Disponível em: <www.conjur.com.br/2007-dez-28/brasil_lidera_uso_arbitragem_america_latina>. Acesso em 08/10/2016.
10. Sherman, Marcus. *Complex litigation*. St. Paul (Minn.), West Publ., 1992, p. 988.
11. A este respeito, assim dispõe Dinamarco: “(...) a tais vantagens é imperioso acrescer a do menor grau de agressividade ou beligerância esperada das partes na arbitragem, as quais são estritamente vinculadas por um superlativo dever de boa-fé, ou de lealdade processual, de maior intensidade que o dever de lealdade inerente aos processos judiciais”. Dinamarco, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 32.
12. ARISTÓTELES et al. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Edipro, 2007. Tradução de: Edson Bini, p. 106.
13. CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 352.
14. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 205.
15. Supremo Tribunal Federal, SE 5.206/Espanha (AgRg), ministro relator Sepúlveda Pertence em 12 de dezembro de 2001.
16. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988. Tradução de: Ellen Gracie Nothfleet, p. 82/83.
17. TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 340.

18. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387/397.
19. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Tradução Plínio Dentzien, p. 326.
20. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Disponível em: < <https://dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em 21/11/16.
21. Processo. 0239975-91.2010.8.19.0001. TJRJ. 22ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ.
22. O RESP interposto não foi recebido, tendo sido interposto Agravo.
23. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2009, vol. II, p 360.
24. DARWAZEH, Nadia; LELEU Adrien. Disclosure and Securities for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding, in 33 *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2016, p. 126/127.
23. Segundo Bodin de Moraes: “(...) Antes de ser princípio jurídico, a solidariedade é também virtude ético-teológica. Muitos, aliás, a entendem apenas sob esse significado, afirmando que seu sentido principal teria permanecido vinculado às suas origens estoicas e cristãs, principalmente as do catolicismo primitivo, cujos seguidores, por serem “todos filhos do mesmo pai”, deviam considerar-se como irmãos. A noção de fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade – época dos primeiros documentos de declaração de direitos – quando estavam na ordem do dia as ideias assistencialistas, postas em prática por meio da caridade e da filantropia”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: < [http://www.ebah.com.br/content/ABAAABsacAF/pricipio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes](http://www.ebah.com.br/content/ABAAABsacAF/principio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes)>. Acesso em 22/11/16.

Referências

- ARISTÓTELES et al. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Edipro, 2007. Tradução de: Edson Bini.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Tradução Plínio Dentzien.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2015.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988. Tradução de: Ellen Gracie Nothfleet.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da função à estrutura*. Disponível em: <www.Baptistadasilva.com.br/artigos>. Acesso em 7/10/2016.

- DARWAZEH, Nadia; LELEU Adrien. Disclosure and Securities for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding, in 33 Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2016.
- DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: < <https://dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em 21/11/16.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HOMERO. *Iliada*. Trad. Odorico Mendes. Rio de Janeiro/São Paulo/Porto Alegre: W.M.Jackson. 1950. *Clássicos Jackson*. Vol. XXI.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: < <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABsacAF/pricipio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes>>. Acesso em 22/11/16.
- REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina. Retrospectiva 2007 por Alnoldo Wald. 28/12/2007. Disponível em: < www.conjur.com.br/2007-dez-28/brasil_lidera_uso_arbitragem_america_latina>. Acesso em 08/10/2016.
- SHERMAN, Marcus. *Complex litigation*. St. Paul (Minn.), West Publ., 1992.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2009, vol. II.

Os dilemas da bioética e da judicialização da saúde no Brasil

Oriana Piske de Azevêdo Barbosa*

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA)

Caroline Piske de Azevêdo Mohamed**

Mestre em Ciências da Saúde pela Universidade Federal de Brasília (UNB)

Ana Cristina Barreto Bezerra***

Pós-Doutora pela School of Dentistry pela University of Michigan

Dirce Guilhem****

Pós-Doutora em Bioética e Ética na Investigación em Seres Humanos pela Facultad Latinoamérica de Ciencias Sociales (FLACSO-Argentina) em colaboração com o Colégio Albert Einstein de Medicina, EE.UU

Resumo: O escopo deste estudo foi analisar os desafios da bioética e da judicialização da saúde no Brasil e apresentar sugestões para reduzir este fenômeno. Levou-se a cabo uma revisão crítica da literatura mediante livros e artigos médicos e jurídicos. A aliança entre a bioética e os direitos humanos anuncia uma nova forma de humanismo, que reconhece os componentes biológicos e éticos da natureza humana, cuja dignidade deve ser preservada. É preciso garantir a vida e a saúde considerando o direito individual sem detrimento do coletivo. Donde a igualdade e a equidade de um sistema de saúde deve alcançar a todos. Por isso, frente a invocações de

possíveis vulnerações os tribunais tendem a deferir a tutela de maneira urgente. Estamos presenciando o incremento avassalador dos litígios que envolvem questões de saúde – a chamada judicialização da saúde – uma “enfermidade” do setor sanitário. O tratamento para essa “enfermidade” requer, entre outras propostas, que os juízes sejam assessorados por um corpo de peritos, proporcionando acesso aos conhecimentos da ciência e dos consensos internacionais, que permitam resolver as questões de forma mais justa possível.

Introdução

O SURGIMENTO DA BIOÉTICA pode ser explicado por fatores históricos, científicos e sociais. Nos últimos 50 anos, o progresso espetacular da medicina abriu possibilidades, até então, imprevisas para a investigação científica e trouxe melhoras irrefutáveis na saúde da população mundial e passou a apresentar dilemas inesperados em termos éticos, morais e legais (1).

A cada avanço da biologia e das ciências da saúde, como transplantes de órgãos, as técnicas de reprodução assistida enfrentam obstáculos sociais e psicológicos, além de levantar questões religiosas, éticas e jurídicas. O mesmo ocorreu na investigação sobre embriões humanos, um tema muito sensível, pois se trata das origens da vida e envolve conceitos morais, assim como interesses científicos e financeiros (1).

Nesse passo, se verifica que a genética capacitou a humanidade para intervir em sua própria natureza biológica – uma perspectiva inquietante. Essas descobertas não se encontram isoladas ou limitadas. Estamos presenciando uma genuína revolução biológica. De outra parte, nos encontramos com uma quantidade extraordinária de atores com uma gama enorme de interesses, potencialmente geradores de conflitos que buscam resolvê-los através da justiça, sendo que sua escalada leva à chamada judicialização da saúde – uma “enfermidade” do sistema sanitário.

O direito à saúde é inquestionável e devemos fazer todo o necessário para preservá-lo. Por isso, em defesa de um sistema de saúde solidário e sustentável objetivamos questionar, neste artigo, certas práticas médicas, de gestão sanitária, de políticas públicas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, que o colocam em risco, e apresentamos algumas sugestões para a redução da judicialização da saúde no Brasil.

Metodologia

Este trabalho é uma revisão crítica bibliográfica. Foram utilizados livros e artigos jurídicos e médicos. Dessa investigação surgiram dois eixos temáticos: os dilemas da bioética e da judicialização da saúde no Brasil. Construímos uma síntese pessoal a partir das abordagens teóricas (dogmáticas) e sociológicas (pesquisa sobre decisões judiciais em matéria de assistência farmacêutica), com o propósito de delinear o papel do juiz brasileiro na concretização do direito à saúde e o fortalecimento da cultura de direitos humanos.

A bioética e seus desafios

Em apenas algumas décadas, os cientistas decodificaram a base química do código genético e lançaram as bases para a biologia molecular e a engenharia genética. Atualmente, a humanidade é capaz de alterar a informação genética para fins práticos e, inclusive, intervir em sua própria natureza biológica, como espécie – certamente o aspecto mais perturbador em termos de bioética.

A bioética deve reconhecer os benefícios dos avanços científicos, enquanto se mantém constantemente alerta para os riscos e perigos que eles apresentam. Embora possa levar a novas e promissoras formas de erradicar enfermidades que há muito tempo afetam o homem, esse progresso também levanta temores que se justificam sobre os efeitos indesejáveis e o uso indevido, como a manipulação genética e suas aplicações, a volta das doutrinas eugenéticas (que agora possuem uma gama

de ferramentas sofisticadas a sua disposição) ou experiências com genes em populações vulneráveis (1).

Na atualidade, a comunidade científica demonstra perplexidade e rejeição contra a manipulação de células germinais, que foi realizada pela equipe dos pesquisadores Liang, P. *et al.*, do laboratório de Junjiu Huang, na China, apesar da moratória para as tentativas de edição genética de embriões humanos, pela Sociedade Internacional de Pesquisa de Células-Mãe (ISSCR) (2). A publicação dos resultados dessa experi-

O surgimento da bioética coincidiu com o clamor generalizado levantado pelos horrores da segunda guerra mundial

ência, na revista *Protein & Cell*, no dia 18 de abril de 2015, iniciou um debate ético entre os cientistas de todo o mundo (3). Os defensores da modificação genética argumentam que o método poderia levar a eliminação de enfermidades como a beta talassemia, a síndrome de down, a doença de parkinson e outras, mesmo antes que nasça a pessoa (3). Os críticos comentam que destruir uma enfermidade antes de que a vida possa se desenvolver poderá trazer

inesperadas consequências genéticas, que poderão ser inclusive piores que o presente. Destacam, também, que a técnica carece de segurança e é questionável do ponto de vista ético (4-5).

Vale recordar que o surgimento da bioética coincidiu com o clamor generalizado levantado pelos horrores da segunda guerra mundial, reação que culminou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. O objetivo primordial da bioética se baseia no princípio humanista de afirmar a primazia do ser humano e defender a dignidade e a liberdade inerentes ao mero fato de pertencer à espécie, diante de um contexto mutante e em constante evolução das ciências da vida (1).

A bioética é baluarte tanto em termos de metas quanto em sua natureza multidisciplinar e interdisciplinar. A fim de prover soluções adequadas aos novos desafios científicos, para o que a ética tradicional foi revelado insuficiente, se busca encontrar formas de que as ciências naturais e sociais se comuniquem entre si, cada qual com suas metodologias e pontos de vista específicos, e unir diferentes campos de conheci-

mento, desde a medicina, a filosofia e a biologia até chegar a sociologia, a antropologia e ao direito (1).

A bioética deflagrou uma consciência global que está auxiliando a transformar os ideais de justiça mundial na realidade, através das iniciativas dos comitês de ética nacionais e dos comitês de bioética hospitalares, ademais do ensino e da investigação. Também se deve notar que, quase sem exceção, as escolas médicas passaram a incluir a disciplina em seus programas de ensino, demonstrando seu papel essencial na prática médica (6). Com efeito, os códigos, as normas e os protocolos relativos à bioética foram adotados em diversos lugares, e a Unesco os considerou essenciais para criar um foro de reflexões e debates – o Comitê Internacional de Bioética (7).

Dilemas dos sistemas de saúde e as vias da judicialização

A experiência internacional nos mostra que existem dois grandes modelos de sistemas de saúde: os sistemas públicos universais – Suécia, Dinamarca, Reino Unido, Canadá e outros países – nos quais a saúde é, na realidade, um direito dos cidadãos, e os sistemas segmentados em que uma parte significativa dos serviços se vende por seguros privados de saúde – Estados Unidos, Brasil, Argentina e outros (8).

É notório que os sistemas públicos universais, geralmente, prestam serviços mais efetivos, mais eficientes e mais equitativos. Nos países desenvolvidos, com exceção dos Estados Unidos, os sistemas de saúde são verdadeiramente universais. Lá não existem seguros privados competindo com os serviços que oferta o Estado (8).

Quando isso ocorre, como no Brasil, o sistema de saúde tende a estar insuficientemente financiado porque os pobres, a grande maioria dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), tem baixa capacidade de articular seus interesses e de vocalizá-los nos grandes foros de decisão política. Por outro lado, é necessário ter claro que todos os sistemas públicos de saúde do mundo, inclusive os dos países desenvolvidos, apresentam filas para algum atendimento ao público em que há desequilíbrio entre a oferta e a demanda (8).

Podemos afirmar que em matéria de saúde existem conflitos difíceis de serem resolvidos tendo em vista a quantidade de atores que intervêm, muito deles com interesses diferentes e, em alguns casos, contrapostos. A medicina se tornou muito complexa, pelo que as possibilidades de cometer erros são cada vez maiores. Por outra parte, com desenvolvimento tecnológico é possível viver mais anos e com uma boa qualidade de vida, mas têm aumentado os custos dos serviços na saúde. Somamos a esses fatores a existência de pacientes mais informados pelo auge dos meios de comunicação e informação, além do surgimento dos “grupos de pacientes” e os conflitos de interesses entre os profissionais da saúde e organizações; e a variedade da prática médica, as novas tendências do direito de danos de considerar o «paciente» como um “consumidor” e o reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental; tudo isso, também, tem contribuído na maior ou menor medida na judicialização no âmbito sanitário (9).

A medicina trabalha conforme as evidências científicas e os consensos para que os avanços da ciência e da tecnologia cheguem a maior quantidade de pessoas. Seus altíssimos custos obrigam a um uso adequado e estratégico dos recursos para poder financiá-la. Fator importante é a tendência moderna de incorporar a teoria dos direitos do consumidor ao direito à saúde. É uma tendência que vem da mão do neoliberalismo que teve seu máximo alcance na América Latina na década de 90 (9). O consumidor, muito bem informado, exige e escolhe, é ele o protagonista na relação de consumo. A incorporação desta teoria obedece à necessidade de lhe ofertar maior proteção jurídica ao paciente por considerá-lo o elo mais frágil da corrente. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), um de cada 300 pacientes sofre efeitos adversos, patologias e mortes, produto do sistema de saúde, seus atendimentos e prestações, então se pergunta: Como não judicializar? Como evitar os pleitos? (10)

É preciso garantir a saúde considerando o direito individual mas sem que se atropela o coletivo. Donde a igualdade e a equidade de um sistema de saúde que seja abarcativo para todos. A vida, a liberdade e a saúde são bens que necessitam tutela imediata. Por isso, frente a invocações de possíveis vulnerações os tribunais tendem a ofertar proteção

de maneira urgente. Estamos vendo, na atualidade, um aumento exponencial dos litígios que envolvem questões de saúde.

A judicialização passou a ser o primeiro desafio que hoje devem suportar os sistemas de saúde. Os conflitos sanitários originários dos eventos adversos, erros médicos ou falta de prestações por parte dos financiadores, terminam sendo resolvidos pelos juízes quando na realidade deveriam ser resolvidos dentro do âmbito sanitário (11).

O avanço tecnológico e científico originou situações novas que contribuirão para o aumento das reclamações por parte da comunidade: os diagnósticos genéticos, as fertilizações *in vitro*, o tratamento com células-tronco, os novos tratamentos para combater a obesidade como a cirurgia bariátrica e a incorporação do suporte vital.

Outro dos desafios se constitui no envelhecimento da população e as novas enfermidades crônicas. Na atualidade é possível viver mais anos, com enfermidades que até não faz muito tempo eram mortais, e com boa qualidade de vida. Tudo isso, graças a outro recurso: as novas tecnologias. Os novos medicamentos e tratamentos alargaram a vida e melhoraram sua qualidade, mas a um custo muito elevado. O desafio é torná-los acessíveis a toda a população e ao menor custo possível.

Quando nos referimos ao tema das vias da judicialização podemos fazer alusão às três formas:

a. Ações judiciais: casos como de medicamentos e prestações de serviços de saúde de alto custo.

b. Reclamações por responsabilidade profissional médica: casos de erros médicos por negligência, imperícia, má-conduta etc.

c. Conflitos éticos que terminam se resolvendo, na justiça: casos como o aborto não punível, que apesar de contar com normas claras ao respeito, o temor a possíveis reclamações provoca que se judicializem.

O uso do mandado judicial também remete a uma discussão mais abrangente da origem das ações e da diversidade de interesses em jogo,

A judicialização
passou a ser
o primeiro
desafio que
hoje devem
suportar os
sistemas de
saúde

que, na grande maioria das vezes, sobrepõem a situação individual que ali se apresenta. Assim, a justiça foi a via preferencial utilizada por o movimento dos portadores do vírus HIV/AIDS no Brasil, na década de oitenta, havendo sido um canal importante para a garantia de medicamentos e exames para o tratamento e controle da enfermidade nos programas conduzidos nacionalmente pelo Poder Executivo. Entretanto, temos que considerar o *marketing* e as pressões da indústria farmacêutica sobre os médicos, as ONGs, as instituições e as pessoas portadoras de HIV/Aids para a incorporação de novos medicamentos e exames, na origem de muitos desses processos, independentemente das questões relacionadas ao uso racional de procedimentos médicos e dos possíveis danos associados a indicação inapropriada e ao mal uso. Essa mesma situação se aplica nos mandados da atualidade em outras condições como neoplasias e enfermidades raras com tratamentos experimentais ou de alto custo (12).

O fato é que, em um contexto de restrições e de baixa capacidade do Estado brasileiro em responder aos problemas de saúde, teve destaque a ação do Poder Judiciário e do Ministério Público. Assim, as ações judiciais se movem muitas vezes contra os gestores estaduais e municipais, dos serviços públicos de saúde, particularmente nas áreas em que a política nacional expressa maiores lacunas e contradições. Exemplo disso são as exigências de compra de determinados medicamentos em situações duvidosas ou contraditórias com as políticas em vigor, como para pessoas atendidas no setor privado; quando não existe segurança sobre a eficácia da droga; ou, no caso de medicamentos essenciais, na falta na rede básica de serviços, eventualmente disponíveis como genéricos em farmácias comuns ou nas conveniadas ao Programa Farmácia Popular (12).

A própria atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público na Brasil acaba por levar a questionamentos de outra natureza. Que critérios se tem utilizado por essas instituições nas suas orientações? O que se percebe é que a ação do Poder Judiciário e do Ministério Público está fragmentada entre diversas autoridades; frente à carência de parâmetros objetivos do Poder Executivo e, inclusive, da lei, muitas vezes se definem critérios próprios para decidir e julgar. Se revelam, desta for-

ma, a fragilidade e as deficiências na relação entre os poderes do Estado no que se refere à concretização do direito à saúde (12).

De fato, existem duas correntes de pensamento: uma que vê na “judicialização” um importante passo rumo ao aperfeiçoamento do exercício da cidadania, ou seja, de forma positiva; e outra que sustenta o oposto. As consequências negativas da judicialização, em relação às ações judiciais, gera iniquidade e ameaça contra a saúde do paciente, já que muitas vezes se solicitam por esta via de tratamentos sem suficiente evidência científica quanto a sua segurança e eficácia (13).

Nesse quadrante é fundamental desenvolver a gestão de riscos na saúde. Com efeito, o programa de gestão de riscos busca a abordagem antecipada de cada incidente ou evento adverso.(13) Hoje se considera que os fatores de risco não estão referidos exclusivamente ao ato médico, pelo que a análise dos erros na saúde devem se focar mais em fatores organizacionais. A própria Organização Mundial da Saúde aconselha uma abordagem sistêmica. (10).

A mediação, a negociação e a busca de metas compartilhadas se tem convertido em ferramentas imprescindíveis, que requerem pessoal bem treinado e apto para a implementação de unidades, dentro de cada estabelecimento, capacitadas na resolução dos conflitos na saúde.

Judicialização da saúde no Brasil

O direito a saúde está garantido pela Constituição Federal de 1988. O art. 6º descreve a saúde expressamente como um direito social e o art. 196 da carta magna, por sua vez, estabelece que este direito se garantirá mediante a elaboração de políticas sociais e econômicas por parte do Estado (14). As políticas públicas, a sua vez, se destinam a racionalizar a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades da saúde da população, de forma a promover a tão aclamada justiça distributiva.

Como o poder judicial atua sob a perspectiva da justiça comutativa ou, como denomina Amaral (2001), sob o âmbito da microjustiça do caso concreto, o desafio de incorporar as políticas públicas de saúde

nas suas decisões se revela indispensável para o avanço da jurisprudência, no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde, emanadas dos poderes Legislativo e Executivo (15).

Estudos empreendidos por Messeder *et al.* (2005), Marques e Dallari (2007) Vieira e Zucchi (2007) apontam para um grande e exponencial número de ações judiciais individuais que demandam essas prestações do Estado (16-18). Campilongo (2002), baseado na teoria do sistema elaborada pelo filósofo alemão Niklas Luhmann, sustenta que ocorre a “judicialização” da política quando o poder judicial, órgão central do sistema jurídico, passa a atuar além dos limites estruturais deste sistema, operando com ferramentas próprias do sistema político, sem ter capacidade para tanto, e exercendo assim a função que só o sistema político pode exercer na sociedade, qual seja: a tomada de decisões coletivamente vinculantes. O seja, é a superposição das decisões judiciais ao marco normativo elaborado pelo sistema político (19).

Os estudos empreendidos até o momento no Brasil por Messeder *et al.* (2005), Marques e Dallari (2007), Vieira e Zucchi (2007), que analisam as decisões judiciais em matéria de assistência farmacêutica contra o Estado, publicados nas principais revistas nacionais de saúde pública, versam sobre investigações regionais, que não permitem generalizações e afirmações em nível nacional (16-18). Tampouco temos dados precisos sobre a representação da população nestes processos, principalmente no que toca ao apoio de associações, fato que se vem imputando como uma possível manipulação da demanda, frente ao financiamento de algumas dessas associações por indústrias farmacêuticas interessadas na comercialização deste ou de aquele fármaco (12).

Vieira e Zucchi (2007) demonstram que entre as ações analisadas contra o Município de São Paulo, 2% versam sobre medicamentos constantes nos serviços ofertados pelo SUS – Sistema Único de Saúde (18). Marques e Dallari (2007) indicam que entre os processos investigados, 9,6% tratavam de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (17). Tampouco temos informações cien-

tíficas oriundas desses processos, capazes de promover um sério debate sobre a eficácia terapêutica dos medicamentos não padronizados concedidos pelo poder judicial, ou seja, sim estes possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelos serviços públicos. Entre os processos analisados, em 2005 e 2007, no Estado de Rio de Janeiro, a maioria provinha de serviços do SUS (16,18).

O impacto financeiro dessas ações frente à política pública de saúde também merece dados precisos e nacionais, assim como informações sobre outros bens e serviços de saúde demandados em juízo, como leitos de unidades de tratamento intensivo (UTIs), órteses, próteses, entre outros (18). Deve-se questionar também o verdadeiro impacto do total do financiamento da saúde e das ações planejadas e executadas em matéria de assistência farmacêutica e terapêutica.

Assim, se pode evidenciar, com base em dados significativos, os benefícios e prejuízos da atuação judicial na garantia do direito à saúde e sua relação com a política de saúde estabelecida. E garantir o direito à saúde de forma efetivamente integral e universal, com a equidade necessária e com o devido equilíbrio entre os sistemas jurídico e político do Estado, assim como com a necessária participação da sociedade neste debate (11). O fundamental é a conjugação das necessidades individuais postas nos processos e das necessidades coletivas, formalizadas mediante políticas públicas e indispensáveis à garantia do direito à saúde como direito social.

Atento ao problema da judicialização da saúde, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu, em 2010, o Foro Nacional do Judiciário para a Saúde. Como providência inicial criou-se um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em junho de 2012, o foro foi reestruturado, com uma nova composição do comitê executivo, agora formado por julgadores, representantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e, mais recentemente, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

O fundamental
é a conjugação
das necessidades
individuais postas
nos processos
e das
necessidades
coletivas

Desde então, foram definidas muitas providências pelo CNJ: investigação diagnóstica da judicialização; incorporação, na lista de cobertura da ANS, das decisões sumuladas ou de repercussão geral, para que os contratos das operadoras de planos de saúde não contemplem cláusulas nulas de pleno direito, evitando-se demandas judiciais futuras e abastecimento aos julgadores de informações científicas de credibilidade na área de tecnologia da saúde, por meio da incorporação, no *sítio* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), das notas técnicas da Comissão

O CNJ apresentou sugestões ao Ministério da Saúde brasileiro para a limitação da prática de sobrejornada e da terceirização nos serviços de saúde

Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec). Disponíveis, também, no *sítio* do CNJ, se encontram os nomes dos conciliadores representantes das operadoras de planos de saúde, para estimular a conciliação.

O CNJ estabeleceu propostas de homologação e encaminhamento para sua execução judicial imediata dos acordos firmados no âmbito dos Procons e não cumpridos, além da obrigatoriedade de abastecimento pelas operadoras da razão da negação da prestação, na linguagem acessível. Foram elaborados memoriais sobre as competências no sistema de saúde e a estruturação e atividades dos comitês estaduais do Foro de Saúde brasileiro. Ocorreram reuniões com representantes de todos os comitês estaduais, com representantes das operadoras de planos de saúde, com dirigentes da Anvisa e representantes dos Procons. O CNJ apresentou sugestões ao Ministério da Saúde brasileiro para a limitação da prática de sobrejornada e da terceirização nos serviços de saúde. Ademais dos projetos para o combate do encarecimento artificial dos serviços de saúde e de curso de direito sanitário, para qualificação dos julgadores.

Com efeito, verifica-se que a desarticulação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no Brasil, revela a premência do aperfeiçoamento dos mecanismos de “pesos e contrapesos” na saúde e dos canais de diálogo entre as instituições públicas que operam na garantia dos princípios do sistema público de saúde e, também,

do sistema privado. A despeito de ter havido avanços, permanece como grande desafio do Estado brasileiro, entendido de forma ampla, garantir a democracia e exercer o papel mediador de interesses e demandas, estabelecendo prioridades e atuando de forma equilibrada, dirigindo ao bem-estar coletivo e não simplesmente atendendo aos interesses de grupos específicos, mas para isso necessita vencer inúmeros dilemas (12).

Sugestões

Apresentaremos, a seguir, algumas sugestões para reduzir a judicialização da saúde no Brasil:

1. Trabalhar desde a prevenção, tanto dos erros médicos que podem levar a juízos de *mala praxis*, como nos conflitos que conduzem à judicialização por outras diferentes causas (falta de prestação, atenção com os prestadores desconhecidos ao financiador);

2. A implementação dos programas de gestão de riscos médico-legais como as unidades de gestão de conflitos que propiciem a possibilidade de trabalhar com programas de qualidade já que tendem a buscar a segurança do paciente;

3. É preciso que os gestores públicos avancem com relação à elaboração e implementação das políticas de saúde no Brasil;

4. A organização administrativa da prestação dos serviços de saúde, que, muitas vezes, deixam os cidadãos sem a correta assistência médica e farmacêutica;

5. Ampliar um canal administrativo capaz de ouvir e processar as diferentes demandas da sociedade neste campo;

6. É preciso que o Poder Judicial avance com relação à incorporação da dimensão política que compõe o direito à saúde;

7. O Poder Judicial deve buscar a especialização com a criação de varas especializadas na saúde e regulação, pretendendo, sobre todo, a formação de parâmetros objetivos de decisões judiciais atentas às especificidades do setor, num conceito multidisciplinar;

8. Criação de câmaras técnicas e realização de audiências públicas;

9. Uma maior regulação que possa promover a integração entre o sistema público e o privado deve ir mais além da questão do ressarcimento;

10. Deve avançar na estruturação de redes de saúde, com autonomia e governança própria, donde se possam integrar aqueles que possuem ou não cobertura de saúde suplementar;

11. A inovação, a busca pela racionalidade e pela complementariedade.

Considerações finais

O direito à saúde é um direito fundamental do cidadão e um dever do Estado brasileiro; embora esteja garantido de forma integral e universal pela Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 196), não está garantido plenamente na prática (14). O Sistema Único de Saúde (SUS), apesar de configurar uma política consistente e sólida, com inegáveis avanços, não consegue ofertar cuidados integrais e universais de saúde a todos os cidadãos brasileiros. E a sociedade civil, por meio da atuação combativa de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública, busca subsídios para pleitear este direito através do Poder Judiciário. A inserção destes atores na reivindicação da saúde como um direito está contribuindo, notoriamente, ao que se convencionou chamar de “judicialização da saúde” no Brasil, com todos seus aspectos positivos e negativos.

A atuação judicial ganha espaço quando não existem políticas públicas eficientes e eficazes ou quando elas são insuficientes para atender minimamente, tanto na área da saúde pública como na área da saúde complementar (seguros de saúde privados). O direito à saúde não se pode entender como o direito de estar sempre saudável, senão como o direito a um sistema de proteção à saúde que dê oportunidades iguais para que as pessoas alcancem os níveis mais altos de saúde possíveis.

A atuação do poder judicial revela o controle judicial de eventuais violações tanto por parte do Estado na atenção à saúde e, inclusive,

a participação nas políticas públicas, especificamente dos seguros de saúdes privados, no controle judicial de abusos de cláusulas contratuais leoninas. Por outro lado, o excesso de ordens judiciais pode desestabilizar a universalidade da saúde, um dos fundamentos do sistema de saúde pública, como não tornar viável o sistema de saúde complementar no Brasil.

A solução para o conflito de interesses envolvendo o direito individual à saúde e o direito coletivo de viabilidade do sistema de saúde demanda, dentre outros aspectos, a especialização da magistratura na área de saúde, numa concepção multidisciplinar, em que o magistrado possa subsidiar-se de toda uma estrutura técnica, conjugando esforços com o auxílio de peritos especialistas em medicina, em cálculos atuariais, com o escopo de garantir maior segurança jurídica a suas decisões.

Consideramos que somente com uma maior eficiência na formulação de políticas públicas, com proposição de critérios e parâmetros de monitoramento, baseados em evidências científicas, se fará efetiva a garantia do uso e acesso racional das tecnologias e aos medicamentos, sem necessidade da intervenção do Judiciário brasileiro, evitando-se, igualmente, que o acesso aos serviços de saúde se transforme em um fator a mais de iniquidade. Neste sentido, vale recordar a imperiosa necessidade do aumento de um número maior de associações no sentido do desenvolvimento das relações de cooperação técnica internacional, na área de engenharia genética e biotecnologia.

Com efeito, o direito à saúde no Brasil está em construção permanente e provavelmente passará, com a importante contribuição do planejamento e da gestão sistêmicos, de um período de intervenção judicial desmedida para um período de intervenção judicial com mais

O direito à
saúde no Brasil
está em
construção
permanente e
provavelmente
passará de um
período de
intervenção
judicial
desmedida para
um período de
intervenção judicial
com mais critério

critério, assim como por um período de maior efetividade por parte do poder público, fatores que, por certo, contribuirão para reduzir as demandas judiciais e reafirmar as políticas públicas existentes.

Notas

- * Oriana Piske de Azevêdo Barbosa. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* (UMSA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especializações em: Teoria da Constituição; Direito do Trabalho; e Direito Civil-Constitucional pelo UNICEUB (Centro Universitário de Brasília). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).
- ** Caroline Piske de Azevêdo Mohamed. Mestre em Ciências da Saúde pela Universidade Federal de Brasília (UNB). Especialização em: Odontologia da Saúde Pública pela Universidade Federal de Brasília (UNB). Professora de Odontologia de Saúde Coletiva I, do UDF (Centro Universitário do Distrito Federal).
- *** Ana Cristina Barreto Bezerra. Pós-Doutora pela *School of Dentistry* pela *University of Michigan*. Pós-doutora pela Faculdade de Odontologia da USP. Pós-Doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Odontologia (Odontopediatria) pela Faculdade de Bauru/USP. Professora de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências da Saúde – UnB (Universidade de Brasília). Professora de Odontopediatria do Curso de Odontologia do UNIEURO (Centro Universitário Euroamericano).
- **** Dirce Guilhem. Pós-Doutora em Bioética e Ética na Investigação em Seres Humanos pela *Facultad Latinoamérica de Ciencias Sociales* (FLACSO-Argentina) em colaboração com o Colégio Albert Einstein de Medicina, EE.UU. e Pós-Doutora em Bioética pela *Universidad Complutense* em Madri. Professora e investigadora pela UnB, Coordenadora do Laboratório de Bioética e Ética da Investigação. Diretora dos Programas de Pós-graduação em Enfermagem e Ciências da Saúde da UNB.

Referências

1. LUGARINHO, Liliana Maria Planel. *Bioética na incorporação de procedimentos, um olhar exploratório na saúde suplementar*. 2004. 95 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro.

2. OLIVEIRA, Isabela de. Repúdio à manipulação de embriões humanos. *Jornal Correio Braziliense*. Ciência. 24.04. 2015, p. 17.
3. “CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes” came from the lab of Junjiu Huang and is Liang, P. et al. *Protein Cell* DOI 10.1007/s13238-015-0153-5 Published on-line 18 abril 2015. Liang, P. et al. *Protein Cell* <http://dx.doi.org/10.1007/s13238-015-0153-5> (2015).
4. NATURE. 2015 Mar 26;519(7544):410-1. doi: 10.1038/519410a. Don't edit the human germ line. Lanphier E, Urnov F, Haecker SE, Werner M, Smolenski J.
5. SCIENCE. 2015 Apr 3;348(6230):36-8. doi: 10.1126/science.aab1028. Epub 2015 Mar 19.
Biotechnology. A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification.
Baltimore D¹, Berg P², Botchan M³, Carroll D⁴, Charo RA⁵, Church G⁶, Corn JE⁷, Daley GQ⁸, Doudna JA⁹, Fenner M⁷, Greely HT¹⁰, Jinek M¹¹, Martin GS¹², Penhoet E¹³, Puck J¹⁴, Sternberg SH¹⁵, Weissman JS¹⁶, Yamamoto KR¹⁷.
6. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Mejorar el desempeño de los Sistemas de salud*. Informe sobre la salud en el mundo 2000, Ginebra, 2000.
7. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2013*. Ginebra: OMS, 2013. Disponible en <<http://apps.who.int/nha/database/DataExplorer.aspx?ws=1&d=1>>. Acceso el 26.07.2013.
8. NORONHA, J. C; LIMA, L. D; MACHADO, C. V. A Gestão do Sistema Único de Saúde: características e Tendências. In: Saúde no Brasil: contribuições para a agenda de prioridades de pesquisa. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 45-94.
9. CORTESI, M. Cristina. *La judicialización en el ámbito sanitario y sus impactos en los financiadores*. Publicado en 23.12.2013. Disponible en: <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.br/2013/12/la-judicializacion-en-ambito_24.html>. Acceso el 06.05.2014.
10. OMS. *Financiamiento de los sistemas de salud*. El camino hacia la cobertura universal Informe sobre la Salud en el Mundo 2010, Ginebra, 2010.
11. MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 2, jul./out., 2008.
12. BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo. *De la posibilidad de compatibilizar la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas con el principio de la seguridad jurídica en caso de contrato de seguro médico* [manuscrito] / Oriana Piske de Azevêdo Barbosa. – 2014. 541 f. + 1 CD-ROM (4 3/4 pol.) [001029293]
13. CORTESI, M. Cristina. *La judicialización: ¿única vía para resolver los conflictos en salud?* Publicado en 03.12.12. Disponible en: <<http://www.mariacristinacortesi.blogspot.com.br/2012/12/la-judicializacion-unica-alternativa.html>>. Acceso el: 06.05.2014.
14. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

15. AMARAL, Gustavo. *Direitos, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
16. MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUÍZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.
17. MARQUES, S. B; DALLARI, S. G. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.
18. VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública* [online], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. [cited 2008-06-19].
19. CAMPILONGO C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Uma releitura do direito das coisas a partir do princípio da dignidade da pessoa humana: a concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de inclusão social

Camila Bottaro Sales¹

Especialista em direito de família e sucessões e mestre em direito privado pela PUC/MG

Resumo: A Constituição da República de 1988 foi um marco paradigmático no mundo jurídico, sobretudo no campo civilista. A análise do direito civil a partir do texto constitucional – a constitucionalização do direito civil – permitiu compreendermos os institutos juscivilistas com base nos princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade e função social. Este fenômeno modificou, sobremaneira, a estrutura da disciplina direito das coisas. Realizar uma análise constitucional deste ramo do direito civil é tarefa árdua porém necessária, uma vez que tais princípios permitem modificar a forma de interpretação do novo “direito de propriedade”, ou seja, a propriedade só é direito fundamental se cumprir função social. Nesta seara, o novo direito real de concessão de uso especial propicia moradia à população de baixa renda como instrumento de efetiva inclusão social e garantia da democracia na República Federativa do Brasil.

SE A RELAÇÃO ENTRE INDIVÍDUO E PROPRIEDADE, ao longo de milhares de anos, sempre foi um dos temas mais instigantes para os operadores de direito, muito mais o é na pós-modernidade. A complexidade do instituto propriedade nos mostra que sua evolução histórica alterou as bases sob as quais se funda o atual direito das coisas, ou seja, a propriedade estudada no direito romano passou por transformações tão significativas que hoje não podemos mais contemplar o estudo da propriedade (direito real mais amplo) desatrelado da sua funcionalidade.

A relação do ser humano com a propriedade trilhou uma trajetória na história que constantemente se modificou e ainda se modifica para

A complexidade do instituto propriedade nos mostra que sua evolução histórica alterou as bases sob as quais se funda o atual direito das coisas

atender a determinados interesses, sejam eles de natureza particular, sejam de ordem pública.

Há três pressupostos que norteiam a compreensão do presente artigo. Primeiro, o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa e de reavê-la do poder de quem injustamente a possui. Segundo, a propriedade é limitada. Desde os tempos mais antigos, a propriedade sempre foi limitada. Falar em direito de propriedade significa lembrar em todo o tempo que suas limitações condicionam o uso da coisa pelo ser humano.

O terceiro pressuposto que estabelece as bases deste artigo se destaca na Constituição da República de 1988 (CR/88), que exaltou um paradigma: a propriedade obriga. Valores existenciais tornaram-se normas na carta maior, que consagrou princípios e elevou a propriedade a direito fundamental, desde que cumprida sua função social. O estudo do direito de propriedade e suas limitações passou a ser condicionado a princípios como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da função social. O grande desafio, hoje, é a conciliação dos interesses individuais do proprietário com os interesses sociais.

Com base nos três pressupostos identificados, o presente artigo tem como objetivo analisar a interpretação atual da disciplina “direito das coisas”, a partir do direito real mais amplo – direito de propriedade –,

com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual traduz a ideia de que propriedade só será direito fundamental se perder seu caráter egoístico, como se interpretava nos moldes do Código Civil de 1916, e atuar em favor das necessidades sociais.

Como ponto norteador da função social da propriedade utilizaremos a concretização do direito social à moradia a partir do novo direito real de concessão de uso especial para fins de moradia inserido no texto civil com a promulgação da Lei 11.481, de 2007.

1. Da patrimonialização à humanização do direito das coisas

A partir da análise jurídico-histórica do direito de propriedade podemos afirmar que a propriedade sempre foi revestida de caráter absoluto e intangível. Trata-se de um instituto presente em todas as civilizações, desde as mais antigas até as contemporâneas. De uma forma ou de outra, possuiu características distintas, ora notadamente religiosa, ora econômica, ora social ou, ainda, jurídica. Dependendo da época, esses traços tornavam-se mais marcantes na medida exigida pelas sociedades.

Falar em direito de propriedade significa falar sobre suas restrições em cada momento histórico. Desde a antiguidade as sociedades greco-romanas já analisavam a propriedade a partir de suas limitações. Eram limitações de caráter privado relacionadas ao direito de vizinhança, pois, “já em Roma, a lei fixava em dois pés e meio a largura do espaço mínimo para separar duas casas, e este espaço era consagrado ao deus da cerca” (COULANGES, 2002, p. 68).

O culto fúnebre ocorrido no interior das casas garantia a perpetuidade da família, que deveria adorar seus antepassados para que os descendentes não fossem lançados aos deuses infernais. Na sociedade romana, posteriormente, essa concepção foi sendo modificada e traduzida muito mais em termos de relação de poder. Firmaram-se prerrogativas exclusivistas ao seu titular, ou seja, garantia-se o pleno poder de uso e gozo sobre a coisa de forma praticamente absoluta, comportando pequenas restrições de caráter privado.

No Estado monárquico havia uma “preocupação” do rei em proteger o direito de propriedade, pois da exploração do solo decorria a base econômica potencial do poder estatal.

Os regimes liberais, que se instauraram com a Revolução Francesa, caracterizaram-se pelo forte individualismo e consequente intervenção mínima do Estado na esfera privada. Na medida em que a propriedade ganhou contornos econômicos, sobretudo nas sociedades liberais, caracterizadas, entre outros, pelo individualismo exacerbado, a relação entre indivíduo e objeto permaneceu irrestrita, a fim de trazer segurança ao seu titular e garantir que sua fonte de riqueza permanecesse intocável. Essa ideia foi traduzida nos textos civilistas que conceituaram o termo propriedade pelos poderes proprietários, a partir da concepção romana de *jus disponendi*, *jus utendi* e *jus fruendi*.

Assim, o artigo 524 do Código Civil de 1916 determinava que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Em outras palavras, o Estado liberal deixou a sua marca no que diz respeito ao direito de propriedade. O proprietário, como dito, detinha um poder quase que absoluto e irrestrito sobre seu bem. Poucas limitações ao direito de propriedade foram trabalhadas naquela época. Porém, as conturbações sociais e econômicas vividas nos séculos 19 e 20 se refletiram no direito de propriedade. Quebraram-se os antigos modelos, típicos das sociedades liberais, que são reconstruídos sob novos pilares calcados em valores humanistas, sociais, éticos que personificam o estudo do direito de propriedade e o voltam para sua funcionalidade. A propriedade, então, tornou-se mais dinâmica e reverteu-se das demais restrições, as quais deixaram de absorver somente os aspectos pessoais para almejar o bem comum, na medida em que os interesses coletivos foram sendo tutelados pelas legislações nacionais e estrangeiras.

A função social da propriedade, que até então era atrelada a desapropriação para fins de reforma agrária, permite uma análise extensiva ao direito à moradia ou ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Pode-se dizer que a passagem para o estado democrático de direito foi marcada essencialmente pela humanização do direito. O estado democrático de direito, também denominado de estado pós-moderno, é

caracterizado entre outros fatores por uma sociedade “pluralista, complexa, marcada pela revolução técnica, pela mundialização da economia e pela massificação dos meios de comunicação” (AMARAL, 2003, p. 63). Tudo isso gerou o que alguns autores chamaram de crise dos institutos privatistas: contrato, família e propriedade. Isso porque a legislação com espírito codificador já não era mais suficiente para regular os anseios da sociedade pós-moderna.

Assim, quebram-se os velhos modelos típicos das sociedades liberais e criam-se novos paradigmas com enfoque diferenciado em relação aos institutos do direito civil, cujo objetivo é tutelar a dignidade da pessoa humana consagrada na Constituição da República de 1988, que a coloca como ponto central de todo o ordenamento jurídico.

A superação dos paradigmas da modernidade foi marcada pela passagem do individualismo ao solidarismo (AMARAL, 2003). Houve uma maior intervenção do Estado nas relações sociais, com objetivo precípua de resguardar interesses da coletividade. Isto se fez presente inclusive no direito de propriedade.

Nas palavras do professor Adriano Stanley Rocha Souza (2007, p. 222): “Podemos dizer que, hoje, o direito real deixa o lugar do Direito que pode tudo e passa para o lugar do Direito que pode ser privado de tudo, sempre para atender aos novos princípios constitucionais”.

Pietro Perlingieri (2007, p. 224) afirma que a propriedade é *situação subjetiva e relação*. É *situação subjetiva complexa*, afinal “colocar em evidência as obrigações, ônus, os vínculos, os limites etc. é importante na medida em que, se de tal situação tem-se uma concepção unitária, a inadimplência de um deles se reflete sobre toda a situação” e, ainda, é *relação*, mesmo não se podendo determinar a titularidade da situação passiva.

De um lado, figura a “situação ativa de propriedade” exercida por meio do proprietário e, do outro, a coletividade que deve respeitar a situação gerada. Com isso, fica evidente que Perlingieri quer demonstrar

A função social da propriedade permite uma análise extensiva ao direito à moradia ou ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

que, tanto no âmbito ativo como no passivo, tem que haver um dever que pressupõe determinados comportamentos, ações e abstenções, e um dever de cooperação solidária e não de subordinação. Por fim, conclui o autor italiano que o aspecto funcional da propriedade é o ponto principal para o estudo detalhado da propriedade pós-moderna.

Se a interpretação pura e simples dos poderes proprietários, quais sejam, usar, gozar, dispor e reaver, era calcada em valores individuais e econômicos como se fez presente no Estado monárquico e no Estado liberal, o estudo no Estado social e no Estado democrático e de direito condicionou a propriedade em prol do interesse coletivo e social, atendendo aos princípios constitucionais. Conforme Gustavo Tepedino (2006, p. 220), a partir do momento em que a Constituição da República de 1988 condiciona as situações jurídicas patrimoniais – como as que envolvem a propriedade – às situações jurídicas existenciais (dignidade humana, justiça social, solidariedade, cidadania e igualdade), “busca-se o significado funcional dos institutos do direito civil”.

Arelada ainda aos poderes proprietários, o Código Civil de 2002 no *caput* do artigo 1.228 determina que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha. Contudo, tal artigo deverá ser interpretado à luz do dispositivo constitucional que condiciona a propriedade como direito fundamental desde que cumprida sua função social. Nesta seara, podemos melhor compreender os parágrafos do artigo 1.228 do Código Civil, que envolvem não apenas interesses individuais, mas também primam pela tutela dos direitos coletivos, como por exemplo a proteção ambiental. Vejamos:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Toda discussão sobre o direito de propriedade no estado democrático de direito envolve um questionamento de grande valia para os debates jurídicos atuais. Afinal, existe um conceito preciso sobre função social da propriedade ou aprioristicamente não podemos vislumbrar um conceito fechado, mas somente após a análise de um caso concreto?

2. Em busca de um conceito real: afinal o que é função social da propriedade?

O termo função social tem origem latina em que *functio* significa desempenhar um dever.

O *Código de Hamurabi* já se referia à função social no artigo 40, em que dispunha que o mercador poderia vender seu campo, pomar e casa desde que assumisse o serviço ligado ao bem em questão (FIÚZA, 2003, p. 632).

A doutrina da Igreja Católica também tratou da função social da propriedade na encíclica *Rerum Novarum*, do papa Leão XIII, na encíclica *Mater et Magistra*, do papa Leão XXIII, e ainda nos ensinamentos de São Tomás de Aquino, que ordenava como fundamento da propriedade o bom aproveitamento dos bens (RIZZARDO, 2007, p. 14).

No Estado absolutista, a função social era cumprida através do poder exercido pela monarquia que, ao se tornar proprietária do maior número de terras possível, garantia o privilégio nobiliárquico.

No Estado liberal, a função social estava atrelada às satisfações pessoais dos particulares. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald explicam isso de forma precisa:

A função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo. No receituário liberal define-se o direito subjetivo como o poder concedido pelo ordenamento ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio. Ou seja, a realização de qualquer atividade econômica apenas encontrava limites em uma conduta culposa que eventualmente causasse danos a terceiros. Afora tais situações extremas, exaltava-se a conduta egoística de contratantes e proprietários, pois

a sociedade era mera ficção, já que a felicidade coletiva dependeria da concessão de ampla liberdade a qualquer cidadão para a consecução de seus projetos pessoais. (2007, p. 189)

Atualmente, podemos dizer que a função social é um princípio que condiciona o uso da coisa ao bem-estar social.

A dificuldade de conceituar função social se deve em razão de ser esse um conceito aberto e em constante mudança. Hoje, existem vários critérios para aplicabilidade da função social, como por exemplo, a moradia adequada, o meio ambiente saudável e sustentável e a ordem urbanística equilibrada. Tais critérios serão modificados com o passar do tempo em razão das necessidades apresentadas pelas gerações futuras.

A função social deve ser interpretada no Estado contemporâneo de duas formas: pela omissão e pela ação do proprietário. No campo da omissão, impõe-se ao proprietário desidioso, que abandona o bem, não o utilizando para quaisquer fins lícitos. Para tal ato, a lei prevê algumas sanções. O instituto da usucapião possui como um dos seus requisitos a inércia e o descompromisso do titular da coisa. Por outro lado, se a propriedade não cumpre com sua função social, a CR/88 prevê a possibilidade da chamada desapropriação-sanção pelo município, por meio de pagamento em títulos da dívida pública (art. 182, § 4º, III, da CR/88).

Nova forma de interpretar a função social surgiu na França, a partir do final do século 19, com a teoria do abuso do direito. A ação do proprietário é punida na medida em que se contempla uma ação com fins meramente egoísticos, ou seja, a ação do proprietário com o propósito de lesar terceiros sem qualquer finalidade positiva ao titular não deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

Conforme lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

Tradicionalmente, dizia-se que tudo que não fosse proibido seria permitido. Hoje, sabemos que nem tudo que não é proibido é permitido, pois entre o proibido e o permitido posta-se o abusivo. Ele é tão ilícito quanto o ato proibido do artigo (186, CC).

Portanto, o abuso do direito de propriedade é um ato ilícito objetivo, no qual o proprietário pratica uma atividade lícita na origem

– posto inserida em uma das faculdades do domínio - porém ilícita no resultado, eis que ofensiva a interesses coletivos e difusos que interagem com o exercício do direito subjetivo. (2007, p. 201)

No Brasil, a teoria do abuso do direito só veio a ser consagrada em 2002, no Código Civil, no artigo 187, que trata da teoria de forma ampla, e no artigo 1.228, § 2º, que trata do tema no âmbito específico da ação do proprietário. O artigo 1.228, § 2º, trata dos chamados atos emulativos, ou teoria do abuso de direito de propriedade, considerados aqueles que não trazem nenhum benefício ao proprietário e que são praticados com a intenção de prejudicar outrem, como por exemplo a construção realizada por um vizinho com o fito exclusivo de irritar o outro ou, ainda, o proprietário que atea fogo em sua plantação.

Nessa seara, passamos a observar mudança paradigmática na forma de interpretar o direito de propriedade, pois migramos de uma visão egoísta e individualista, calcada na autonomia da vontade que garantia ao proprietário o poder de usar a coisa da forma absoluta, para uma visão solidária, humanizada e cuja autonomia privada garante ao proprietário o poder de usar a coisa ao tempo em que o obriga a respeitar interesses sociais e coletivos.

Trabalhar a função de determinado instituto significa direcionar o seu estudo ao seu fim, ao seu propósito, isto é, perguntar-nos qual a serventia dessa situação jurídica. Luciano de Camargo Penteadó utiliza analogia interessante para trabalhar a ideia de função:

A função, como visto, aponta para um “porto” que deve ser visado pela navegação dos titulares de direito. O desvio de rota (disfunção) é coibido. Existem fins que representam interesses de pessoas certas. Isso ocorre, por exemplo, na tutela em que o poder familiar tem função individual predominante, pautado no interesse do menor. Existem também fins que representam interesses de pessoas incertas, ou melhor, indeterminadas, ou de todas. Ocorre isto, claramente, além de no campo proprietário, na atuação de direitos que possam interferir sobre bens difusos (meio ambiente, concorrência, cultura). (2008, p. 175)

A propriedade possui função econômica, política, social e, em termos mais precisos, o artigo 1.228, § 1º, do CC ainda fala em função ambiental, cultural e estética, entre outras.

Ao aspecto social daremos enfoque diferenciado, o que não significa que estamos tratando com menor deferência as demais funções, apenas direcionando o presente artigo para o fenômeno da funcionalização da propriedade e as suas consequências práticas.

Partindo, pois, de critérios traçados pela legislação nacional e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, alguns autores conceituam função social. É interessante o posicionamento do professor carioca Gustavo Tepedino, ao investigar alguns aspectos da função social e resumir, de forma precisa, tudo que foi dito até aqui:

Até pouco tempo atrás, os juristas entendiam que função social da propriedade era uma questão filosófica, política ou teleológica, sem repercussão prática no direito positivo. Mas, o fato de a função social da propriedade ter-se inserido na Constituição da República e, em particular, agora, no Código Civil, reclama uma definição objetiva de seu conteúdo jurídico [...] e ainda: A função social da propriedade confere, portanto, ao titular da propriedade, um duplo dever: o de deixar de praticar o ato ilícito, como colocar fogo numa floresta, e o de promover o meio ambiente, sob pena de perder a legitimidade constitucional. (2006, t. II, p. 158-9)

Na visão constitucional do direito civil, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam:

O direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional (CC/1916 524 e 527; CC 1228 e 123), à luz da CF 5º, XXII, dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido como sujeição à disciplina e exigência a sua função social (CF 170 II e III; 182; 183; 186 e 186). É a passagem do Estado-proprietário para o Estado-solidário, transportando-se do “monossistema” para o “polissistema” do uso do solo. (2007, p. 853)

Trabalhar a função social da propriedade no estado democrático de direito significa muito mais do que simples análise teórica da propriedade com vistas à sua funcionalização; significa compreender a propriedade e suas limitações a partir da necessária conformação da pacificação social com os princípios reputados fundamentais pelo Estado.

Entre o rol de direitos fundamentais podemos dizer que a moradia constitui um direito social, inserido no artigo 6º da Constituição da República de 1988, que possui importância não apenas no campo jurídico-teórico, mas traduz a aflição de grande parte da população brasileira.

Assim, como reflexo deste processo de humanização do direito das coisas, podemos citar a Lei 11.481, promulgada no dia 31 de maio de 2007, que criou dois direitos reais no contexto dos novos paradigmas do estado democrático de direito, que foram acrescentados ao rol taxativo do artigo 1.225 do Código Civil: concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso sobre imóveis de propriedade da União. Nota-se que esta é a primeira legislação brasileira que trata de direitos reais sobre bens públicos, isto porque a propriedade de se tornou um bem escasso e de grande discussão na medida em que garante um direito básico capaz de promover o livre desenvolvimento dos demais direitos fundamentais: sem moradia não contemplamos um cidadão apto a exigir e concretizar a plenitude da sua dignidade. Passemos a analisar agora os chamados “direitos reais sociais”.

3. Direitos reais sociais

Ao iniciarmos o estudo das principais peculiaridades do direito das coisas, aprendemos, dentre outras, a característica da tipicidade ou o princípio dos *numerus clausus*. Sendo assim, concluímos pela taxatividade do artigo 1.225 do Código Civil, é dizer, somente ao Poder Legislativo cabe a criação de novos direitos reais e sua regulamentação. Não cabe ao particular tal prerrogativa.

Nesse sentido e atendendo a este princípio é que a Lei 11.481, de 31 de maio de 2007, que prevê medidas voltadas aos interesses sociais, no

seu artigo 10, acrescentou dois novos incisos no artigo 1.225 do Código Civil, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.225. São direitos reais:

[...]

XI – a concessão de uso especial para fins de moradia

XII – a concessão de direito real de uso

Como reflexo dos novos paradigmas do direito civil que passou a ser interpretado à luz da Constituição da República de 1988, a Lei 11.481/07 vem concretizar princípios como o da dignidade humana, da função social da propriedade e da solidariedade, operacionalizando o direito à moradia previsto no artigo 6º da CR/88.

Podemos dizer que a concessão de uso especial para fins de moradia é um direito real social instituído por ato administrativo (concessão) que possui o objetivo específico de outorgar moradia sobre as áreas de propriedade da União, preenchido os requisitos da Medida Provisória 2.220/01, os quais passaremos a analisar agora.

A MP 2.220/01 regulamenta a concessão de uso de que trata o artigo 183, § 1º, da CR/88. Vale ainda ressaltar que a Lei 11.481 trouxe para o nosso ordenamento jurídico a concessão de uso especial para fins de moradia, mas seus requisitos são encontrados ainda na citada MP por determinação da própria lei: “A concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive aos terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que preencham os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória 2.220, de 4 de setembro de 2001”.

Os requisitos se assemelham aos da usucapião constitucional, mas são institutos distintos. De acordo com o artigo 1º da MP, tem direito à concessão de uso especial para fins de moradia:

Art. 1º Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua

moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela Lei 13.465, de 2017).

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

A MP ainda prevê que a concessão de uso especial para fins de moradia pode ser transmitida *inter vivos* ou *causa mortis*. Pode o herdeiro legítimo continuar na posse do seu antecessor, desde que, por ocasião da abertura da sucessão, já cumpra o requisito de habitação no imóvel.

O novo direito real poderá ser atribuído ao homem e à mulher, independente do estado civil e, como já dito, uma única vez.

É relevante mencionarmos que o poder público poderá garantir a concessão de uso especial para fins de moradia em local diferente daquele onde a posse foi exercida, caso esta área acarrete risco à vida ou à saúde dos ocupantes ou se se tratar de área de uso comum do povo, destinada a projeto de urbanização, de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais, e, ainda, no caso de locais reservados à construção de represas e obras congêneres ou situados em via de comunicação.

Podemos dizer que a MP trouxe duas formas especiais desse novo direito real. Seria a concessão “coletiva” de uso especial para fins de moradia e a concessão de uso especial para fins comerciais.

No primeiro caso, preenchidos os requisitos analisados acima, poderá o poder público conceder o uso para fins de moradia de forma coletiva, desde que os concessionários sejam pessoas de baixa renda, ocupem área superior a 250 metros, podendo ainda somar suas posses

com as posses dos antecessores, desde que contínuas. Neste caso, cada concessionário receberá uma fração ideal do terreno, podendo acordar frações diferentes. Contudo, cada possuidor não poderá receber uma fração superior a 250 metros.

Com relação à segunda forma especial, a MP determina que o poder público competente, preenchidos os requisitos legais, poderá conceder o uso para aqueles que possuírem área até 250 metros quadrados cuja finalidade seja comercial. Aplicam-se, neste caso, as demais características analisadas: gratuidade e acessão.

Primeiramente, a concessão de uso especial para fins de moradia será obtida por meio de ato da administração pública que dispense direitos e poderes ao particular denominado na concessão.

O pedido deverá ser instruído com a certidão do poder público informando a localização do imóvel em área urbana, bem como o objetivo determinado de moradia do requerente ou de sua família.

A administração pública deverá decidir sobre o requerimento em até 12 meses e, na ocorrência de omissão, poderá o ocupante pleitear a concessão judicialmente, caso em que será declarada pelo juiz mediante sentença declaratória.

Seja pela via administrativa ou judicial, o título deverá ser registrado no cartório de registro de imóveis, conforme determina o artigo 167, I, 37, da Lei 6.015/73, Lei de Registro Público.

A MP relaciona duas formas de extinção da concessão de uso especial para fins de moradia:

a) Quando houver mudança da finalidade especificada na lei, ou seja, quando o concessionário ou sua família utilizar o imóvel com o objetivo diverso da moradia.

b) Se o concessionário tornar-se proprietário ou constituir nova concessão de imóvel urbano ou rural.

4. Concessão de uso especial e direito social à moradia

A ordem jurídica atual condiciona o estudo dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade humana, se compreendermos direitos fundamentais como sendo situações jurídicas que visam concretizar

garantias de convivência digna sem as quais os homens não se realizariam. Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 182), “a dignidade da pessoa humana indica o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os Direitos Fundamentais do Homem”.

O mesmo autor divide os direitos fundamentais em cinco categorias: 1^a) direitos individuais, 2^a) direitos coletivos, 3^a) direitos sociais, 4^a) direitos à nacionalidade, 5^a) direitos políticos.

No ordenamento nacional, o direito à moradia foi inserido na carta maior como direito social com a Emenda Constitucional 26/2000.

Na seara internacional, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, determina no artigo 11:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e *moradia* adequadas, assim como uma melhora contínua de suas condições de vida.

O conteúdo do direito à moradia refere-se basicamente a “habitar” e seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana.

Conforme leciona José Afonso da Silva, o direito à moradia não significa necessariamente ser proprietário, mas habitar num local que possua condições que preservem a integridade do ser humano em toda sua completude. Portanto, é dever do Estado fornecer instrumentos que efetivem o direito à moradia na maior medida possível.

A concessão de uso especial para fins de moradia consiste num instrumento de política pública que visa proporcionar à população de baixa renda a concretização do direito à moradia, a fim de permitir que a verdadeira democracia seja atingida através do instrumento posto à disposição do direito das coisas em prol da dignidade da pessoa humana.

Considerações finais

A grande questão do tema proposto aponta para o direito de propriedade nas suas várias concepções históricas. Em proporções diferentes e com suas especificidades, as sociedades e os próprios ordenamentos jurídicos exigiram posições do proprietário que limitaram o uso da coisa em detrimento de um interesse específico.

Antigamente a propriedade era analisada com vistas à satisfação do interesse individual do proprietário, que tudo podia por gozar da sua condição de titular do bem.

As limitações do direito de propriedade devem ser hoje reconstruídas sobre os novos paradigmas do estado democrático de direito, que leva a uma mesma interpretação da disciplina “direito das coisas”: evitar o uso nocivo dos direitos reais e promover o bem-estar social. A busca pelo equilíbrio entre os direitos do titular de um direito real – usar, gozar, dispor e reaver a coisa – e os interesses da coletividade é o grande desafio do jurista pós-moderno.

A Constituição da República de 1988 condicionou a propriedade ao cumprimento de uma função social. No presente artigo evidenciou-se o direito social à moradia.

O direito à moradia ganhou *status* de direito social com a Emenda Constitucional 26 de 2000 e passou a ser garantida pela Constituição da República no *caput* do artigo 6º.

A fim de operacionalizar a inclusão social, diversas leis foram promulgadas ao longo dos anos. Outras medidas foram tomadas pelos agentes públicos que limitaram o uso do bem, abarcando inclusive a propriedade pública. Nesse sentido, foi promulgada a Lei 11.481/07, que elevou a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso a direitos reais elencados no Código Civil.

São direitos reais instituídos nos imóveis públicos, preenchidos determinados requisitos, que garantem à população de baixa renda o acesso à moradia ou aos demais direitos sociais, a titulação de concessionário e a possibilidade de ter acesso ao crédito, uma vez que a concessão pode ser objeto de hipoteca.

Enfim, a crise que vivemos hoje em todos os aspectos nos leva ao encorajamento da busca do humanismo perdido durante tantos anos de lutas e guerras desnecessárias. A construção de uma sociedade mais humanista é o grande desafio dos tempos modernos. Não podemos agora perder o foco no caminho que nos leva à humanização do direito de propriedade a partir da elevação de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da cidadania, da função social e de tantos outros que fundamentam a concretização de direitos previstos na Constituição e que são tão caros à democracia brasileira.

Nota

1. Camila Bottaro Sales. Especialista em direito de família e sucessões e mestre em direito privado pela PUC/MG. Professora da faculdade Dom Bosco/Curitiba. Advogada.

Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. *DOU*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 set. 2009.
- BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. São Paulo: Rideel, 2009. p. 895-913.
- BRASIL. Decreto-lei 271, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do Ioteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 28 fev. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0271.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2009.
- _____. Lei 11.481 de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 31 maio 2007. Edição extra. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/94733/lei-11481-07>>. Acesso em: 05 fev. 2009.

- _____. Medida Provisória 2.220, de 04 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 05 set. 2001. edição extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 05 fev. 2009.
- _____. *Código civil brasileiro* (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 1º de mar. de 2012.
- _____. *Novo código civil brasileiro* (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). 14. ed. atual. até 19.12.2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.
- _____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil comentado*. 46. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. de acordo com a EC 52. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Princípio da autonomia privada x princípio do *numerus clausus* em sede de direitos reais: um breve estudo de sua adequação à constituição brasileira de 1988. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 211-227.
- _____. *Direito das coisas*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009. v. VI, Coleção de Direito Civil.
- _____. Do direito de propriedade ao dever da propriedade. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVI. *Anais ...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. CD-Rom, p. 2581-2592.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II: Humanismo e solidariedade na sociedade em transformação.

Estupro de vulnerável diante do estatuto da pessoa com deficiência

Eduardo Luiz Santos Cabette¹

Delegado de Polícia

Bianca Cristine Pires dos Santos Cabette²

Bacharel em Direito pela UNISAL

Resumo: Este trabalho tem por objetivo o estudo do crime de estupro de vulnerável, mais especificamente a hipótese de vulnerabilidade por enfermidade mental, diante das novas normas de capacidade civil apresentadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. O intuito é obter o máximo de segurança e proteção ao deficiente, sem tolher sua autonomia possível.

Introdução

O CRIME DE “ESTUPRO DE VULNERÁVEL”, previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro, propõe-se a tutelar a dignidade e a liberdade sexual de pessoas que não têm o necessário discernimento para o consentimento em atos dessa natureza. Dentre os chamados “vulneráveis”, destacam-se as pessoas com deficiência mental.

Ocorre que, com o surgimento do denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), os deficientes, inclusive mentais, deixaram, na seara civil, de ser incluídos entre os absolutamente incapazes. Essa alteração legal pode remeter a questionamentos sobre sua eventual repercussão no campo penal, mais especificamente no que se re-

fere ao ilícito de “estupro de vulnerável”. Ao menos em tese, é possível questionar a efetiva condição de vulnerabilidade desses deficientes e a legitimidade da repressão penal contra qualquer pessoa que com eles mantenha alguma relação de caráter sexual consentida, ou seja, sem violência ou grave ameaça.

Há uma necessária intersecção entre o direito civil e o direito penal que deve ser tratada com base na interdisciplinariedade e mesmo na transdisciplinariedade, para se chegar a uma conclusão razoável, sem que o enfermo mental sem discernimento seja prejudicado, perdendo a proteção legal que, necessariamente, lhe deve ser conferida, mas também reconhecendo a autonomia e a liberdade inerentes às pessoas com deficiência, mesmo mental, detentoras de capacidade decisória suficiente para dar ou não seu consentimento em atos de natureza sexual. O tormentoso binômio liberdade/segurança será o desafio permanente nas linhas que se seguem.

Capacidade civil do enfermo mental e estupro de vulnerável: entre a segurança e a autonomia

Seja no estudo das inovações da capacidade civil dos enfermos mentais, seja na investigação do tema do “estupro de vulnerável” na seara penal, é possível perceber que a doença mental, por si só, desde sempre, não tem o condão de conferir a seu portador incapacidade para os atos da vida civil nem vulnerabilidade como vítima criminal ou mesmo de ensejar a ultrapassada “presunção de violência” nos crimes sexuais.

Ademais, a alteração promovida no campo civil não necessariamente tem efeitos transcendentais para o âmbito criminal. Isso considerando o fato de que os critérios para aferição de capacidade em cada uma das searas em destaque são diversos.

A primeira questão a ser respondida é se invariavelmente uma mudança sobre a capacidade civil precisa exercer alterações na esfera penal. E a resposta é negativa. Os campos civil e penal são independentes, e os critérios de aferição da capacidade civil e da capacidade penal são completamente diferentes.

O Código Civil adota o critério do “discernimento”, enquanto no campo penal e processual penal aceita-se o critério “político-jurídico”. Com base na régua do discernimento, avalia-se a capacidade civil de acordo com a efetiva demonstração de capacitação de cada pessoa para o exercício dos atos da vida civil. É por isso que o menor casado é considerado capaz; que o menor que se gradua em universidade torna-se capaz; que pode haver o instituto da emancipação.

Já no campo penal e processual penal o parâmetro é estritamente político, ou seja, são admitidas certas idades e regras para cada situação. Por exemplo, o estabelecimento da inimputabilidade até os 18 anos não comporta alteração, independentemente da capacidade civil da pessoa. A idade limite é restringida por força legal. Se um menor de 18 anos emancipado, casado ou com nível superior de ensino vier a cometer um ato definido como crime ou contravenção, irá responder de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente normalmente (Lei 8.069/90), e não como um imputável. Isso ocorre porque os cânones de ordem civil e penal são diversos e incomunicáveis, inclusive no esteirado disposto no próprio artigo 2.043 do Código Civil.

Nesse diapasão, Torres oferta interessante exemplo de desvinculação entre capacidade civil e penal, lembrando que o maior de 70 anos é dotado de especial tratamento no Código Penal (artigo 115, CP – prazo prescricional contado pela metade). Acrescente-se o especial tratamento dos maiores de 60 anos na área penal com aumentos de pena quando são vítimas e agravantes especiais, após o advento do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03 – v.g. artigo 61, II, “h”, CP ou artigo 121, § 4º, “in fine”, CP). Não obstante, não ocorreu a ninguém afirmar que tais dispositivos fariam com que na seara civil os maiores de 60 ou 70 anos passassem a ser considerados incapazes ou relativamente capazes por influência do Código Penal ou mesmo do Estatuto do Idoso. Não, a capacidade civil do maior de 60 ou 70 anos é indiscutível, a não ser que

A responsabilidade penal ou a imputabilidade reconhecida pelo sistema penal jamais teve o condão de interferir nos limites da capacidade civil

sofra de doença mental ou moléstia incapacitante, o que também pode ocorrer com pessoa muito jovem – de 18, 20 ou 30 anos³.

Mais impactante ainda é outra assertiva de Torres, demonstrando que o reverso da moeda, ou seja, a influência do penal no civil, também não se pode operar devido à discrepância de critérios e independência de instâncias. Veja-se em suas oportunas palavras:

Por derradeiro, para colocar uma pá de cal sobre essa questão, lembre-se de que a responsabilidade penal ou a imputabilidade reconhecida pelo sistema penal jamais teve o condão de interferir nos limites da capacidade civil. Com efeito, o artigo 23 da antiga Parte Geral do CP entrou em vigor em 1940, e o artigo 27 da nova Parte Geral do mesmo Código é de 1984, ou seja, esses dois dispositivos penais entraram em vigor depois da edição do Código Civil de 1916, mas isso não autorizou nenhum jurista a afirmar que a responsabilidade ou a imputabilidade penal dos maiores de 18 anos estaria tornando-os plenamente capazes para os atos da vida civil, revogando assim o antigo artigo 9º do CC, que previa a capacidade civil plena somente a partir dos 21 anos de idade.

E segue afirmando:

Definitivamente, não há confundir ‘menoridade civil’ com ‘menoridade penal’, que são dois institutos distintos e com efeitos absolutamente diferenciados nos respectivos sistemas em que têm aplicabilidade específica.⁴

Assim sendo, nada mais óbvio do que o fato de que a alteração da capacidade civil dos enfermos mentais levada a termo pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) não tem, por si só, força para alterar de qualquer maneira a aplicação, interpretação e, especialmente, a vigência de normas penais que tratem da matéria.

Uma observação percuciente do tema demonstra que nem o próprio legislador, em momento algum, pretendeu deixar as pessoas com deficiência mental desprotegidas. A ideia matriz das alterações foi con-

ferir à pessoa doente ou deficiente mental o reconhecimento de autonomia para os atos da vida civil, desde que não comprovada no caso concreto e de forma indiscutível a necessidade de assistência ou até mesmo de representação. Pensar a alteração legislativa de outra forma seria uma afronta à dignidade humana dessas pessoas e inclusive à sua liberdade, integridade física, moral, patrimonial. Isso sem falar na flagrante infração ao princípio da igualdade sob o prisma material, e não somente formal.

E não poderia ser de outra forma, pois

o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana nas suas mais variadas configurações é aspecto a ser destacado na Constituição da República de 1988. Com efeito, ao elevar a dignidade a vértice do ordenamento jurídico, optou o constituinte por se afastar das categorias abstratas e formais em prol de hermenêutica emancipatória. Tal diretriz axiológica tem sido designada como mecanismo de repersonalização promovido pela Constituição da República, que desloca a proteção do sujeito de direito abstrato e neutro para a pessoa concretamente considerada, em atenção aos princípios da solidariedade e da isonomia substancial.⁵

Como ensina Sen, a salvaguarda dos direitos humanos não se pode dar por uma interpretação fria e inflexível da legislação. Há muitas vias de tutela e promoção dos direitos humanos, afora a legislação, e essas vias têm entre si uma “considerável complementaridade”:

A ética dos direitos humanos pode se tornar mais efetiva com uma variedade de instrumentos inter-relacionados e uma versatilidade de meios e maneiras. Essa é uma das razões pelas quais é importante reconhecer o estatuto ético geral dos direitos humanos, o que lhe cabe, em vez de encerrar prematuramente o conceito de direitos humanos no quadro estreito da legislação, real ou ideal.⁶

Essa necessidade de concreção da análise da capacidade para atos é muito bem destacada no Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil, assim redigido: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do artigo 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, *desde que demonstrem discernimento bastante para tanto*” (grifo nosso).

Assim sendo, “os efeitos da incapacidade devem ser proporcionais à exata medida da ausência do discernimento”, a fim de que não se tolha, sob pretexto protetivo, a autonomia do sujeito, mas também não seja abandonado desprotegido quando precisa desse manto protetor da lei⁷.

Nesse sentido, a lição de Fiuza é oportuna:

O objetivo da lei é, evidentemente, o de preservar, ao máximo, na medida do possível, a autonomia do deficiente, respeitadas as limitações do caso concreto. A regra de que a curatela só atinja relações patrimoniais deve ser interpretada segundo esse contexto, isto é, sempre que possível, o curador não deverá interferir nas relações existenciais, a fim de preservar a autonomia e a dignidade do curatelado. Entretanto, relações existenciais que tenham efeitos patrimoniais estariam dentro do campo de atuação do curador, e, em alguns casos, dependendo da gravidade da deficiência, mesmo as que não tenham efeitos patrimoniais, para se evitar prejuízos materiais, e para que sejam preservados o interesse e a dignidade do deficiente incapaz.⁸

Esse “discernimento” do deficiente, a partir do estatuto, passa a ser visto como regra. Excepcionalmente não estará presente, ensejando medidas protetivas legais nos mais diversos campos, inclusive o penal. Mas, para isso, como bem observa Rosenvald, trazendo à baila a dicção do artigo 4º, III, do Código Civil, com a nova redação dada pelo artigo 114 da Lei 13.146/15, necessário é compreender “falta de discernimento” como “incapacidade de exprimir a própria vontade”⁹. Lembremos que essa capacidade de exprimir a vontade própria não é um conceito que se conforme apenas no plano físico, de emissão de palavras, gestos

etc., mas que essa vontade exprimida tem de satisfazer requisitos de validade, isso em qualquer área do direito, estejamos falando de contratos, negócios ou mesmo de atos sexuais. A vontade exprimida com capacidade é aquela realmente livre e consciente, isenta de fraude, coação, erro, violência, horizonte informativo ilusório ou extremamente limitado, ou seja, a liberdade real é qualificada necessariamente por uma ação consciente e informada. Nas palavras do autor acima mencionado:

Como medida de incapacitação, a lei 13.146/15 viabiliza a substituição do critério subjetivo do déficit cognitivo, embasado em padrões puramente médicos, por outro objetivo. Em vez de um diagnóstico técnico que aponte um desvio, qualifica-se a situação de uma pessoa e as suas circunstâncias: a absoluta impossibilidade de interação e comunicação por qualquer modo, meio ou formato adequado. A impossibilidade não é qualquer dificuldade ou complexidade, mas um impedimento de caráter absoluto. Não poder exprimir a sua vontade, importa em situação de ausência de consciência de si e do entorno, para a qual todo um sistema de tomada de decisão apoiada seja insuficiente, sendo necessária a escolha de um curador para exercer assistência” (grifo no original).¹⁰

Nesse passo, na realidade, o trato penal e civil da temática não se afasta tanto; ao reverso, se aproxima bastante. Conforme destacam Silva e Souza, a mais atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tende a abrandar a importância até mesmo da natureza da sentença de interdição (se declaratória ou constitutiva), optando pela prevalência da “investigação do concreto grau de discernimento da pessoa com deficiência à época da realização do ato”¹¹. Assim sendo, asseveram os autores sobreditos:

O melhor caminho parece consistir na análise do concreto grau de discernimento da pessoa à época da realização do ato, e, ao mesmo tempo, dos valores merecedores de tutela na específica situação. A partir dessa renovada postura metodológica – que corresponde,

em verdade, à necessária análise funcional de todos os institutos civilísticos –, será possível concluir se o ordenamento do caso concreto sinaliza para a manutenção dos efeitos do ato ou, diversamente, para o reconhecimento (em certo grau) de sua invalidade.¹²

É por essa mesma tábua que deve ser medida a capacidade da pessoa com deficiência mental de apresentar seu consentimento válido para a prática de atos sexuais, a afastar a prática do estupro de vulnerável.

Em artigo bem fundamentado sobre o tema, assim se manifesta Soares:

Por outro lado, é de conhecimento amplo, também, até para os mais leigos, que existe uma infinidade de anomalias psíquicas catalogadas pela CID-10 – Classificação Internacional de Doenças – cada qual com o seu respectivo grau de profundidade e de repercussão, variando entre distúrbios de alcance quase inexpressivo, capazes de oportunizar, ao seu detentor, uma vida absolutamente normal, até anormalidades mais sérias, as quais impõem um acompanhamento médico mais rigoroso.

Repare-se, neste sentido, que até o conceito de pessoa maior, absolutamente incapaz, não existe mais, visto que o estatuto trouxe significativa modificação no art. 3º do Código Civil, que trata da incapacidade absoluta. O próprio Ministério Público, aliás, por intermédio do CNMP, elaborou uma cartilha para tratar, agora, da interdição na modalidade chamada parcial.

Pois bem, a nosso ver, no que diz respeito ao crime de estupro de vulnerável, sem violência real, a leitura correta, à luz do atual cenário normativo, passa, necessariamente, pela análise das condições da pessoa portadora da enfermidade, vale dizer, ter-se-á que averiguar, no caso concreto – valendo-se da expertise de um profissional competente – se o deficiente mental detém, ou não, o necessário discernimento para a prática do ato (grifo nosso).¹³

Nesse ponto, Soares passa a afirmar que se a conclusão pericial for favorável à capacidade do deficiente para a compreensão do ato, ter-se-

-ia operado o “fenômeno da *abolitio criminis*”¹⁴. Há que discordar neste aspecto, pois a questão do deficiente sempre foi de natureza relativa, devendo-se apurar concretamente a capacidade ou não de discernimento, aliás como sempre esteve claro na dicção do § 1º do artigo 217-A do CP. O estatuto somente vem a reforçar essa orientação que já existia na lei. Não se trata de *abolitio criminis*, mas de continuidade normativo-típica com um reforço da orientação interpretativa para a devida aplicação da norma.

Agora, realmente, conforme aduz Soares, se a pessoa, embora deficiente, tem o necessário discernimento para a decisão sobre a prática do ato sexual, o fato é “atípico”, inclusive sob o prisma defendido por Zaffaroni e Pierangeli, da atipicidade “conglobante”, eis que o ordenamento jurídico não se pode contradizer. O Estatuto da Pessoa com Deficiência permite que esta exercite sua sexualidade. Então, um impedimento absoluto na seara penal de que alguém mantenha relações sexuais com um(a) deficiente tornaria todo o sistema contraditório e inviável. Analisada a legislação brasileira de forma conglobante, a capacidade de discernimento do deficiente quanto ao ato sexual descaracteriza, torna conglobantemente atípica a conduta¹⁵.

Soares também, ao final e ao cabo, afirma que o estatuto veio a reforçar a normatização já existente:

Note-se, aliás, que, nesse aspecto, o estatuto veio apenas para reforçar e esclarecer algo que já era presente em nosso ordenamento, dado que, desde a edição da Lei 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento.

Entendemos, portanto, que só o caso concreto dirá se o deficiente mental reúne, ou não, as condições psíquicas para manter uma relação, como expressão da sua sexualidade, pondo-se por terra, definitivamente, o superado entendimento anterior (art. 224, b, do CP, revogado pela Lei 12.015/09).

Como consectário lógico, ausente o discernimento necessário, devidamente comprovado, caracterizado está o crime do art. 217-A,

§ 1º do Código Penal, em toda a sua plenitude típica. Com efeito, são situações totalmente distintas aquela em que o sujeito faz sexo com um deficiente mental, de forma consentida e discernida, daquela em que esse mesmo sujeito aproveita-se da enfermidade mental, para usar o deficiente, inepto para o ato, apenas como objeto sexual da sua própria lascívia.

Este é, portanto, o ponto nodal a ser enfrentado pelos operadores do direito: saber distinguir o deficiente, enquanto sujeito de direito, e, desse modo, plenamente capaz de manter a sua vida sexual, saudavelmente, daquele enfermo mental, vítima da exploração sexual de outrem, tido como objeto, impondo justa punição àqueles que atentem contra a sua dignidade sexual.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, logo, teve, sim, repercussões na esfera penal, mas apenas para tornar mais sólida e clara a tutela protetiva e garantidora de direitos do deficiente, dando contornos mais precisos a uma realidade normativa que, a despeito de já existir, ainda ensejava inseguranças e incertezas quanto à sua aplicação (grifo nosso).¹⁶

Observe-se que, embora a lei civil apresente atualmente a curatela restrita a questões de gestão patrimonial, nada obsta que, excepcionalmente, as condições precárias do indivíduo sob o prisma mental e intelectual condicionem a validade dos atos civis à representação por parte de terceiros que devem zelar por sua integridade em sentidos diversos do patrimonial (questões existenciais). De acordo com a lição de Perlingieri:

Não parece também que se possa compartilhar a interpretação tendente a reduzir o instituto da curatela do inabilitado à assistência do sujeito na administração dos bens e, na espécie, ao controle preventivo em todos os atos de extraordinária administração, com exclusão do tratamento da pessoa. A enfermidade mental, mesmo se menos grave, pode criar ao inabilitado a necessidade de uma assistência que não se restringe ao plano patrimonial.¹⁷

Procedendo a uma análise conjuntural dos próprios diplomas que trazem normas penais versando sobre especiais proteções a pessoas mentalmente incapacitadas, inclusive o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), torna-se claro e evidente o fato de que jamais pretendeu o legislador descobrir do devido manto protetor especial esses indivíduos, jogando-os na vala comum, o que, aliás, seria inconstitucional, seja pelas determinações de proteção expressas na Constituição Federal, como o princípio da igualdade material, seja pelas normas convencionais.

Com a devida parcimônia, aduzem Barboza e Almeida:

O exercício de outros direitos existenciais, como a sexualidade, a reprodução e o casamento, também não afetados pela incapacidade, não exige autorização judicial, como indica a redação do § 2º acrescido ao art. 1.550 do Código Civil, pelo Estatuto, segundo o qual “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. Permita-se repetir aqui as ressalvas feitas no sentido de que o respeito a esses direitos não significa o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver, evidentemente, condições de tomá-las por causas físicas ou mentais.¹⁸

Alguns exemplos são interessantes e esclarecedores. O Código Penal prevê o crime de “abuso de incapazes” em seu artigo 173 visando à proteção de seu patrimônio. Seria crível que um indivíduo que, a partir da alteração civil, se aproveitasse da inexperiência ou paixão de alienado ou deficiente mental, causando-lhe prejuízo dolosamente, devesse ficar impune? É claro que não. Isso seria o cúmulo do absurdo. É claro que a incapacidade deverá ser aferida caso a caso, não bastando a mera constatação da debilidade ou alienação, mas a comprovação de que ela afeta consideravelmente o discernimento da vítima. Ora, mas isso sempre foi assim e deve realmente ser.

Também são esclarecedores os artigos 106 e 108 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), que antecipam a proteção penal quanto a possí-

veis lesões patrimoniais, transformando aquilo que seria mero ato preparatório de futuros estelionatos em conduta já prevista como crime e passível de reprimenda. Isso quando o idoso for pessoa “sem discernimento”. Esses crimes não tornam todos os idosos indivíduos incapazes. Seria um disparate. Mas reconhece que o idoso pode ser acometido de problemas físicos ou mentais que lhe retirem o discernimento para a prática de certos atos (v.g. acidente vascular cerebral, demência senil). Nesses casos, o indivíduo é protegido de forma antecipada. A mera outorga de uma procuração obtida dessa pessoa com má-fé já é crime, independentemente de ocorrência de lesão patrimonial efetiva. A simples lavratura de ata notarial sem representação ou assistência já é crime, também independentemente de ocorrência de efetiva lesão patrimonial. Tudo isso está a indicar que no âmbito penal não se perdeu de vista o fato de que pessoas podem sim se tornar desprovidas de discernimento para atos da vida civil, devendo nesses casos ser assistidas ou mesmo representadas por quem de direito e devendo haver a esmerada proteção legal especial a que fazem jus.

Em obra especializada, ao tratar do tema do envelhecimento, Gawande expõe o seguinte:

A veneração aos idosos pode ter desaparecido, mas não porque foi substituída pela veneração aos jovens. Foi substituída pela veneração à independência pessoal.

Resta um problema com esse modo de vida. Nossa reverência pela independência não leva em conta a realidade do que acontece na vida: mais cedo ou mais tarde, a independência se torna impossível. Seremos acometidos por doenças ou limitações sérias. É tão inevitável quanto o pôr do sol. Surge então uma nova questão: se vivemos pela independência, o que fazer quando ela não pode mais ser sustentada?¹⁹

Portanto, se é correto que se deve respeitar a independência e a autonomia dos idosos que estejam completamente sãos ou que tenham alguma deficiência que não lhes tolha de forma extrema a capacidade, também é certo e imprescindível que não devem ser abandonados em

uma selva de predadores, com base em uma ilusão de que todos, a todo tempo, são realmente capazes, autônomos e independentes de forma plena, sem necessidade de proteção legal, familiar e social.

Não se pode igualmente olvidar o disposto no artigo 91 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15): “reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem”. Novamente exsurge uma antecipação protetiva, pois a mera retenção do cartão ou documento com intento lesivo patrimonial já configura crime, transformando o que seria apenas atos preparatórios em conduta incriminada. A deficiência mencionada na norma supracitada pode ser perfeitamente a deficiência mental. Esse caso é ainda mais emblemático para os fins argumentativos deste trabalho, pois é o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência que confere especial proteção penal aos deficientes, deixando claro que uma igualdade formal obtusa não pode ser o critério para tratar juridicamente tais pessoas na vida cotidiana. Portanto, não é crível que ao retirar os deficientes do rol de incapazes se tenha pretendido levar a termo essa igualdade formal estúpida em prejuízo de uma efetiva igualdade material, obstando qualquer perquirição acerca da efetiva capacidade da pessoa avaliada em cada caso concreto.

E não é somente no artigo 91 que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trata de especiais proteções penais. Também há outras previsões nos artigos 89 e 90. Note-se que no artigo 89, parágrafo único, inciso I, há regra de aumento de pena (de um terço) se o autor do crime de apropriação dos proventos da pessoa com deficiência for seu tutor ou curador. Ou seja, é claro e evidente que o deficiente, de forma geral, e somente por causa da presença de uma deficiência qualquer, não pode ser tido como incapaz. No entanto, dependendo do grau e condições

É claro e evidente que o deficiente, de forma geral, e somente por causa da presença de uma deficiência qualquer, não pode ser tido como incapaz

dessa deficiência, poderá necessitar de assistência ou mesmo representação por meio de institutos como a tutela e a curatela. O especial aumento da pena nesse caso se justifica pela posição de confiança em que se encontra o tutor e o curador. No artigo 90, o abandono material do deficiente é especialmente apenado, demonstrando mais uma vez que o legislador não quis embarcar na aventura da igualdade formal isolada.

Dessa maneira, é correto afirmar com Rogério Greco que a pessoa com enfermidade ou deficiência mental que não souber discernir sobre o ato sexual a que é conduzida não deixa, por força de alterações civis, de integrar o rol de vulneráveis que podem ser sujeitos passivos do crime de “estupro de vulnerável”. Isso não impede que tal vulnerabilidade seja aferida casuisticamente com o devido cuidado para, inclusive, não apenar pessoas que não agem com má-fé e lesar o próprio deficiente no seu direito de uma vida sexual ativa. Nas palavras do autor em destaque:

Além do critério biológico (enfermidade ou deficiência mental), para que a vítima seja considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico), tal como ocorre em relação aos inimputáveis, previstos no artigo 26, *caput*, do Código Penal.

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Existem pessoas que são portadoras de alguma enfermidade ou deficiência mental que não deixaram de constituir família. Assim mulheres portadoras de enfermidades mentais, por exemplo, podem tranquilamente engravidar, serem mães, cuidarem de suas famílias, de seus afazeres domésticos, trabalharem, estudarem etc. Assim não se pode confundir a proibição legal constante do § 1º do art. 217-A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental.²⁰

Aproveitando o ensejo, é visível que, se a alteração promovida no Código Civil quanto aos enfermos e deficientes mentais, conferindo-lhes, *a priori*, capacidade plena para os atos da vida civil, salvo prova em contrário, pudesse gerar alterações na seara penal, inclusive no crime de estupro de vulnerável, não seria somente aí que se criaria uma situação insustentável. Todos os exemplos já vistos seriam postos em xeque e, mais relevante ainda, o próprio reconhecimento da inimputabilidade por deficiência ou enfermidade mental ou da semi-imputabilidade, nos estritos termos do artigo 26 do CP, não mais se sustentaria, o que seria um absurdo ainda maior. Conferir capacidade plena para os atos da vida civil de maneira totalmente aleatória e sem qualquer consideração casuística já seria, no campo civil, algo inusitado e perigosíssimo. Mas isso não se compara à atribuição de responsabilidade plena àqueles que não a têm, submetendo-os a sanções penais por condutas que não compreendem ou que não conseguem determinar de acordo com o entendimento que possuem. Estaríamos retornando a épocas em que se faziam julgamentos de animais pela suposta prática de crimes (não se pretende aqui equiparar pessoas deficientes a animais, justo o contrário, respeitar sua humanidade e igualdade material perante as demais pessoas; mas submeter um inimputável a julgamento sem mais é uma afronta e uma estupidez tão grande quanto pretender imputar responsabilidade penal a um animal, obviamente *mutatis mutandis*)²¹.

O destaque é dado à incapacidade de determinação conforme um entendimento e à brutalidade que seria uma reação penal por se considerarem, abstrata e genericamente, todos simplesmente plenamente capazes. A menção à apenação de animais, feita no passado, reitere-se, não tem o intento de equiparação, mas de expor o absurdo da situação. Scruton distingue muito bem, contra a concepção de equiparação zoológica do homem aos outros animais, as considerações morais que se deve sustentar com relação aos animais e aos seres humanos, deixando claro que estes são “pessoas” e, por isso, as relações entre si são “pessoais” ou “intersubjetivas”, e jamais “animalescas” ou “animais”²². A concepção aqui adotada, por obviedade, é aquela que distingue claramente o homem do animal, ao reverso de algumas correntes radicais hoje defendidas²³. Por isso o pensamento de Scruton é esclarecedor, afir-

mando não haver dúvida quanto ao fato de que animais não formam comunidades morais de mesma espécie que os humanos, tal como o citado autor descreve em sua obra²⁴. As ideias de liberdade, responsabilidade, direito e dever contêm uma tácita assunção de que todo componente do jogo moral (cada ser humano) conta como um e nenhum componente conta como mais de um. Pensando nesses termos, assumem-se todas as pessoas como insubstituíveis e autossuficientes membros da ordem moral. Seus direitos, deveres e responsabilidades são seus atributos pessoais²⁵. Para isso, nada mais claro do que a necessidade de que a pessoa humana esteja realmente em condições de ser autossuficiente, seja capaz de compreender tal contexto em que se acha. Caso contrário, deverá ser tratada diferencialmente, com especial proteção e consideração, devido à sua condição específica; o mais seria responsabilidade objetiva ou abandono protetivo. Não se trata agora do enfermo ou deficiente mental, mas do jurista e do operador do direito. Saber discernir, saber distinguir o “sujeito” do “subjugado ou submetido” e dar a cada um o que lhe é inerente e justo.

Althusser opera em outro campo (o da ciência política), mas apresenta uma conceituação e uma distinção que podem ser valiosas neste ponto. Ele fala sobre duas acepções que se pode ter da palavra “sujeito”, reconhecendo sua ambiguidade semântica:

Na acepção corrente do termo, sujeito significa 1) uma subjetividade livre; um centro de iniciativas, autor e responsável por seus atos; 2) um ser subjugado, submetido a uma autoridade superior, desprovido de liberdade, a não ser a de livremente aceitar sua submissão.²⁶

Mesmo um teórico que tem ideias absurdas, defendendo não somente o aborto, mas também o infanticídio até a primeira semana do nascimento, como Tooley, sob a alegação de que *são os desejos das pessoas que lhes conferem direitos*, sustenta que um ser que ainda não têm planos não pode ser tratado como pessoa, mas como coisa²⁷. Até mesmo um indivíduo como este apresenta como exceção à sua regra inusitada e cruel as pessoas que padecem de perturbações “emocionais”, ou melhor, mentais. Afirma que muitas categorias de “toxicômanos e por-

tadores de doenças mentais sofrem grave perturbação emocional, mas seus direitos, inclusive à vida, permanecem”²⁸. Nesses casos, entende Tooley que os “desejos” de tais pessoas não são relevantes porque são marcados por uma perturbação mental. Nem mesmo um autor que beira à própria demência com sua tese esdrúxula consegue sustentar que uma pessoa privada de discernimento mínimo para fazer escolhas sãs pode ser tratada em pé de igualdade absoluta com outras em plena capacidade de discernimento.

Em face do atual quadro jurídico, seja no campo cível, seja no penal, cabe ao operador do direito e ao jurista distinguir aquele que age realmente como sujeito, independentemente de sua condição de saúde mental, daquele que age submisso, subjugado ou submetido pela vontade alheia, muitas vezes maliciosa e prejudicial. O primeiro deve ter sua condição de pessoa, de ser humano capaz, respeitada e reconhecida. O segundo, para que tenha essa mesma condição reconhecida e respeitada, necessita de especial assistência, representação e proteção, o que justifica a curatela, incriminações especiais como o “estupro de vulnerável” e outros dispositivos já expostos, bem como toda uma gama de instrumentos que sejam capazes de produzir uma situação de igualdade material para além da mera declaração formal de igualdade. Afinal, como bem afirma Hans Jonas, é preciso adotar um “princípio rigoroso”, segundo o qual “o absoluto desamparo exige a absoluta proteção”²⁹.

O perigo de medidas como a tomada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no campo civil é o de se tornar uma legislação simbólica, que acaba causando mais efeitos deletérios que benéficos, principalmente se mal e muito amplamente interpretada.

Segundo Kindermann, pode-se elaborar um “modelo tricotômico” para as espécies de legislações simbólicas, a saber: “a) confirmar valo-

O reconhecimento da capacidade civil plena dos enfermos e deficientes mentais pode muito bem ser uma confirmação de valores sociais e uma demonstração de suposta capacidade de ação do Estado na promoção da igualdade e justiça

res sociais; b) demonstrar capacidade de ação do Estado; e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios³⁰.

O reconhecimento da capacidade civil plena dos enfermos e deficientes mentais pode muito bem ser uma confirmação de valores sociais e uma demonstração de suposta capacidade de ação do Estado na promoção da igualdade e justiça. Mas, quando isso é feito sem o devido cuidado, podem surtir efeitos contrários, porque a legislação meramente simbólica é pura demagogia. Ao reverso da crença popular, a verdade é que as leis isoladamente “não são capazes de mudar a realidade”. Uma discriminação secular não pode ser resolvida “por um ato instantâneo do Poder Público”³¹.

Possivelmente a redação do Código Civil possa ser mais bem elaborada, deixando claros os limites do reconhecimento da capacidade plena aos enfermos e deficientes intelectuais, pois a igualdade não tem apenas uma face:

E a isonomia prometida pela Constituição de 88 não é apenas formal. Ela não representa só um limite, mas configura também verdadeira meta para o Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução para patamares mais decentes dos níveis extremos de desigualdade, presentes na sociedade brasileira, bem como a proteção dos mais débeis, diante da opressão exercida pelos mais fortes no cenário socioeconômico.³²

Resta evidente que não basta promover uma igualdade mediante declarações ou textos legais, conferindo supostos poderes ou faculdades a este ou aquele grupo de pessoas. É preciso disponibilizar uma rede de proteção aos mais débeis diante dos mais fortes, sob pena de simplesmente se facilitar a dominação e a opressão, a exploração e até o abuso criminoso em várias áreas (sexual, patrimonial etc.).

A igualdade estabelecida de forma meramente abstrata e geral pode converter-se em temível desigualdade, promovendo um desequilíbrio destrutivo para os mais débeis:

A lei é uma regra abstrata e racional, mas para ela também é uma virtude ser concreta e empírica.

A lei é uma regra uniforme, mas para ela também é um mérito promulgar prescrições especiais para as situações especiais, e prescrições locais para as situações locais.

A lei é uma regra igual para todos, mas para ela também é uma necessidade reconhecer que há desigualdades sociais atualmente indestrutíveis.³³

No caso do “estupro de vulnerável” e em outras situações em que pessoas com deficiência mental surgem como potenciais vítimas, mister se faz aferir se o consentimento, a deliberação, o discernimento, enfim, podem ser encarados como um verdadeiro exercício de autonomia pessoal ou se não passam de uma manipulação e de um abuso por parte de terceiros. E isso não é simplesmente um exercício de análise normativa. Trata-se de apuração empírica e casuística que não se reduz jamais a uma regra civil, a qual mesmo naquele campo deve ser aplicada com extrema cautela.

Como bem leciona Figueiredo Dias:

Para que o consentimento se assuma [...] como um ato de autorrealização, torna-se antes de tudo necessário que quem consente seja capaz. O CP entendeu – e bem – que essa capacidade não pode ser medida pelas (nem avaliada à luz das) normas jurídico-civis relativas à capacidade. Antes se torna necessário garantir que quem consente é capaz de avaliar o significado do consentimento e o sentido da ação típica; o que supõe a maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e o discernimento que é produto de uma certa normalidade psíquica.³⁴

Assim sendo, um autêntico ato de autodeterminação só poderá existir caso o consentimento traduza “uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido”³⁵. Pois bem, essa constatação de presença de uma manifestação de vontade válida não se pode deduzir de uma norma civil genérica e abstrata, mas tão somente da análise cuidadosa de cada caso concreto sob exame.

Trazendo à baila a teoria psicanalítica freudiana, assim se manifesta Sá:

O homem, segundo Freud, não tem garantida e acabada sua capacidade de pensar sobre seus atos, mas ela deve ser conquistada por sua evolução e maturidade, o que equivale a dizer que também deve ser conquistada por sua evolução e maturidade a sua capacidade de saber o que faz.³⁶

E a enfermidade mental, pelo menos em suas formas mais agravadas

destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente, de tal modo que os atos deste podem porventura ser “explicados”, mas não podem ser “compreendidos” como fatos de uma pessoa ou de uma personalidade.³⁷

Sob o risco de deixar desamparados os que mais precisam de proteção penal, é necessário não se deixar levar por uma ilusão de igualdade de conto de fadas, em que se faz de conta que não existem anomalias psíquicas que, devido a sua extrema gravidade, transformam o suposto “agente” ou “sujeito” em “objeto passivo de processos funcionais” ou intersubjetivos³⁸. É preciso ter consciência de que a anomalia psíquica leva à destruição ou ao menos ao ocultamento intenso do “sentido objetivo entre o seu portador e o fato que praticou”³⁹. Nessas circunstâncias, não há que se falar em liberdade de ação, em deliberação consciente, em tomada válida de decisão ou em consentimento válido. O indivíduo é uma marionete nas mãos do abusador e a alteração no campo civil em nada influi para a suposta descaracterização do ilícito penal. Pode-se, certamente, ir mais longe. Nessas situações, até mesmo na seara civil, a regra geral da capacidade que não é afetada pela simples presença da enfermidade ou deficiência mental deve ser excepcionada, evitando o risco de que a liberdade conferida à pessoa com deficiência se transforme na mais odiosa injustiça e desigualdade material.

Cruet é bastante incisivo ao afirmar que “não pode haver contrato verdadeiramente livre entre indivíduos desiguais. Ora, na sociedade a desigualdade é a regra, a igualdade, a exceção.”⁴⁰

É preciso lembrar com Roxin que

cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley.⁴¹

Como bem aduzem Silva e Souza:

A preocupação do sistema ao regular as incapacidades é muito mais pragmática: tem um viés eminentemente protetivo, diante da constatação de que a promoção da dignidade humana nem sempre se associa a uma liberdade irrestrita.

Em síntese, nem a incapacidade implica a supressão da liberdade (uma vez que a maior parte dos atos da vida civil pode ser realizada pelo incapaz com a participação do representante ou do assistente), nem a liberdade consiste no conteúdo único da dignidade humana, sendo necessário sopesar, em cada caso, em qual medida a promoção da liberdade favorece ou prejudica a promoção da dignidade da pessoa. (...) O fato de atos de natureza extrapatrimonial dizerem respeito de forma mais direta à promoção da personalidade do agente, contudo, não afasta totalmente a lógica do que se acaba de expor. Também (e, talvez, principalmente) em matéria extrapatrimonial a autonomia reconhecida ao indivíduo é proporcional ao seu grau de responsabilidade (ou, no entendimento da doutrina especializada, autorresponsabilidade) por ele apresentada (grifos nossos).⁴²

Talvez alguém possa imaginar que toda essa preocupação com uma interpretação por demais ampla da capacidade dos deficientes mentais seja um exagero, que nossos tribunais e juristas não chegariam a conclusões tão absurdas pretendendo conceder uma suposta “liberdade” a quem não tem capacidade alguma de exercê-la sem prejuízo próprio.

Pois bem, fato é que em caso muito mais claro e evidente, versando sobre o estupro (na época “atentado violento ao pudor”) de uma criança de cinco anos, em que o indivíduo procedeu a manipulações de

seu órgão genital e sexo oral, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afirmou a inexistência de crime porque a criança teria “consentido livremente” (*sic*) no ato sexual sobredito. Consta desse julgado espúrio que “a vítima foi de espontânea vontade ao encontro do recorrente, atraída pelos dizeres do acusado”. E mais: “vamos, por assim dizer”, que o ato se deu “com o consentimento da criança”, a qual “foi seduzida e não violentada” (*sic*). Como não poderia deixar de ser, essa decisão foi reformada em Recurso Especial 714979/RS pelo Superior Tribunal de Justiça⁴³.

Uma decisão como esta é certamente sintoma daquilo que se pode, com absoluta razão, chamar de “esquizofrenia intelectual”, caracterizada pelo “amor deliberado à unidade na fantasia e a rejeição da unidade na realidade”⁴⁴.

Ora, se algo desse jaez é possível de ocorrer numa corte de segundo grau de jurisdição, é de se concluir que a insanidade é algo que se pode espraiar por qualquer canto e nas mais variadas circunstâncias, inclusive quando se tem de julgar a capacidade civil e a vulnerabilidade vitimal de insanos.

Por isso não é possível simplesmente descansar em berço esplêndido, deixando a questão das possíveis influências das normas de capacidade civil de enfermos mentais, trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ser tratada como algo banal. Mister se faz deixar muito bem claro que a capacidade civil do enfermo mental pode ser relativizada, inclusive no seu campo original, e também na seara penal, em específico no caso do “estupro de vulnerável”, desde que se trate de uma pessoa gravemente afetada pela doença ou deficiência, de modo que não tenha condições mínimas de discernimento. Enfim, a abstração legal há que ser adequada a cada caso concreto submetido à jurisdição.

Conclusão

No decorrer deste trabalho foi estudada a influência que a alteração da capacidade civil das pessoas com deficiência mental produzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência pode gerar, especialmente no cam-

po penal e, mais especificamente, no que tange ao crime de “estupro de vulnerável”.

Foi possível perceber que a igualdade formal conferida pelo reconhecimento, em geral, da capacidade civil dos doentes mentais há que ser complementada pela análise cuidadosa de cada caso concreto e do grau de prejuízo ao discernimento dos indivíduos a fim de possibilitar a chamada igualdade material e não prejudicar o doente quando se pretende respeitar sua autonomia.

Dessa forma, o crime de “estupro de vulnerável”, tendo como sujeito passivo um enfermo mental sem discernimento, continua em vigor. As regras civis não alteram as regras penais sobre capacidade, pois emanam de distintos sistemas. Porém, o reconhecimento da capacidade civil plena dos deficientes mentais, no campo do “estupro de vulnerável”, reforça a noção de que o simples critério biológico ou de constatação clínica da presença de uma anomalia mental não é suficiente para tornar uma pessoa vulnerável ou desprovida de discernimento para atos existenciais, inclusive sexuais. Em cada caso concreto, essa capacidade ou incapacidade efetiva terá de ser avaliada, constatando-se a presença de uma vítima manipulada ou, simplesmente, de uma pessoa que exerce sua autonomia e dignidade no manejo de seus direitos sexuais. Da mesma forma, é preciso conferir se está presente, no caso específico, um abusador ou manipulador de uma pessoa sem discernimento, ou somente um parceiro sexual consentido.

Notas

1. Eduardo Luiz Santos Cabette. Delegado de Polícia. Mestre em Direito Social. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial.
2. Bianca Cristine Pires dos Santos Cabette. Bacharel em Direito pela UNISAL. Pós-graduanda em Direito pela UNISAL,
3. TORRES, José Henrique Rodrigues. Reflexos do Novo Código Civil no Sistema Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 44, jul./set. 2003. p. 99.
4. *Op. cit.* p. 100-1.
5. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das*

- peessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 228-9.
6. SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça* (trad. Denise Bottman e Ricardo Donelli Mendes). São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 401.
 7. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Op. cit.* p. 237-8.
 8. FIUZA, César. *Direito Civil*. 18. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 169.
 9. ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 744.
 10. *Op. cit.* p. 744.
 11. SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 307.
 12. *Op. cit.* p. 308.
 13. SOARES, José da Costa. O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental – Análise crítica à luz das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em <www.jus.com.br>. Acesso em: 16 set. 2017.
 14. *Op. cit.*
 15. *Op. cit.* Cf. Também a obra mencionada por Soares: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 10. ed. V. 1. São Paulo: RT, 2014. Soares utilizou a 10. ed., de 2014. Nosso acesso foi à 5. ed. de 2004, na qual consta que em uma “ordem normativa” (...) “não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar de ‘ordem normativa’, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas. (...) Daí que a *tipicidade penal* não se reduz à *tipicidade legal* (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isso significa que a *tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante*, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade penal”. Em outras palavras mais simples, é imprescindível uma análise sistemática e global do ordenamento para concluir pela tipicidade material de uma conduta, para além da tipicidade formal. O estudo do tipo penal isolado, sem contato com o restante do ordenamento jurídico, é sujeito a terríveis falhas. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5. ed. V. 1. São Paulo: RT, 2004. p. 522.
 16. SOARES, José da Costa. *Op. cit.*
 17. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional* (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 782-3.

18. BARBOZA, Heloisa Helena; Almeida, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 225-6.
19. GAWANDE, Atul. *Mortais* (trad. Renata Telles). Rio de Janeiro: Objetiva, 2015. p. 31.
20. GRECO, Rogério. *Leis penais especiais comentadas*. Niterói: Impetus, 2016. p. 62.
21. FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica* (trad. Luís de Barros). Porto: ASA, 1993. p. 9-22. O autor narra históricos processos instaurados contra porcos, sanguessugas e até mesmo árvores e coisas inanimadas!
22. Originalmente: “Our relations to one another are not animal but personal and our rights and duties are those which only a person could have”. SCRUTON, Roger. *Animal rights and wrongs*. 2. ed. Londres: Metro Books, 2000. p. 27.
23. Um exemplo é Peter Singer, que considera a especial condição humana como o que denomina, com fulcro na terminologia originalmente cunhada por Richard Ryder, de “especismo”, ou seja, algo equiparado ao racismo, ao sexismo ou coisas do gênero. Tratar os seres humanos de forma diferenciada e privilegiada seria um preconceito inaceitável! Cf. SINGER, Peter. *Libertação animal* (trad. Marly Winckler). Porto Alegre: Lugano, 2004, “passim”.
24. Originalmente: “There is no doubt in my mind that animals do not form moral communities of the kind I have been describing”. SCRUTON, Roger. *Op. cit.* p. 30.
25. Originalmente: “The ideas of freedom, responsibility, right and duty contain a tacit assumption that every player in the moral game counts for one and no player for more than one. By thinking in these terms, we acknowledge all persons as irreplaceable and self – sufficient members of the moral order. Their rights, duties and responsibilities are their own personal possessions”. *Op. cit.* p. 30.
26. ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado* (trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro). 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 103-4.
27. TOOLEY, Michael. *Abortion and infanticide. Philosophy and public affairs*. Oxford: Blackwell Publishing, 1972. V. 2. n. 1. p. 47. Observe-se que em publicação posterior o próprio Tooley abandona a ideia ilógica e absurda de que *direitos derivam de desejos*. Cf. TOOLEY, Michael. *Abortion and Infanticide*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 109-12.
28. *Apud*, KACZOR, Christopher. *A ética do aborto* (trad. Antonio José Maria de Abreu). São Paulo: Loyola, 2014. p. 28. Frise-se que Kaczor não é um seguidor das ideias de Tooley. Ao reverso, faz percuciente e irrespondível crítica a suas concepções tresloucadas.
29. JONAS, Hans. *Philosophical reflections on experimenting with human subjects*.

- In: ENGLEWOCK, Cliff. *Philosophical essays*. Nova Jersey: Prentice-Hall, 1974. p. 126. Hans Jonas opera especialmente na área da bioética. Imagine-se um caso de uma pessoa mentalmente insana que assine um termo de responsabilidade para ser cobaia de experimentos em seres humanos. Considerar essa manifestação de vontade válida, sem maiores perquirições porque o Código Civil, mediante alteração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelece que o deficiente é plenamente capaz como regra, seria não somente uma aberração jurídica, mas também moral. O mesmo ocorre no caso de atos sexuais, de transmissão de bens, de negócios etc.
30. *Apud*, NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 34.
 31. MARTINS, Bruna Lyrio. O recrudescimento penal como arma das minorias: uma resposta ineficiente para um problema de fato. *Boletim IBCCrim*. n. 287, out., 2016. p. 19.
 32. SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de fato”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007. p. 190.
 33. CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis* (trad. Francisco Carlos Desideri). 3. ed. Leme: Edijur, 2008. p. 204.
 34. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007. p. 483-4.
 35. *Op. cit.* p. 484.
 36. SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007. p. 44.
 37. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.* p. 569.
 38. *Op. cit.* p. 580.
 39. *Op. cit.* p. 583.
 40. CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis* (trad. Francisco Carlos Desideri). 3. ed. Leme: Edijur, 2008. p. 196.
 41. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal). Madri: Thomsom-Civitas, 2003. p. 808.
 42. SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 291.
 43. PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e demócídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017. p. 39-41.
 44. RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual* (trad. Fabrício Tavares de Moraes). Brasília: Monergismo, 2016. p. 144.

Referências

- ALTHUSSER, L. *Aparelhos ideológicos de Estado* (trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro). 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- CAMARGO, M. N. (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007.
- CRUET, J. *A vida do direito e a inutilidade das leis* (trad. Francisco Carlos Desideri). 3. ed. Leme: Edijur, 2008.
- DIAS, J. F. *Direito penal*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.
- ENGLEWOOD, C. *Philosophical essays*. Nova Jersey: Prentice-Hall, 1974.
- FERRY, L. *A nova ordem ecológica* (trad. Luís de Barros). Porto: ASA, 1993.
- FIUZA, C. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: RT, 2015.
- GAWANDE, A. *Mortais* (trad. Renata Telles). Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- GRECO, R. *Leis penais especiais comentadas*. Niterói: Impetus, 2016.
- KACZOR, C. *A ética do aborto* (trad. Antonio José Maria de Abreu). São Paulo: Loyola, 2014.
- MARTINS, B. L. O recrudescimento penal como arma das minorias: uma resposta ineficiente para um problema de fato. *Boletim IBCCrim*. n. 287. p. 19-20, out., 2016.
- MENEZES, J. B. (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.
- NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PEREIRA, R. C. (Coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.
- PERLINGIERI, P. *O Direito Civil na legalidade constitucional* (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PESSI, D.; SOUZA, L. G. *Bandidolatria e demócídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017.
- ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal). Madri: Thomsom-Civitas, 2003.
- RUSHDOONY, R. J. *Esquizofrenia intelectual* (trad. Fabrício Tavares de Moraes). Brasília: Monergismo, 2016.
- SÁ, A. A. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007.
- SCRUTON, R. *Animal rights and wrongs*. 2. ed. Londres: Metro Books, 2000.
- SEN, A. *A ideia de justiça* (trad. Denise Bottman e Ricardo Donelli Mendes). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SINGER, P. *Libertação animal* (trad. Marly Winckler). Porto Alegre: Lugano, 2004.
- SOARES, J. C. *O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental – Análise crítica à luz das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 16 set. 2017.

- TOOLEY, M. *Abortion and infanticide*. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- _____. *Abortion and infanticide. Philosophy and Public Affairs*. Oxford: Blackwell Publishing. V. 2. n. 1, 1972.
- TORRES, J. H. R. Reflexos do Novo Código Civil no Sistema Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 44. p. 89-102, jul./set., 2003.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: RT. V. 1. 2014.
- _____. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: RT. V. 1. 2004. p. 522.

Guinada na jurisprudência do STF na interpretação do princípio da presunção de inocência

Wanderlei José dos Reis¹

Juiz de direito e juiz eleitoral em Mato Grosso

Resumo: Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 126.292/SP, deu uma guinada em sua jurisprudência acerca do princípio da presunção de inocência e gerou uma grande celeuma no âmbito jurídico do país. Os defensores da decisão sustentam que o réu já deve ser considerado “culpado” com a decisão de segundo grau na medida em que somente cabem recursos especial e extraordinário que não ensejam “reexame de prova”. Já os detratores da nova posição do STF sustentam que se trata do fim da presunção de inocência, apesar de sua previsão expressa em nossa Constituição.

I. Considerações iniciais

O ARTIGO 5º, INCISO LVII, DA LEI FUNDAMENTAL, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; eis a aclamação explícita do princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da presunção de não culpa ou princípio da não culpabilidade, um dos principais pilares do processo penal no estado democrático de direito em que se arrima a República Federativa do Brasil.

No aspecto terminológico, ao tratar de tais nomenclaturas, Gomes e Bianchini, de forma oportuna, advertem que a denominação “politicamente correta” seria “presunção de inocência”, utilizada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, já que a expressão “princípio da não culpabilidade”, reiteradamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, encontra raízes no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente².

É possível dizer, de maneira ampla, que nos sistemas penais inquisitórios costuma-se partir da premissa de que o acusado ou investigado é culpado, de modo que a máquina estatal se move no sentido de colher elementos probatórios que justifiquem sua condenação. A adoção do princípio da presunção de inocência, por sua vez, inverte o sentido da persecução penal adotada nos sistemas inquisitórios, fazendo com que o processo penal tome como premissa a hipótese de que o acusado ou investigado é inocente, devendo então ser provada, durante o curso do processo, a sua culpa. Sendo assim, não pode haver qualquer atuação estatal configuradora de antecipação da pena.

Nesse sentido, já aduzia Beccaria que “um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos com os quais aquela lhe foi outorgada”³.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, reviu sua jurisprudência acerca do princípio da presunção de inocência e gerou uma grande celeuma no âmbito jurídico do país, com base no novel julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292/SP, ao qual nos ateremos a seguir.

II. Análise do tema

É consabido que o princípio da presunção de inocência se projeta sob dois aspectos no processo penal, ou, dito de outra forma, são dois os principais efeitos que o princípio produz na órbita processual penal: no *onus probandi* e nas prisões cautelares. O primeiro diz respeito ao

standard anglo-saxão de prova e de que a dúvida sempre milita em favor do acusado, traduzido no princípio *in dubio pro reo*, constituindo esse o núcleo duro do princípio, por isto, de caráter absoluto. Dessa forma, o *onus probandi* é atribuído ao acusador, a quem incumbe o dever de comprovar em juízo no curso do processo penal aquilo que está retratado na peça acusatória, sob pena de absolvição do réu. No que tange às prisões cautelares, também denominadas de prisões processuais ou provisórias, qualquer uma de suas espécies – prisão em flagrante, preventiva ou temporária – impede que se configurem uma espécie de punição antecipada ao réu.

Assim, em análise a tais efeitos, tem-se que, por força do princípio da presunção de inocência, a restrição de direitos do réu antes do julgamento é ilidida, mas não de uma forma absoluta, como pode ser depreendido da admissibilidade da prisão cautelar ou provisória, que não pode, em nenhuma hipótese, se apresentar como um castigo antecipado, devendo, então, revelar-se sempre como medida assecuratória vinculada à real necessidade de sua imposição, como no caso das hipóteses legais do art. 312 do Código de Processo Penal (CPP), que estabelece os fundamentos em que a prisão preventiva poderá ser decretada – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (pressupostos da prisão preventiva) e uma vez atendidos os demais requisitos legais ou condições de admissibilidade da medida. De outro lado, no tocante ao segundo viés do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova é atribuído ao acusador, o qual, por isso, tem o dever de comprovar cabalmente no processo penal diante do Estado-juiz aquilo que está retratado na peça acusatória, mister cujo descumprimento ou cumprimento insatisfatório acarreta a absolvição do acusado, pela aplicação de outro postulado que guarda relação estreita e direta com a presunção de inocência, que é o princípio *in dubio pro reo*.

Logo, *a priori*, mostrar-se-ia incompatível o princípio constitucional da presunção de inocência com o cumprimento provisório de pena já que o cerceamento da liberdade de forma preventiva não pode cons-

tituir uma punição antecipada àquele que nem sequer possui condenação definitiva contra si, revelando-se eventual execução antecipada de pena um ato atentatório ao princípio constitucional da dignidade de pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), epicentro do constitucionalismo contemporâneo.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, deu uma guinada em sua jurisprudência acerca do princípio da presunção de inocência.

Para uns, a decisão do STF representou um grande avanço, já para outros o entendimento da corte se traduziu em retrocesso. De qualquer forma, faz-se necessário trazer à baila o histórico jurisprudencial do alto pretório sobre o tema até o julgamento do HC 126.292/SP, o qual, sem dúvida, significou um novo divisor de águas relativo ao tema na nossa história recente, tanto no aspecto processual penal quanto no constitucional.

Entrementes, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.726/DF⁴, ocorrido em 28 de junho de 1991, de relatoria do ministro Néri da Silveira, firmou entendimento no sentido de que não conflitaria com a norma do art. 5º, inciso LVII, da carta constitucional, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores.

Ainda, no julgamento do HC 74.983/DF⁵, de relatoria do ministro Carlos Velloso, ocorrido em 30 de junho de 1997, o STF decidiu que, por não terem efeito suspensivo, os recursos especial e extraordinário não impedem o cumprimento de mandado de prisão.

Na mesma trilha, no âmbito das turmas do STF, até o ano de 2009 já prevalecia o entendimento de que era possível a execução provisória da condenação após confirmada a sentença condenatória pelo órgão judiciário de segundo grau, visto que os recursos eventualmente aviados, especial e extraordinário, não são dotados de efeito suspensivo, nos termos do então em vigor art. 27, § 2º da Lei 8.038/90⁶.

Aliás, com base nesse entendimento, até então predominante, foi editada a Súmula 716 do STF, a qual admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Contudo, no julgamento do HC 84.078/MG, ocorrido em 5 de fevereiro de 2009, de relatoria do ministro Eros Grau⁷, a corte excelsa reformulou o seu entendimento e, por maioria (7 votos a 4) e nos termos do voto do relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, da carta da República.

Em seu voto, o ministro Eros Grau, na condição de relator, ressaltou que, ao refletir sobre a jurisprudência da corte sobre o tema, chegou à conclusão de que o entendimento até então adotado pelo tribunal deveria ser revisto. Isso porque, segundo ele, o art. 637 do Código de Processo Penal estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. Por sua vez, o art. 105 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, valendo a mesma regra para a execução da pena restritiva de direitos. Da mesma forma, o art. 5º, inciso LVII, do estatuto político de 1988, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A par disso, o ministro Eros Grau aduziu que “os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP”⁸.

Se não é permitida a execução de pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão deve ser coibida a execução de pena privativa de liberdade

No tocante à pena restritiva de direitos, o ministro frisou que ambas as turmas do STF⁹ têm dado interpretação ao art. 147 da Lei de Execução Penal, à luz das cláusulas constitucionais, e, por conta disto, vêm replelindo a possibilidade de execução da sentença condenatória sem que esteja coberta pelo manto do trânsito em julgado.

Dentro dessa lógica, se não é permitida a execução de pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão deve ser coibida a execução de pena privativa de liberdade – por ser incontestavelmente mais grave – enquanto não sobrevier o título condenatório definitivo. Por isso, o ministro Eros Grau obtemperou que “entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia”¹⁰.

No mesmo passo, o ministro relator afirmou que, por meio de uma leitura sóbria do texto constitucional, seria possível inferir, sem maiores dificuldades, que a Constituição assegura que nem a lei, e muito menos qualquer decisão judicial, imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, “apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite que seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, salientando que a ampla defesa não deve ser vista de modo restrito, na medida em que esta abrangeria todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Em razão disso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação redundaria, igualmente, em restrição ao direito de defesa, “caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão”¹¹.

No que tange à supressão do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, tal como previsto no então em vigor art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, o ministro sublinhou que tal disposição normativa é resultado de uma política criminal deveras repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei 7.960/89 e, posteriormente, pela Lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Nesse particular, afirmou que a produção legislativa penal e processual penal da década

de 1990 é manifestamente reacionária, na medida em que se curva aos clamores populares, almejando punições rigorosas e imediatas.

Nesse diapasão, o ministro Eros Grau salientou que, em certos momentos, a violência integra o cotidiano da coletividade. Por conta disso, a imprensa, por meio de uma espécie de “tribunal de exceção”, passa a difundir a ideia de que todos são culpados até prova em contrário, raciocínio esse diametralmente oposto ao que a Constituição assevera. Por isso, “é bom que estejamos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca atônita de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente conduz ao olho por olho, dente por dente”¹².

Ainda, o ministro relator alertou que, caso prevalecesse o entendimento contrário ao texto da Constituição, “melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebrandando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete!”¹³.

Por fim, o ministro Eros Grau consignou na ocasião que, nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direito e, em vista disso, não podem ser transformados em objeto processual. Portanto, “é inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgada a condenação de cada qual”. Por essas razões, ele reputou a antecipação da execução penal incompatível com o preceito do art. 5º, inciso LVII, da Constituição republicana de 1988¹⁴.

Sem embargo, modificando novamente o entendimento da corte, no julgamento do HC 126.292/SP¹⁵, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF deu nova guinada em sua jurisprudência e, também por maioria (7 votos a 4) e nos termos do voto do relator, firmou entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao proferir seu voto, o ministro Teori Zavascki, na condição de relator do processo, assentou que o princípio da presunção de inocên-

cia, positivado no art. 5º, inciso LVII, do estatuto fundamental, ganhou relevo no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição Federal de 1946, com a adesão do Estado brasileiro à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A consagração desse postulado, segundo ele, teve reflexos fundamentais na elaboração de normas processuais, principalmente em relação àquelas que vieram a dispor sobre produção das provas, da distribuição do ônus probatório e da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos¹⁶.

O ministro relator afirmou que, de fato, antes de proferida a sentença, há de se manter reserva de dúvidas quanto à conduta delituosa, o que leva a conferir ao acusado, para todos os efeitos – mas, especialmente no que se refere ao ônus probatório da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação significaria, neste caso, um juízo de culpabilidade, que deve aflorar dos elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório no curso da ação penal. A partir daí, para o sentenciante de primeiro grau, ficaria superada a presunção de não culpabilidade por um juízo de culpa – pressuposto inarredável para a condenação –, embora não definitivo, já que passível de revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior. Assim, conforme o relator, “é nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame dos fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”¹⁷.

Em outras palavras, o ministro relator defendeu que é nesse estágio que se materializaria, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, momento em que há o reexame da decisão judicial em sua integralidade, mediante ampla devolutividade da matéria vertida na ação penal, tenha ela sido analisada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu, por sua vez, restaria garantido o direito de acesso, em liberdade, a essa instância de segundo grau, sem prejuízo de eventuais prisões cautelares porventura decretadas¹⁸.

Neste sentido, de acordo com o ministro Teori Zavascki, os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, haja vista que não se prestam à reapreciação da matéria fática probatória. Desta forma, tendo havido, em segundo grau,

um juízo de culpabilidade do acusado, lastreado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pelos tribunais superiores, “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”¹⁹.

Igualmente, o relator declinou que a execução provisória da sentença condenatória, ainda que na pendência de julgamento de recursos de natureza extraordinária, não comprometeria o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o acusado foi tratado como inocente durante o transcurso do processo criminal ordinário, tendo sido respeitados os direitos e garantias a ele inerentes, assim como observadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Ante esse quadro, não violaria o postulado da não culpabilidade autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos da própria responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias²⁰.

A presunção de inocência não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório gere seus efeitos em desfavor do acusado

A título de exemplo, o ministro relator mencionou que a Lei Complementar 135/10, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que alterou o art. 1º, inciso I, da Lei Complementar 64/90 – Lei das Inelegibilidades, incluindo, entre outras, a alínea “e”, pela qual se passou a considerar inelegível, para qualquer cargo, o candidato que tiver contra si condenação transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado. Assim sendo, a presunção de inocência não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório gere seus efeitos em desfavor do acusado²¹.

No mais, destacou que, em se tratando de direito alienígena, o cenário não era diferente, conforme se observou no julgamento do HC 85.886/RJ, de relatoria da ministra Ellen Gracie. Na oportunidade, a ministra relatora aduziu que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”²².

Na mesma contextura, o ministro Teori Zavascki lembrou que os recursos de natureza extraordinária não objetivam discutir a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Em verdade, esses apelos extremos se prestariam, unicamente, à proteção da higidez do sistema normativo. Tal fato teria ganhado mais realce, em relação recurso extraordinário, com o advento da Emenda Constitucional 45/04, a qual instituiu como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a demonstração, em forma de preliminar, da repercussão geral da questão constitucional nele versada. “E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, têm se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente”²³.

Conforme o ministro relator, não se pode perder de vista que a jurisprudência que assegura, de forma absoluta, o princípio da presunção de inocência – de modo a afastar a executividade de qualquer condenação enquanto não julgados os recursos endereçados aos tribunais superiores – “tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória”²⁴.

Diante desse cenário, o ministro Teori Zavascki asseverou que compete ao Poder Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, assegurar que o processo – único meio de concretização do *jus puniendi* estatal – cumpra a sua incontornável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de conferir apenas efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário, tal como previsto nos diplomas legais é, sob essa perspectiva, “mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado”²⁵.

Portanto, na sua visão, não se afiguraria arbitrária, mas plenamente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o cumprimento da reprimenda, até mesmo com o encarceramento do condenado, após a constatação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Porém, o ministro relator advertiu que, de fato, podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios emitidos pelas instâncias ordinárias, assim como nas instâncias extraordinárias. Nesses casos, o ministro

assinalou que sempre haverá outros mecanismos jurídicos vocacionados a suspender, caso necessário, a execução da pena, como as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ou a ação constitucional do *habeas corpus*. De uma forma ou de outra, “mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos”²⁶.

Assim, com base nesses argumentos, o ministro Teori Zavascki, ao votar pela denegação da ordem de *habeas corpus*, reavivou o antigo entendimento da corte excelsa concluindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao manifestar adesão ao voto do relator, o ministro Roberto Barroso apontou que diferentes países do mundo divergem entre poder executar a condenação criminal desde a decisão de primeiro grau ou poder executar depois da decisão de segundo grau. Todavia, segundo ele, nenhum país exige mais do que dois graus de jurisdição para que se possa dar cumprimento a uma decisão criminal. No mesmo panorama, o ministro afirmou que o desfecho de um processo criminal, muitos anos após o fato delituoso, é incapaz de dar à sociedade uma resposta necessária. “E quando isso acontece, o Direito Penal acaba não desempenhando o papel mínimo que ele deve desempenhar, que é da prevenção geral, da dissuasão de condutas incompatíveis com a lei”²⁷.

Calcado nessas premissas, o ministro Roberto Barroso trouxe à baila três aspectos pertinentes. No primeiro, assentou que a condenação de primeiro grau, referendada em recurso de apelação, inverteria a presunção de inocência. Dito de outro modo, todo acusado em processo criminal teria direito a dois graus de jurisdição, sendo que, a partir daí, a presunção de não culpabilidade restaria afastada. No segundo aspecto, o ministro ressaltou que o recurso extraordinário não se destina a indagar o acerto ou desacerto da decisão das instâncias ordinárias, nem a reexaminar os fatos e as provas, mas tão somente questões de direito, constitucional quando for perante o STF e infraconstitucional quando for perante o STJ – a partir de então, a materialidade e a autoria já teriam

sido demonstradas, à exaustão, no primeiro e no segundo graus. Já no terceiro aspecto, considerado o mais grave pelo ministro, a impossibilidade de execução imediata da condenação proferida em segundo grau estimularia a interposição sucessiva de recursos procrastinatórios²⁸.

Aliás, o ministro Luís Barroso salientou que a linha de raciocínio proposta pelo relator, ministro Teori Zavascki, teria por objetivo restaurar o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias. Isso porque, no Brasil, os juízes de primeiro grau e os tribunais de justiça passaram a funcionar como instâncias de passagem, na medida em que todos os recursos sobem para o STJ e, posteriormente, para o STF, numa sucessão interminável de instâncias. Portanto, “com essa nova orientação, vamos restabelecer a importância e o prestígio da decisão de primeiro grau e, sobretudo, do acórdão do Tribunal de Justiça”²⁹.

De mais a mais, o ministro Roberto Barroso assinalou que o modelo que passou a vigorar a partir da decisão proferida no HC 84.078/MG não teria funcionado bem, pois desde então se impediu que as condenações confirmadas em grau de apelação produzissem efeitos, concedendo aos recursos de índole extraordinária um efeito suspensivo que eles não dispõem: “Criou-se, a partir daí, uma cultura que fomenta a infundável interposição de recursos protelatórios”. Conclui o ministro que, “uma vez ocorrida a condenação de segundo grau, está rompida a presunção de não culpabilidade e, portanto, há a possibilidade de se dar cumprimento à decisão condenatória”³⁰.

Da mesma forma, os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes seguiram o voto do relator, ministro Teori Zavascki.

Em contrapartida, nesse julgamento do HC 126.292/SP, a ministra Rosa Weber, ao abrir a divergência, disse que não se sentia à vontade para enfrentar a questão e mudar a jurisprudência da corte.

Nessa mesma esteira, o ministro Marco Aurélio, ao acompanhar a divergência, vaticinou que, naquele momento, não estaria vendo uma tarde auspiciosa, em termos jurisdicionais, na vida do Supremo Tribunal Federal, visto que, ao rever a jurisprudência firmada no HC 84.078/MG, a corte suprema admitiu a “execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada”³¹.

O ministro Marco Aurélio pontuou que o STF, ao alterar sua jurisprudência, esvaziaria o modelo garantista, resultante da Constituição Federal de 1988, que foi apelidada por Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”. “Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã”³².

O ministro Marco Aurélio sublinhou que, de fato, o momento é de delinquência maior, quadro esse agravado também pelo crescimento demográfico desenfreado, ocorrido nos últimos 45 anos. Do mesmo modo, o ministro destacou que a Justiça é deveras morosa e que, na seara do direito penal, o tempo é ainda mais precioso, pois a morosidade nos julgamentos pode acarretar a prescrição da pretensão punitiva. Nesse sentido, entretanto, defendeu que é justamente nesses momentos de crise que devem ser observados parâmetros, princípios e valores, de modo a não gerar instabilidade social, mesmo porque “a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida”³³.

A presunção de inocência representa uma importantíssima conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a tirania do Estado e o abuso de poder

O ministro Marco Aurélio lembrou ainda que o alto pretório, em tempos recentes, havia decidido que a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, era incompatível com o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da *lex mater*. Agora, com base no mesmo texto constitucional, o STF estava a concluir de forma diametralmente oposta. Com efeito, o postulado constitucional da não culpabilidade, para ele, não admite interpretações. Neste rumo, “há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”³⁴.

Dentro desse raciocínio, o ministro Marco Aurélio afirmou que o pressuposto da execução provisória, na seara patrimonial, é a possibilidade de retorno ao estado anterior, em caso de eventual reforma da deci-

são recorrida. Ocorre que, no campo penal, não se pode dizer o mesmo, pois no caso de eventual absolvição do acusado, a liberdade cerceada indevidamente não lhe poderá ser restituída. A propósito, lembrou que o ministro Cézar Peluso, quando em atividade na corte, chegou a formular uma proposta de emenda constitucional, no sentido de diminuir o número de recursos endereçados às cortes superiores e, com isso, possibilitar o cumprimento imediato das decisões proferidas nas instâncias ordinárias, mas tal ideia não teria prosperado no âmbito legislativo. “Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró”³⁵.

À guisa de conclusão no caso, o ministro Marco Aurélio assentou que o significado do princípio constitucional da presunção de inocência não é outro “senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva”³⁶.

No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello, decano da corte, ao acompanhar a divergência, ressaltou que a presunção de inocência representa uma importantíssima conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a tirania do Estado e o abuso de poder, e que este postulado “tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana”³⁷.

O ministro Celso de Mello lembrou que a repulsa à presunção de inocência deita raízes em uma visão que não se coaduna com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, de forma indevida, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não albergadas pelo texto constitucional³⁸.

Sob a óptica constitucional, o ministro salientou que a carta da República de 1988 se constitui como o símbolo representativo da antítese ao despotismo do estatal e à força opressiva do poder. Desta forma, qualquer ilação que induza à culpabilidade antecipada do réu será, na sua visão, “a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse”³⁹.

Sendo assim, o ministro Celso de Mello pontuou que a consagração constitucional da presunção da não culpabilidade como direito fundamental de qualquer cidadão – independentemente da gravidade do delito que lhe haja sido atribuído – há de realizar, sob o prisma da liberdade, uma hermenêutica emancipatória dos direitos e garantias da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre tratada como inocente, para todos os fins, deve perdurar até superveniente trânsito em julgado da sentença condenatória, “como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral”⁴⁰.

Salientou o ministro, a título de exemplo, o julgamento do HC 96.095/SP, de sua relatoria, no qual restou decidido que o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. Ademais, consignou que a presunção de inocência não desvanece gradualmente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição. Nesta senda, mesmo que referendada a condenação penal por um tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do condenado, esse direito fundamental, que só cederá diante do trânsito em julgado da condenação criminal⁴¹.

Ainda, por derradeiro, ao verificar que a tese encampada pelo relator do processo prevaleceria no julgamento em curso, o ministro Celso de Mello, em tom de indignação, aduziu que

em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado.⁴²

Por seu turno, o ministro Ricardo Lewandowski, ao também aderir à divergência no julgamento do HC 126.292/SP em curso, anotou que se sentiu surpreso diante da guinada da corte em relação à decisão proferida na referida assentada. Isso porque, para ele, tal entendimento foi deflagrado logo após o tribunal ter reconhecido, no julgamento da

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF e do Recurso Extraordinário (RE) 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro pátrio está absolutamente falido, e que tal situação teria gerado um estado de coisas inconstitucional. “Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea”⁴³.

Mais adiante, o ministro Ricardo Lewandowski enfatizou que no Brasil o sistema jurídico sempre deu mais valor à propriedade do que à liberdade do cidadão. Prova disso seria o disposto no art. 520, incisos I a IV, da Lei 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil⁴⁴, já que, no que se refere à propriedade privada, o legislador teria se cercado de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, com a restituição integral do bem, no caso de posterior reforma da sentença, por parte dos tribunais superiores. No entanto, no que tange à liberdade, o ministro asseverou que, caso prevalecesse o voto do relator, o cidadão poderá ser provisoriamente preso por anos, e, em caso de eventual absolvição, “não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis”⁴⁵.

Além disso, por fim, o ministro Ricardo Lewandowski apontou que o Brasil tem, atualmente, cerca de 600 mil presos, sendo a quarta maior população carcerária, em termos mundiais, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Dentro desses 600 mil presos, 40%, ou seja, 240 mil são presos provisórios. Dentro desse raciocínio, obtemperou que, “na medida em que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarente mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos”⁴⁶.

Sem embargo, apesar das razões aduzidas nos votos divergentes, o STF decidiu, por maioria, denegar a ordem pleiteada no HC 126.292/SP e, por consequência, restaurar entendimento até então superado pela corte, no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, mesmo que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o núcleo essencial

do princípio constitucional da presunção de inocência, estatuído no inciso LVII do art. 5º da carta constitucional.

Essa autêntica guinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a toda evidência, não passou imune a críticas, principalmente na seara doutrinária, das quais trazemos à colação algumas.

Nesse sentido, Streck asseverou que o STF, no julgamento do HC 126.292/SP, teria reescrito a Constituição Federal e, com isso, aniquilado a garantia fundamental da presunção de inocência, já que este julgamento teria se revelado um equívoco, pois o alto pretório havia julgado inconstitucional o próprio texto constitucional⁴⁷.

Ainda segundo Streck, essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, porquanto a matéria foi levada ao plenário da corte. Entretanto, relata que não houve declaração incidental, visto que teria sido uma interpretação da carta da República e, ao que parece, a corte suprema não declarou a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo do Código de Processo Penal. E é aí que residiria o problema, pois, conforme o jurista, não seria possível ignorar a clareza do texto do art. 283 do Código de Processo Penal (cuja redação é do ano de 2011), o qual estabelece que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva⁴⁸.

A par disso, Streck pontuou que, da análise do voto do ministro Teori Zavascki, relator do feito, não se vislumbraria qualquer menção ao art. 283 do CPP, o que levaria a concluir que tal dispositivo legal ainda está em pleno vigor. Em continuação, Streck afirma que o voto do ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC 126.292/SP, vai de encontro ao raciocínio construído pelo próprio ministro no julgamento da Reclamação 2.645/SP, quando ainda era ministro do Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que, ao proferir o seu voto, entendeu que seria inadmissível negar aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade. Ocasão em que proclamou: “tenho absoluta tranquilidade para dizer que o art. 283 continua válido. Logo, aplicável”⁴⁹.

Diante desse quadro, Streck conclui que, para que esse impasse seja solucionado, o caminho correto será a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por meio da qual o STF terá que dizer se o art. 283 do CPP é constitucional ou não. “Isto porque, neste momento, tem-se seguinte quadro dicotômico: um dispositivo do CPP (ainda) válido e uma decisão do STF estabelecendo o sentido contrário. Ambos não podem conviver”⁵⁰.

Para El Hireche e Santos, o entendimento emanado pelo STF, no julgamento do HC 126.292/SP, demonstra a diminuição da importância atribuída aos recursos de natureza extraordinária. “Se o problema é a demora para julgamento, que se criem meios de, respeitando as regras processuais, acelerar o julgamento; não é crível que se prenda alguém ao argumento de que há uma (de) mora no julgamento dos chamados recursos nobres.”⁵¹ Os autores frisam ainda que “a execução provisória, tão útil no campo civil (extrapenal), parece ser verdadeira aberração no Direito Penal. Basicamente porque o processo penal cuida de dois bens irrecuperáveis: o tempo e a liberdade”⁵².

Já segundo Bitencourt, o STF, ao permitir a execução antecipada da sentença condenatória, mesmo pendentes recursos de natureza extraordinária, ignorou os tratados internacionais recepcionados pela ordem constitucional vigente, bem como o postulado constitucional da presunção de inocência. “Trata-se de um dia em que o Supremo Tribunal Federal escreveu a página mais negra de sua história ao negar vigência de texto constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência o trânsito em julgado de decisão condenatória.”⁵³

III. Considerações finais

A toda evidência, do ponto de vista social, temos que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao permitir a execução provisória de condenação criminal chancelada pelo segundo grau de jurisdição, teve por objetivo conferir autoridade e prestígio às instâncias ordinárias, porquanto, em inúmeros casos, o condenado lançava mão de vários recur-

sos endereçados aos tribunais superiores justamente para procrastinar o andamento da ação penal e, desta forma, adiar o início da execução da pena e obter eventual prescrição da pretensão punitiva ou até executória.

Um exemplo claro disso é o caso do ex-senador Luiz Estevão de Oliveira Neto, acusado de participar de desvio de dinheiro envolvendo obras do Fórum Trabalhista de São Paulo/SP, na década de 1990. Após a sentença absolutória, proferida em 26 de junho de 2002, houve recurso do Ministério Público Federal ao Tribunal Regional Federal, o qual foi provido em 3 de maio de 2006 para condenar o ex-senador à pena de 31 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelos crimes de peculato-desvio, estelionato qualificado em continuidade delitiva, corrupção ativa, uso de documento falso e quadrilha ou bando.

Ocorre que, desde a condenação de segunda instância, superada a análise fática e formada a culpa, foram interpostos 34 recursos/impugnações pela defesa de Luiz Estevão, apenas visando à exaustiva análise de matéria de direito e legalidade, circunstâncias essas que ensejaram a prescrição da pretensão punitiva, na data de 3 de maio de 2014, em relação aos crimes de formação de quadrilha e uso de documento falso.

Portanto, sob a perspectiva da efetividade do sistema penal, claramente, não há dúvida de que a decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP merece elogios.

Por outro lado, ao se verificar que o princípio da presunção de inocência é a baliza mestra da aplicação do *jus puniendi* estatal, sob uma ótica estritamente constitucional, conclui-se que esse atual entendimento do STF afronta a literalidade do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pois, da leitura do aludido enunciado normativo, observando-se seus limites semânticos, extrai-se, sem maiores elucubrações, que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado de édito penal condenatório, logo, ao tentar reescrever o postulado constitucional da presunção de inocência, o STF se sub-rogou no papel do legislador constituinte, o que nos parece deveras temerário para o estado democrático de direito brasileiro.

Notas

1. Wanderlei José dos Reis. Juiz de direito e juiz eleitoral em Mato Grosso. Mestre em direito constitucional. Doutor e pós-doutor em direito MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio.
2. GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. In SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251.
3. BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003, p. 35.
4. BRASÍLIA. STF. HC 68.726/DF. Rel. Min. Néri Da Silveira. Tribunal Pleno, julgado em 28.06.91, publicado em 20.11.92.
5. BRASÍLIA. STF. HC 74.983/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, julgado em 30.06.97, publicado em 29.08.97.
6. BRASÍLIA. STF. HC 70.662/RN. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 21.06.94, publicado em 04.11.94; HC 71.723/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, julgado em 14.03.95, publicado em 16.06.95; HC 79.814/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. Segunda Turma, julgado em 23.05.00, publicado em 13.10.00; HC 80.174/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma, julgado em 06.06.00, publicado em 12.04.02; RHC 84.846/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 05.11.04; RHC 85.024/RJ, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 23.11.05, publicado em 10.12.04; HC 91.675/PR. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 04.09.07, publicado em 07.12.07.
7. BRASÍLIA. STF. HC 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05.02.09, publicado em 26.02.10.
8. *Idem*.
9. Nesse sentido: BRASÍLIA. STF. HC 84.587/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 19.11.04; HC 84.741/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, julgado em 07.12.04, publicado em 18.02.05; HC 84.859/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 14.12.04, publicado em 13.05.05; HC 85.289/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, julgado em 22.02.05, publicado em 11.03.05; HC 88.413/MG. Rel. Min. Cezar Peluso. Primeira Turma, julgado em 23.05.06, publicado em 09.06.06; HC 86.498/PR. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 18.04.06, publicado em 19.05.06; HC 88.741/PR. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 23.05.06, publicado em 04.08.06.
10. BRASÍLIA. STF. HC 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05.02.09, publicado em 26.02.10.
11. *Idem*.
12. *Idem*.
13. *Idem*.
14. *Idem*.

15. BRASÍLIA. STF. HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.16.
16. *Idem.*
17. *Idem.*
18. *Idem.*
19. *Idem.*
20. *Idem.*
21. *Idem.*
22. BRASÍLIA. STF. HC 85.886/RJ. Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 06.09.05, publicado em 28.10.05.
23. BRASÍLIA. STF. HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.16.
24. *Idem.*
25. *Idem.*
26. *Idem.*
27. *Idem.*
28. *Idem.*
29. *Idem.*
30. *Idem.*
31. *Idem.*
32. *Idem.*
33. *Idem.*
34. *Idem.*
35. *Idem.*
36. *Idem.*
37. *Idem.*
38. *Idem.*
39. *Idem.*
40. *Idem.*
41. *Idem.*
42. *Idem.*
43. *Idem.*
44. Art. 520, CPC. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:
 - I corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;
 - II fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;
 - III se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;
 - IV o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem

- transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.
45. BRASÍLIA. STF. HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.16.
 46. *Idem.*
 47. STRECK, Lênio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 7 mar. 2016.
 48. *Idem.*
 49. *Idem.*
 50. *Idem.*
 51. EL HERICHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *Decisão do Supremo é mais um capítulo do direito penal de emergência*. Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
 52. *Idem.*
 53. BITENCOURT, César Roberto; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

Referências

- BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003.
- BITENCOURT, César Roberto; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 7 mar. 2016.
- EL HERICHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *Decisão do Supremo é mais um capítulo do direito penal de emergência*. Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. In SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

EM DESTAQUE

O dolo eventual na responsabilidade criminal do médico – breves anotações à luz de casos concretos

Miguel Kfoury Neto¹

Desembargador e ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

1. Introdução

TALVEZ A QUESTÃO MAIS AGUDA A DESAFIAR A DOUTRINA e os aplicadores do direito penal cinja-se à caracterização do *dolo eventual* na conduta do profissional da medicina.

O médico é formado para não errar. Talvez aspire à infalibilidade, o que é evidente utopia. Todos erramos, vez ou outra. Mas o profissional da medicina lida mal com o erro, raramente admite ter errado. E procura as mais diversas justificativas para o ato culposos, estando sempre presente a ideia – esta sim, correta – de que a medicina não é ciência exata, a âlea terapêutica sempre está presente, porquanto o dano verificado advém muitas vezes das condições pessoais, das debilidades congênitas do paciente, e menos da intervenção do médico.

Na quase totalidade dos casos, o médico não quis errar. Agiu com *culpa stricto sensu*. Em situações extremas, todavia, a conduta do médico deixa de se enquadrar no figurino da *culpa consciente*, desborda as fronteiras da mera infração a um dever objetivo de cuidado, e adentra aos domínios do *dolo eventual*.

Passamos, pois, à análise do tema, inçado de dificuldades, quando se trata de examinar o caso concreto. Temos em mente três julgados da Primeira Câmara Criminal do TJPR. Dois deles por nós relatados; compusemos o quórum do terceiro. Nos três, o recurso da defesa foi desprovido, mantendo-se o pronunciamento singular, que firmou a ocorrência do *dolo eventual*. Como nenhum deles ainda transitou em

julgado, pendentes recursos excepcionais, passamos a expor a forma pela qual julgamos mencionadas ocorrências.

Para se admitir o *dolo eventual*, a conduta do médico deve colidir frontalmente com as regras técnicas que regem a profissão, sobretudo descumprindo, sem a menor sombra de dúvida, preceitos e protocolos inarredáveis da prática médica, desprezando resoluções e outros atos normativos exaradas pelo Conselho Federal de Medicina, aplicáveis às especialidades.

2. Anestesiologia e dolo eventual

Isso ocorreu, a nosso ver, exemplificativamente, no caso do anestesiológico que abandonou a sala de cirurgia em meio a procedimento de cirurgia plástica (abdominoplastia – e, por isso, o cirurgião não percebeu a saída do anestesista, que se posicionava por detrás da paciente e esta, com o dorso arcado para a frente, tolhia o campo de visão do operador, impossibilitado de enxergar o colega). Ao deixar a paciente entregue à própria sorte, esta lhe foi madrasta, pois daí resultou irreversível comprometimento neurológico à vítima, reduzida à vida vegetativa. Consta que o anestesista teria se ausentado para tratar da vistoria e renovação do seguro do seu automóvel.

A situação narrada revelaria conduta tão aberrante dos cânones da especialidade que desborda os parâmetros da *culpa consciente* para adentrar aos domínios do *dolo eventual*.

Todos sabemos que os médicos são formados para mitigar dores e salvar vidas. A simples menção ao fato de que um desses profissionais, mesmo vislumbrando a provável ocorrência do dano, persevera na ação geradora do risco, traz consigo ponderosas dúvidas. Trata-se de situações graves, com resultados trágicos, perfeitamente evitáveis, se porventura o médico não transgredisse, de forma tão escancarada, as regras da profissão, incidentes à hipótese.

O anestesiológico, no caso narrado, fez tábula rasa do imposterável dever de vigilância sobre as condições vitais da pessoa entregue a seus cuidados. Dessa forma, o médico subtraiu da paciente qualquer

possibilidade de socorro de urgência, com tempo de resposta adequado, para minorar consequências indesejadas – caso se verificasse, por exemplo, reação anafilática ou similar, risco sempre presente na indução anestésica.

Os anestesistas têm plena consciência, desde os bancos acadêmicos, passando pela residência médica e, ao depois, durante todos os dias da sua vida profissional, da vedação expressa de se afastar da sala de cirurgia. Tal imperativo encontra-se consagrado em ato normativo (art. 1º, inc. II, da Resolução 1.802/2006 do Conselho Federal de Medicina, publ. no DOU de 1º.11.2006). É, ademais, imposição ética a permanência à cabeceira do paciente – e deve, sobretudo, ser um comportamento ditado pela sua própria consciência. Além de impor ao anesthesiologista a vigilância constante do paciente, mencionada resolução (art. 1º, inc. IV) veda a realização de anestésias simultâneas em pacientes distintos.

A simples menção ao fato de que um médico, mesmo vislumbrando a provável ocorrência do dano, persevera na ação geradora do risco, traz consigo ponderosas dúvidas

Esclareceu-nos o doutor José Aberlardo Garcia de Meneses, professor de anesthesiologia, que “o especialista, além dos conhecimentos técnicos, da segurança das drogas, do arsenal terapêutico, da tecnologia para a monitorização do paciente e para a aplicação de determinadas técnicas, o indispensável é a *vigilância*. Quando falta a vigilância, tudo o mais pode contribuir para o insucesso”.

Tais especialistas dizem ser a anestesia composta por “noventa e nove por cento de tédio e um por cento de pânico”. Justamente por isso, nesses momentos em que a situação exige pronta e adequada intervenção, é que os anestesistas devem permanecer à cabeceira do paciente desde a indução anestésica até a completa recuperação, sem se permitir mínimo afastamento.

Portanto, no momento em que se ausenta da sala de cirurgia, deixando o paciente desassistido, o anesthesiologista aceita o resultado, ou seja, aquiesce à probabilidade de a pessoa que se submete à intervenção vir a sofrer todas as consequências nefastas – danos cerebrais quase

sempre irreversíveis ou morte – provenientes da falta de oxigenação no cérebro. O anestesista tem pleno conhecimento de que, em sua ausência, nada poderá ser feito para reanimar o paciente, pois ele, o anestesista, não estará em seu lugar. Isto arreda o figurino da *culpa consciente* para armar o *dolo eventual*.

Com agudeza, observou o desembargador Silva Pinto, do TJSP: “No dolo eventual, ‘o agente não quer o resultado mas aceita o risco de produzi-lo. Na culpa com previsão, nem esta aceitação do risco

O anestesista tem pleno conhecimento de que, em sua ausência, nada poderá ser feito para reanimar o paciente, pois ele, o anestesista, não estará em seu lugar

existe, o agente espera que o resultado não ocorra. [...] Nem sempre é fácil distinguir a culpa consciente do dolo eventual. São confinantes e, assim, em certas circunstâncias, mesmo os mais avisados podem fazer confusão entre uma figura e outra, principalmente considerando que, para a distinção, é necessário adentrar no exame do elemento anímico – aquilo que passou pela mente do réu no momento do procedimento reprovável. Nem sempre as provas demonstram, com toda a clareza, a questão da subjetividade. Como prelecion-

na Fernando de Almeida Pedroso a prova a respeito do elemento subjetivo nem sempre é fácil: ‘elemento de natureza interna e subjetiva, o *animus* (intenção) que conduz o agente ao crime, por obter nascedouro nos recônditos de sua alma e na sua indevassável mente e inexplorável pensamento, assume-se como dado de difícil perquirição e dificultosa constatação’ (‘Direito Penal’, Editora Leud, 2. ed., p. 417).”²

Nenhum outro profissional da medicina, mais que esse especialista, tem consciência dessa eventualidade. Por isso, não lhe é dado afirmar, singelamente, não desejar que tal evento adverso se verifique. Isso porque, “se o agente aceita o risco de produzir o resultado como consequência provável da sua conduta, o crime é doloso e não culposo. Na culpa consciente o resultado é representado em um juízo de simples possibilidade; no dolo eventual, em um juízo de probabilidade”³.

Portanto, o especialista em anestesiologia, médico experiente e com residência específica, tem consciência de que o pior poderia acontecer quando se ausenta da sala de cirurgia, sem deixar em seu lugar colega com idênticas credenciais profissionais – seja qual for o motivo dessa saída. O substituto deve ocupar seu lugar, todo o tempo.

Enfatize-se que, quando o pior acontece, pelas próprias características do agente – com formação superior em medicina e especialização em anestesia –, “se a assunção do risco de produzir o resultado é mais do que evidente, não há que se falar em culpa consciente [...]. Os limites entre dolo eventual e a culpa consciente são definidos através da concreção do direito, pois é certo que em ambos o evento é previsto, só que no primeiro ocorre a adesão da vontade ao mesmo, por via da assunção do risco de ocorrência do resultado e na culpa consciente não”⁴.

Ainda na jurisprudência, encontramos: “Não dando seu assentimento, sua aquiescência, sua anuência ao resultado, não age o acusado com dolo eventual, mas, sim, com culpa consciente, que é confinante com aquele, sendo sutil a linha divisória entre ambos.”⁵

Portanto, age com dolo, mesmo eventualmente, o anestesiolologista que, contrariando todas as advertências normativas, da literatura e da experiência médicas, abandona a sala de cirurgia para tratar de interesses outros. Despreza a vida humana entregue aos seus cuidados, que deveriam ser permanentes e ininterruptos, dando causa a lesões gravíssimas e incapacitantes. Daí se poder afirmar, com exatidão, que o anestesista tinha consciência e anuiu ao trágico resultado. Age, pois, com claro e inequívoco *dolo eventual*.

Ao tratar das implicações civis da prática anestesiológica (*in Responsabilidade Civil dos Hospitais*, 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 154 ss.), tivemos ocasião de afirmar que

o anestesiolologista ministra ao paciente, de forma individualizada, por breve período (de minutos a algumas horas), a maior quantidade de drogas que qualquer outro médico.

Como nenhum outro médico, o anestesiolologista enfrenta um quadro prolongado de hipotensão arterial – além de se deparar e ter que solucionar, com frequência, direta e pessoalmente, paradas

respiratórias, induzidas artificialmente ou não. Além disso, em nenhuma outra especialidade o médico cria situação favorável para desestabilização e obstrução da via respiratória. O anestesologista possui pouquíssimo tempo para tomar decisões críticas – e não só em casos de emergência, mas em condições normais. E em nenhuma outra especialidade se requer a presença ininterrupta do médico, durante todo o procedimento. É ingenuidade pensar que os anestésicos são inócuos.

Podem existir cirurgias menores, mas não há anestésias menores. Em suma, a escolha da modalidade adequada de anestesia, dos equipamentos, a ausência de defeitos na aparelhagem (manômetros, monitores, oxímetros), o tipo, quantidade e dosagem das drogas anestésicas, o monitoramento ininterrupto – com permanência contínua na sala de cirurgia e não realização de anestésias simultâneas, o domínio das técnicas de reanimação – tudo isso constitui obrigação contratual do anestesologista.

3. Cirurgia plástica e dolo eventual

Outros dois casos em que se identificou o *dolo eventual* envolvem *cirurgia plástica*: no primeiro, o cirurgião plástico, em seu consultório, deu início à anestesia da paciente, para efetuar reparos após a implantação de próteses mamárias. A paciente sofreu parada cardiorrespiratória, o médico não dispunha do necessário aparato para reanimação, e a mulher morreu. No segundo caso, médico que não era cirurgião plástico dá início à implantação de prótese de silicone em moça de dezenove anos de idade. Igualmente sobrevém PCR e a vítima faleceu.

Anota Norberto Montanelli que o dolo eventual “inclui aquelas consequências que, para o autor, não são necessárias. Mesmo prevendo o resultado danoso, como provável ou possível, o agente o aceita. Nos resultados idealizados pelo agente estão compreendidas as possibilidades de consequências não necessariamente buscadas ou desejadas, mas previstas como muito factíveis. O resultado não é diretamente querido, mas tampouco deixa de sê-lo”⁶.

No caso da cirurgia plástica, entendemos configurado o dolo eventual quando referido especialista, por exemplo, dá início a uma cirurgia estética, mesmo que seja de menor porte, “de retoque”, ou segundo tempo cirúrgico, sem o acompanhamento do anestesiológico.

O cirurgião plástico sabe, pelo simples fato de ostentar um título profissional de *médico*, que as reações alérgicas decorrentes da administração de drogas anestésicas são muito mais *qualitativas* que *quantitativas*. Além disso, anestesia sempre envolve riscos.

Assim, três fatores determinam o reconhecimento do dolo eventual, por desbordarem a simples caracterização da *culpa*, na atividade do cirurgião plástico:

– *primeiro*, o fato de se realizar cirurgia plástica, sob anestesia local, valendo-se de drogas potencialmente capazes de provocar reações anafiláticas, *sem* o acompanhamento do especialista. Ressalte-se a Resolução 1.711, de 10 de dezembro de 2003, do Conselho Federal de Medicina⁷, que estabelece parâmetros mínimos de segurança a serem observados em cirurgias de lipoaspiração, visando a “garantir ao paciente o direito de decisão pós-informada e aos médicos, os limites e critérios de execução”, giza, em seu artigo 6º, ser obrigatória a presença do anestesiológico em caso de sedação endovenosa, anestesia geral, bloqueio peridural e raquianestesia. Somente se dispensaria a presença do especialista em anestesiologia quando o ato cirúrgico for de pequeno porte e executado sob anestesia local, sem sedação endovenosa. Convenhamos que, ainda assim, diante da afirmação de que *há cirurgias menores, mas não existem anestésias menores*, isso ainda representa certo risco ao paciente, posto que a aplicação inadequada de *qualquer anestésico*, a nosso ver, põe em risco a segurança de quem se submete à cirurgia. Basta, por exemplo, dose excessiva de anestésico local para desencadear consequências indesejadas;

– *segundo*, a efetivação desse ato cirúrgico em clínica sem equipamentos que possibilitem socorro imediato e efetivo ao paciente. Conforme elucidou o doutor José Abelardo Garcia de Meneses, pro-

Os limites entre dolo eventual e a culpa consciente são definidos através da concreção do direito

fessor de anestesiologia no Estado da Bahia, nos ambientes onde se realizem cirurgias, sob qualquer modalidade de anestesia, devem estar disponíveis para o médico, a fim de que possa enfrentar eventual intercorrência, *no mínimo*, o seguinte: a) material para reanimação cardiorrespiratória, a exemplo do material para acesso às vias aéreas (laringoscópio com lâminas, cânulas traqueais, cânulas orofaríngeas, cânulas nasofaríngeas, balão autoinflável com máscara); b) rede de oxigênio; c) aspirador para secreções; d) monitorização com oxímetro de pulso; e) cardioscopia; f) desfibrilador; g) medidor de pressão arterial. Isso, para enfrentar intercorrências como depressão respiratória ocasionada pelos sedativos, obstrução das vias aéreas por queda de língua, acúmulo de secreções, broncoaspiração, dentre outras;

– *terceiro*, a inexistência de medicamentos aptos à reanimação do paciente (drogas para reanimação e para reversão dos agentes sedativos – como o naloxona e flumazenil, p. ex.).

4. Conclusão

Não se tem dúvida quanto ao fato de o resultado morte (ou lesões gravíssimas, implicando sobrevivência em estado vegetativo) não figurar como propósito inicial dos médicos nas situações acima narradas. Todavia, ao agir da forma como agiram, desprezando elementares cautelas e gerando condições de elevada insegurança aos pacientes, o anesthesiologista (no primeiro caso), cirurgião-plástico e cirurgião (nos outros dois) aceitaram resultado que não lhes era desconhecido ou imprevisível. Antes, sabiam o que poderia acontecer, as consequências trágicas que sua conduta poderia desencadear. E, mesmo assim, seguiram em frente. Armou-se, inelutavelmente, o *dolo eventual*. Neste caso, o homicídio, quando consumado, haverá de ser julgado pelo Tribunal do Júri, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Notas

1. Miguel Kfourri Neto. Concluiu Programa de Pós-Doutoramento em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014), sob orientação do professor dr. José de Oliveira Ascensão. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor-doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Desembargador e ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2011-2012). Membro da Comissão de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina. Autor de diversos artigos e obras sobre Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar, dentre elas: “Responsabilidade Civil dos Hospitais” (3. ed., 2018), “Responsabilidade Civil do Médico” (9. ed., 2018), “Culpa Médica e ônus da Prova” (2002).
2. (TJSP – Ap. Crim. 216.707-3 – Rel. Des. SILVA PINTO – 2ª C. – j. 25.5.98 – Un. – Trecho do voto do Relator – JTJ-Lex 212/287 – apud AMARO, MOHAMED. Código Penal na Expressão dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 180.)
3. (2º TAERJ – Ap. 15.957-RJ – Rel. Juiz GAMA MALCHER – 1ª C. – j. 04.10.82 – Un. – RF 287/363 – apud AMARO, MOHAMED. Código Penal na Expressão dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 179.)
4. (TACRIM-SP – Ap. 378.927-5 – Rel. Juiz FORTES BARBOSA – 2ª C. – j. 21.3.85 – Un. – JTACRIMSP 82/374 – apud AMARO, MOHAMED. Op. et loc. cit.)
5. (TJSP – Ap. Crim. 5.001-3 – Rel. Des. MARINO FALCÃO – 1ª C. Crim. – j. 09.02.81 – Un. – RT 589/317 – apud AMARO, MOHAMED. Op. cit., p. 180.)
6. *Responsabilidad Criminal del Médico*. Buenos Aires: García Alonso, 2005, p. 140.
7. O doutor José Abelardo remete-nos a quatro Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que interessam à questão ora abordada: Resolução CFM 1.670/03 (dispõe sobre a Sedação em procedimentos cirúrgicos e diagnósticos. <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2003/1670>). Resolução CFM 1.802/2006 (dispõe sobre a prática do ato anestésico). <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1802>). Resolução CFM 1.886/2008 (dispõe sobre as “normas mínimas para o funcionamento de consultórios médicos e dos complexos cirúrgicos para procedimentos com internação de curta permanência”. <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2008/1886>).

Resolução CFM 1.711/2003 (Estabelece parâmetros de segurança que devem ser observados nas cirurgias de lipoaspiração, visando garantir ao paciente o direito de decisão pós-informada e aos médicos, os limites e critérios de execução. <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2003/1711>).

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do TJPR

ADMINISTRATIVO

É INVIÁVEL O PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO A POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DO QUADRO DE SERVIDORES DA PARANAPREVIDÊNCIA

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Apelação Cível e Reexame

Necessário n. 0001110-

75.2015.8.16.0070

Órgão Julgador: 7a. Câmara Civil

Fonte: DJ, 28.03.2018

Relatora: Juíza Substituta em 2º

Grau **Fabiana Silveira Karam**

EMENTA

Apelação cível e reexame necessário – Mandado de Segurança – Policial Militar excluído dos quadros da corporação por cometimento de conduta irregular quando ainda estava na ativa – Cancelamento da aposentadoria – Possibilidade – Cassação da aposentadoria como consequência da exclusão do servidor dos quadros da Polícia Militar do Paraná – Inteligência do artigo 40, inciso II, da Lei 12.398/98 – Inexistência de direito adquirido à aposentadoria – Recursos conhecidos e providos – reexame necessário prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível e Reexame Necessário n. 0001110-75.2015.8.16.0070, de Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 5ª Vara da Fazenda Pública, em que são Apelantes Parana-previdência e Estado do Paraná e Apelado (...).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de mov. 79.1 que concedeu a segurança pleiteada, “a fim de anular a Resolução n. 1098/2015, que tornou sem efeito o ato de aposentadoria do impetrante, declarando o seu direito ao recebimento dos proventos decorrentes da reserva remunerada proporcional”.

Inconformada, a Parana-previdência apelou (mov. 88.1), aduzindo, em suma, que se é possível a punição disciplinar de exclusão do militar da reserva e a legislação do Estado do Paraná prevê a perda da aposentadoria como consequência da perda da condição de militar da reserva (artigos 40 e 43 da Lei n. 12.398/98), não se sustenta, data vênia, o raciocínio exposto na sentença recorrida; que a aposentadoria não gera “imunidade

contra a demissão”, que tem seu equivalente, para os militares inativos, na cassação da aposentadoria; que o STF afirmou que a cassação da aposentadoria do servidor público não ofende o direito adquirido, pois é pena legalmente prevista; que a jurisprudência já se consolidou no sentido de que se a legislação estadual prevê a possibilidade de cancelamento da inscrição, não há direito líquido e certo à aposentadoria, mormente porque os atos que ensejaram o cancelamento da inscrição foram praticados quando o servidor se encontrava na ativa, como é o caso dos autos.

O Estado do Paraná, inconformado, também interpôs recurso de apelação (mov. 90.1), alegando, em síntese, que é consequência inafastável da exclusão do Apelado dos quadros da polícia militar a cassação de seus proventos de aposentadoria; que a própria legislação previdenciária vigente estabelece como se viu, como requisito para a manutenção da inscrição de segurado, a manutenção da qualidade de servidor público, ou seja, na medida em que o Apelado perdeu a qualidade de servidor público, como consequência da sua exclusão, verifica-se o atuar de uma condição resolutiva que culminou no cancelamento da inscrição e, também por conta disso, é totalmente inviável o pagamento do benefício previdenciário, eis que somente o servidor público se aposenta pela Paranaprevidência;

que que não há direito adquirido no presente caso, muito menos ato jurídico perfeito que legitime o restabelecimento de aposentadoria cassada diante de regular processo administrativo disciplinar.

O apelado apresentou contrarrazões (mov. 94), pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo provimento dos recursos interpostos, com a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido exordial do *mandamus* (mov. 8.1 dos autos em 2º grau).

É a breve exposição.

VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento dos recursos.

Impõe-se o conhecimento, também, do reexame necessário, eis que observada a norma contida no artigo 14, § 1º da Lei n. 12.016/2009.

Pretendem os apelantes a reforma da sentença que reconheceu a nulidade do ato administrativo que cancelou a aposentadoria do impetrante, por ofender direito adquirido de figurar no quadro de inativos do Estado do Paraná, restabelecendo-se o benefício de aposentadoria.

Alegam que “é consequência inafastável da exclusão do Apelado dos quadros da polícia militar a cassação de seus proventos de aposentadoria”.

Razão lhes assiste.

Compulsando os autos, verifica-se que o cancelamento da aposentadoria do impetrante se deu em consequência do procedimento administrativo disciplinar que o excluiu do quadro da Polícia Militar, tendo em vista a prática de condutas irregulares no desempenho do cargo, conforme se verifica do Boletim Geral n. 13 de 20/01/2014 (mov. 7 dos autos de origem).

Depreende-se dos autos que o impetrante infringiu o art. 5º, inciso II, alíneas 'a', 'b' e 'c', da Lei Estadual n. 16.544/2010, o art. 102, alíneas 'b', 'c' e 'd', da Lei Estadual n. 1.943/54, o Anexo 1, itens 1, 9, 12, 23, 28 e 82, do Decreto Federal n. 4.346/02, bem como o art. 7º, III, VIII, IX, XVI, XIX, XX, XXIV, XXIX e XXXI, do Decreto Estadual n. 5.075/98 (mov. 7.6).

Assim, conforme se extrai dos autos, o impetrante foi submetido a regular processo administrativo que apurou a ocorrência de falta grave no exercício da atividade, culminando com a exclusão das fileiras da Polícia Militar do Paraná, tendo como consequência o cancelamento da aposentadoria.

Quanto à perda da condição de servidor público militar da reserva remunerada, prevê o artigo 40, II, da Lei 12.398/98:

“Art. 40. O cancelamento da inscrição do segurado na Parana Previdência dar-se-á:

(...)

II – pela perda de sua condição de servidor público estadual ativo, inativo, militar da ativa, da reserva remunerada ou reformado”.

Assim sendo, a aposentadoria do Impetrante não caracteriza direito adquirido, nem consiste em afronta ao sistema contributivo previdenciário nacional, insculpido no artigo 40 da Constituição Federal, vez que o ato de cassação do benefício é resultante de sua exclusão das fileiras da corporação da PMPR, cuja penalidade decorreu de regular processo administrativo disciplinar instaurado.

Em caso semelhante, assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

(...) 2. A jurisprudência desta Corte entende que se as faltas praticadas por servidor da ativa, posteriormente aposentado, forem devidamente apuradas em regular processo administrativo, não há óbice legal na conversão da pena de exclusão em cassação de reserva remunerada. 3. A Lei Estadual n. 12.398/98 (Cria o Sistema de Seguridade Funcional do Estado do Paraná), dispõe, em seu art. 40, paragrafo único, que o cancelamento da inscrição de segurado dar-se-á “pela perda de sua condição de servidor público estadual ativo, inativo, militar da ativa, da reserva remunerada ou reformado”. Assim, se a legislação estadual prevê a possibilidade de cancelamento da inscrição de segurado, não há di-

reito líquido e certo a ser amparado quanto ao ponto, mormente porque, os atos que ensejaram o cancelamento da inscrição foram praticados pelo recorrente quando o mesmo se encontrava na ativa. (RMS 33.494/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 22/05/2012) – grifei.

No mesmo sentido, julgado desta C. 7ª Câmara Cível, em caso análogo:

“Apelação cível – Previdenciário – Policial Militar desligado da corporação – Cancelamento da aposentadoria – Possibilidade – Apelo improcedente”. (Processo: 1111628-8 Relator(a): Luiz Antônio Barry Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível Data do Julgamento: 03/12/2013)

Ressalte-se que o caso concreto trata de infração ocorrida em momento anterior à aposentadoria do apelado, pois o impetrante foi transferido para a reserva remunerada em 2012 e as infrações ocorreram em 2010.

Este é precisamente o recente entendimento do STJ, em caso similar:

Processual civil. Agravo regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual. Policial militar. Reserva remunerada. Condenação penal posterior. Crime ocorrido quando em atividade do cargo. Cassação da aposentadoria (reserva) e cessação do pagamento de proventos.

Previsão expressa na legislação estadual. Possibilidade. Precedentes. Ausência de direito líquido e certo. Decisão monocrática fundamentada em jurisprudência do STJ. Agravo regimental não provido.

1. A legislação estadual prevê expressamente possibilidade de cessação do pagamento dos proventos de inatividade no caso de exclusão a bem da disciplina das Forças Armadas, de acordo com o disposto no art. 9º c/c arts. 41, 48, § 3º, e 112 da Lei n. 6.783/74.

2. A jurisprudência do STJ é clara, no sentido de que, se a legislação estadual prevê a possibilidade de cancelamento da inscrição de segurado, não há direito líquido e certo a ser amparado, já que os atos que ensejaram o cancelamento da inscrição foram praticados pelo recorrente quando ele se encontrava na ativa. Ademais, tendo sido condenado o impetrante penalmente, é possível a comunicação das esferas criminal e administrativa. 3. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 45.324/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).

Logo, tem-se que a cassação da aposentadoria é mera consequência das ações ilegais perpetradas pelo servidor, que culminaram no seu desligamento do quadro de servi-

dores do Estado do Paraná, inexistindo direito líquido e certo a ser amparado, nem mesmo abuso de poder nos atos praticados pelos impetrados.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento e provimento dos recursos de apelação interpostos, reformando-se a sentença, para o fim de denegar a segurança requerida na inicial, nos termos da fundamentação. Reexame necessário prejudicado.

III. DISPOSITIVO

Acordam os magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do

Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento aos recursos, restando prejudicado o reexame necessário, nos termos do voto da Relatora.

O julgamento foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Ana Lúcia Lourenço e dele participaram, com voto, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Joeci Machado Camargo e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Curitiba, 20 de março de 2018.

Fabiana Silveira Karam

Juíza de Direito Substituta em 2º Grau

CIVIL

SINAL INEFICIENTE DE COBERTURA DE TELEFONIA MÓVEL GERA DIREITO A INDENIZAÇÃO

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Recurso Inominado n. 0001683-11.2017.8.16.0049

Órgão Julgador: 3a. Turma

Recursal dos Juizados Especiais

Fonte: DJ, 10.04.2018

Relator: Desembargador **Marco Vinícius Schiebel**

EMENTA

Ação de indenização por danos morais c/c repetição de indébito – Telefonia móvel – Queda de sinal – Cobertura de sinal ineficiente – Falha na prestação de serviço – Aplicação dos enunciados 1.5 e 8.4 da TRR/PR – Responsabilidade objetiva – Prestadora de serviço público de telefonia – Art. 14 e art. 22 do CDC – Dano moral configurado – *Quantum* arbitrado em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) – insuficiente – Majorado

para R\$ 3.000,00 (três mil reais) – Observância ao enunciado 12.13, “A” da TRR/PR – Sentença parcialmente reformada.

Recurso da reclamada conhecido e desprovido.

Recurso da reclamante conhecido e parcialmente provido.

I. RELATÓRIO

Trata-se de ação de indenização por danos morais c/c repetição de indébito aforada por em desfavor de, em razão de queda do sinal telefônico. (...), Tim Celular S.A.

Aduz a parte reclamante que possui junto à reclamada linha telefônica móvel na modalidade pós-pago. Contudo, a referida linha deixou de receber sinal (não realizando nem recebendo ligações), sem qualquer notificação ou aviso, bem como não consegue acesso ao serviço de internet móvel, ficando sem usufruir dos serviços contratados.

Pontua que é de conhecimento notório que a operadora reclamada, de forma contumaz, tem deixado de prestar serviços de telefonia com qualidade e eficiência, de forma contínua no Município de Astorga, onde reside a reclamante.

Relata que solicitou providências, conforme protocolos n. 20140189373370; 20164340734612; 20162987532455, atendente Fabio Henrique em data de 21/05/2016 às 11h00min.

Assevera que a falta constante de sinal se estende a anos, sendo questionado a necessidade do serviço junto a câmara municipal e pelo Ministério Público da comarca de Astorga, onde a reclamada se comprometeu a sanar a má prestação do serviço, porém não o fez.

Assim, pleiteia a compensação pelos danos morais suportados.

Em sede de contestação (seq. 13.3), a reclamada sustenta ausência de comprovação dos fatos alegados, informa que não foi constatada qualquer irregularidade na prestação dos serviços, pontua a inexistência de ato ilícito, bem como a não configuração de dano moral.

Sobreveio sentença (seq. 35.1) de parcial procedência do pedido inicial, condenando a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Descontente, a reclamada interpôs recurso inominado (seq. 40.1) pugnando pela reforma da sentença, em virtude de ausência de qualquer ato ilícito, e subsidiariamente, pela minoração do quantum indenizatório.

A parte reclamante interpôs recurso inominado (seq. 42.2), pleiteando a majoração do *quantum* indenizatório e a restituição dos créditos descontados.

Devidamente contrarrazoado por ambas as partes.

Vieram-me conclusos.
É o relatório.

II. VOTO

Preambularmente, no que é pertinente ao pedido de concessão do benefício da Gratuidade da Justiça, depreende-se que a reclamante logrou êxito em anexar seus documentos, inclusive apresentando declaração de pobreza (seq. 1.10), sendo o conjunto suficiente para comprovar que o mesmo se subsume ao disposto no artigo 98 e ss do Código de Processo Civil, restando o benefício deferido pretendido

Satisfeitos os pressupostos processuais viabilizadores da admissibilidade deste recurso, tanto os objetivos quanto os subjetivos, deve ser ele conhecido.

Perpassando os argumentos laborados pelas partes, interligando-os com o conjunto probatório carreado nos autos, depreende-se que a sentença proferida requere reparos. Senão vejamos.

Preambularmente, insta observar que a relação estabelecida entre as partes é tipicamente de consumo, enquadrando-se nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, e assim sendo, perfeitamente aplicável o artigo 6º, em especial o inciso VIII, o qual estabelece a inversão do ônus probatório, desde que verossímil a alegação ou verificada a hipossu-

ficiência do consumidor, hipótese vertente.

Da análise pormenorizada do material probatório disponível nos autos, verifica-se que a parte reclamante logrou êxito em demonstrar que, de fato, em toda a região do município de Astorga as linhas telefônicas móveis operadas pela Tim não funcionam com excelência (seq. 1.4 a 1.11), de modo que suas alegações guardam verossimilhança.

A reclamada, por sua vez, não logrou êxito em demonstrar a regularidade e excelência dos serviços prestados, não trazendo aos autos documentos aptos a alicerçar seus argumentos.

Assim, evidente a falha na prestação dos serviços por parte da reclamada, já que é inconcebível que o consumidor seja privado da utilização completa dos serviços sem que a operadora reclamada tenha tomado as providências necessárias ao restabelecimento.

Por outro lado, incumbia a reclamada comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da reclamante, entretanto, deixou de comprovar a regularidade/qualidade nos serviços prestados ou a solução do problema de sinal, a teor do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

Na vertência em exame, fulgurou comprovada a falha na presta-

ção de serviços da reclamada, em razão do bloqueio do sinal telefônico, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

“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.”

Cabia à fornecedora do serviço proceder com a solução do problema de sinal, quanto mais quando é remunerada integralmente por serviço não prestado de forma adequada e contínua, ou seja, vislumbra-se enriquecimento ilícito, pois a reclamada se abstém de solucionar os motivos técnicos que dão origem às falhas.

Nesse sentido, a obrigatoriedade da reclamada em prestar serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos é prevista no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor:

“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.”

É cediço que a responsabilidade da reclamada, na condição de

prestadora de serviço público de telefonia, é objetiva, bastando a comprovação denexo de causalidade entre a conduta da reclamada e o dano auferido pelo usuário, o que restou claramente comprovado nos autos.

Assim, a TRR/PR já consolidou entendimento:

Enunciado n. 8.4 – Concessionárias de serviço público – responsabilidade objetiva: Nas relações de consumo, a responsabilidade dos concessionários de serviço público é objetiva, mesmo quando fundada em ato omissivo.

Veja-se que, no caso em tela, não restam configuradas excludentes de responsabilidade da reclamada, ao passo que o caso fortuito ou força maior não são contemplados pelo art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor como excludentes.

Da mesma forma, sendo o consumidor privado da utilização de serviço essencial de comunicação e verificada sua patente vulnerabilidade, principalmente frente às empresas de grande porte, resta evidenciado o dever de indenizar, pois ultrapassa o mero dissabor cotidiano, já que é inconcebível que o consumidor seja privado da utilização completa dos serviços sem que a reclamada tenha tomado as providências necessárias ao restabelecimento.

Patente que a parte reclamada violou o , da Constituição Federal, art. 5º, X arts. 186 e 927 do Código Civil, ao abalar psicologicamente a honra e a dignidade da parte reclamante. O dano moral nada mais é do que:

“É a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc) (DANO MORAL, 2, editora RT, 1998).

É certo que o dano moral implica, substancialmente, a uma relação de dano à personalidade, em relação ao mundo externo, em que a imagem é arduamente atingida.

O intuito do legislador, nada mais é do que impor uma dor semelhante ao ofensor, exteriorizada no valor de uma indenização pecuniária que não extingue o sofrimento percebido na data do caso concreto, mas que minimiza de alguma forma o desgosto, a angústia, a dor.

Outrossim, conforme entendimento do STJ, por voto do rel. Min.

César Asfor Rocha da 4ª Turma no REsp 196.024-MG:

“A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna de reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto”.

Ainda, nos termos do art. 186 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Ainda, o art. 927 do mesmo diploma legal dispõe que: aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Quanto à necessidade de comprovação, importante notar que a caracterização do dano moral decorre da própria conduta lesiva, sendo aferido segundo o senso comum do homem médio, conforme leciona Carlos Alberto Bittar:

“(…) na concepção moderna da teoria da reparação dos danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação (...) o dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge “ex facto” ao atingir a esfera do le-

sado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em “damnum in re ipsa”. Ora, trata-se de presunção absoluta ou “iure et de iure”, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em contrário. Com efeito corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral.” (in “Reparação Civil por Danos Morais”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., pp. 202/204)

Além disso, a existência do dano moral é caracterizada pela suspensão/bloqueio do serviço de telefonia, de acordo com o Enunciado 1.5 desta Turma Recursal:

Enunciado n. 1.5 – Suspensão/bloqueio indevido do serviço de telefonia: A suspensão/bloqueio do serviço de telefonia sem causa legítima caracteriza dano moral.

Dessa forma, comprovado o nexo de causalidade e o dano moral por parte da reclamada, em face da reclamante, impõe-se a condenação.

No que tange ao *quantum* indenizatório, a dificuldade inerente a tal questão reside no fato da lesão a bens meramente extrapatrimoniais não ser passível de exata quantificação monetária, vez que impossível seria determinar o exato valor da honra, do bem estar, do bom nome ou da dor suportada pelo ser humano.

Não trazendo a legislação pátria critérios objetivos a serem adotados, a doutrina e a jurisprudência apontam para a necessidade de cuidado, devendo o valor estipulado atender de forma justa e eficiente a todas as funções atribuídas à indenização: ressarcir a vítima pelo abalo sofrido (função satisfativa) e punir o agressor de forma a não encorajar novas práticas lesivas (função pedagógica). Tomando-se por base aspectos do caso concreto, extensão do dano, condições socioeconômicas e culturais das partes, condições psicológicas e grau de culpa dos envolvidos, o valor deve ser arbitrado de maneira que atinja de forma relevante o patrimônio do ofensor, porém sem ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Com relação ao *quantum* indenizatório, deve-se considerar as circunstâncias do caso concreto, a necessidade de evitar o enriquecimento ilícito, bem como para promover a pretendida indenização e coibir a reiteração da conduta, tem-se que a importância de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) se mostra inadequado no entendimento deste Relator e não coaduna com precedentes da Turma Recursal, valor que se mostra devendo ser majorado para R\$ 3.000,00 (três mil reais) adequado no entendimento deste Relator.

Em observância ao Enunciado n. 12.13, “A”, do TRR/PR, por se

tratar de relação contratual, a correção monetária incidirá a partir da decisão condenatória, corrigidos pelo INPC IGP/DI, e os juros moratórios, desde a citação, na razão de 1% ao mês.

Do pedido de restituição dos créditos.

Pleiteia a parte reclamante, ora recorrente, a restituição dos créditos, os quais alega terem sido suprimidos nos últimos 120 meses, em decorrência das quedas de sinal telefônico.

Inicialmente, vislumbra-se que sequer consta nos autos os extratos contendo o consumo detalhado da linha telefônica em questão, contudo, ainda que houvesse, não seria possível identificar/filtrar quais ligações foram ou não concretizadas e/ou interrompidas, sendo de difícil aferição tais ocorrências.

Desta forma, deixo de acolher o pedido de restituição por não haver elementos suficientes que autorizem esse magistrado a solucionar com exatidão a questão pleiteada, ressaltando ainda, que inexistem provas a serem produzidas nesse sentido, o que torna o pedido inviável de ser apreciado na forma apresentada e pleiteada.

Diante do exposto, o recurso interposto pela reclamada e não merece provimento merece o recurso interposto pela parte reclamante, devendo a r. sentença ser pontualmente parcial provimento reformada exclusivamente para o

fim de majorar a condenação de indenização por danos morais para, de acordo com o Enunciado 12.13, “A”, da TRR/PR.R\$ 3.000,000 (três mil reais)

Com arrimo no artigo 55 da Lei sob o n. 9.099/95, condeno a parte recorrente/reclamante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, e a cuja exigibilidade fica suspensa ante o deferimento da justiça gratuita, recorrente/reclamada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da condenação, o fazendo com arrimo no § 2º, incisos I a IV, do artigo 85 do novel CPC.

É este o voto que proponho.

Ante o exposto, esta 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais resolve, por unanimidade dos votos, em relação ao recurso de (...), julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito – Provimento em Parte, em relação ao recurso de TIM CELULAR S.A., julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito – Não-Provimento nos exatos termos do voto.

O julgamento foi presidido pelo (a) Juiz (a) Marco Vinícius Schiebel (relator), com voto, e dele participaram os Juízes Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso e Fernando Swain Ganem.

03 de Abril de 2018

Marco Vinícius Schiebel
Juiz (a) relator (a)

CRIMINAL

PACIENTE PRESA EM FLAGRANTE POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS TEM DECRETADA PRISÃO DOMICILIAR POR POSSUIR FILHOS MENORES DE DOZE ANOS

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Habeas Corpus Crime n. 0006928-19.2018.8.16.0000

Órgão Julgador: 4a. Câmara Criminal

Fonte: DJ, 23.03.2018

Relator: Desembargador **Fernando Wolff Bodziak**

EMENTA

Habeas Corpus. Paciente presa em flagrante pelo cometimento, em tese, do crime de tráfico de drogas. Alegado constrangimento ilegal. Possibilidade de substituição da segregação pela prisão domiciliar, uma vez que a paciente possui dois filhos menores de 12 (doze) anos, cabendo a aplicação do artigo 318, inciso v do Código de Processo Penal. Constrangimento ilegal evidenciado. Recente decisão do STF (HC 143.641/SP) que determina o cabimento da prisão domiciliar, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (I) Ser a mulher presa gestante, puérpera ou mãe de crianças, nos termos do ar-

tigo 2º do estatuto da criança e do adolescente; e (II) não ter praticado o crime mediante grave ameaça ou violência contra pessoa ou contra seus descendentes. Requisitos devidamente cumpridos, no caso concreto. Paciente que não cometeu crime com violência ou grave ameaça contra a pessoa e é mãe de duas crianças, uma de 09 (nove) anos e outra de 04 (quatro) anos de idade. Fixação de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do disposto no art. 319 do CPP. Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime sob n. 0006928-19.2018.8.16.0000, de Curitiba – 5ª Vara Criminal, em que é impetrante (advogada) Leticia Nogueira Gardona Maynardes e paciente a ré (...).

1. Trata-se de com pedido de concessão de liminar, impetrado pela advogada Leticia *Habeas Corpus*, Nogueira Gardona Maynardes, em favor da paciente (...), tendo em vista a sua prisão preventiva pela prática, em tese, do crime descrito no artigo 33, da Lei *caput* n. 11.343/2006.

Alegou a impetrante, em síntese, que a paciente é mãe de dois filhos pequenos, menores de 12 (doze) anos, motivo pelo qual faz jus, em sede liminar, à concessão da prisão domiciliar, nos termos do ar-

tigo 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal, consoante a decisão recentemente proferida pelo Supremo Tribunal Federal no n. 143.641/SP. Pugnou pela expedição de alvará de soltura *Habeas Corpus* e, ao fim, pela confirmação em definitivo da ordem impetrada (mov. 1.1).

A pleiteada liminar restou deferida (mov. 6.1).

A douta PGJ opinou pelo não conhecimento do *Habeas Corpus* ou, alternativamente, pela denegação da ordem (mov. 13.1).

É o relatório.

VOTO

2. O caso versa sobre a suposta prática do crime de tráfico de drogas.

Através do presente, a impetrante alega, em síntese, que *habeas corpus* a paciente é mãe de dois filhos pequenos, menores de 12 (doze) anos, motivo pelo qual faz jus à concessão da prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal, consoante a decisão recentemente proferida pelo Supremo Tribunal Federal no n. 143.641/SP *Habeas Corpus*.

Pois bem.

Inicialmente, de se ressaltar que, a despeito da sugestão da PGJ, entende-se que não é o caso de não conhecer do *Habeas Corpus*. Isto porque, ainda que a paciente já tenha pleiteado a concessão de limi-

nar no *Habeas Corpus* n. 0044971-59.2017.8.16.0000, não se trata de mera reiteração do pedido, mas sim de fato novo (a recente decisão do Supremo), que pode sim ensejar a reanálise do pedido.

Passa-se, então, à análise do mérito.

Compulsando os autos, observa-se que a paciente foi presa em flagrante delito pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, uma vez que, quando abordada pelas autoridades policiais, em local sabidamente conhecido pela narco-trafficância, foi encontrada, dentro da mochila que carregava, 72 (setenta e duas) pedras da substância análoga ao “crack” – 15g (quinze gramas) –, assim como a quantia de R\$ 955,00 (novecentos e cinquenta e cinco reais), em notas de pequena monta (Auto de Exibição e Apreensão ao mov. 1.6 dos autos 0030414-28.2017.8.16.0013).

Na mesma oportunidade, as autoridades apreenderam o corréu da ação penal, (...), que tentou dispensar uma carteira de cigarro, onde foram encontradas cerca de 109 (cento e nove) pedras da mesma substância entorpecente [17g (dezessete gramas)].

Afirmou a impetrante, em resumo, que resta configurado o constrangimento ilegal na decretação da prisão preventiva da paciente, diante da possibilidade de substituição da segregação pela prisão domiciliar, uma vez que possui dois

filhos menores de 12 (doze) anos, cabendo a aplicação do artigo 318, inciso V do Código de Processo Penal.

Como exposto no julgamento do n. 0044971-59.2017.8.16.0000, que gerou a prevenção *Habeas Corpus* do presente remédio constitucional, a decisão que decretou a prisão preventiva entendeu como preenchidos os requisitos exigidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal – indícios de autoria e materialidade, necessidade de garantia da ordem pública, em virtude da gravidade concreta do delito e insuficiência das medidas alternativas previstas no artigo 319 do mesmo diploma legal.

Ademais, por não restar devidamente comprovado que a paciente é pessoa indispensável aos cuidados dos filhos, que estavam sendo assistidos pela avó, o voto não concedeu a ordem, por não estar evidenciado o constrangimento ilegal (mov. 49.1).

Ocorre que, em recente decisão, ao julgar o n. *Habeas Corpus* 143.641/SP, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu posicionamento acerca da possibilidade de concessão de prisão domiciliar às mulheres gestantes, puérperas ou mãe de crianças sob sua responsabilidade, presas preventivamente, desde que cumpridos determinados requisitos.

A decisão, em suma, expôs que, na hipótese da prática, em tese, de crime que não envolve violência ou grave ameaça a pessoas, “a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa”.

Logo, sob o ponto de vista da proteção dos direitos da criança e do adolescente, assim como das mulheres segregadas em circunstâncias prejudiciais aos filhos, sejam eles nascidos ou não, “nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram”.

Ressaltou ainda o Ministro a necessidade de cumprimento de dois requisitos, cumulativamente: (i) ser a mulher presa gestante, puérpera ou mãe de crianças, nos termos do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente; e (ii) não ter praticado o crime mediante grave ameaça ou violência contra pessoa, contra seus descendentes. Além disso, resguardou a hipótese de situação excepcionalíssima, desde que devidamente fundamentado pelo magistrado.

No caso em apreço, verifica-se que a paciente foi denunciada pelo crime de tráfico de drogas, o qual, por sua vez, não envolveu violência ou grave ameaça à pessoa.

No mais, a paciente é mãe de duas crianças, uma de 09 (nove) anos e outra de 04 (quatro) anos de idade, consoante comprovam as certidões de nascimento acostadas ao mov. 1.2, p. 40 e 41.

Logo, estando preenchido o requisito no artigo 318, inciso V do Código de Processo Penal, como prevê a decisão do Supremo Tribunal Federal, “deverá” o juiz conceder a prisão domiciliar à paciente.

Não obstante, ainda conforme a decisão, é cabível, além da concessão da segregação domiciliar, a fixação de medidas alternativas, quais sejam, aquelas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Para a hipótese dos autos, aplicar-se, de ofício, concomitantemente à prisão domiciliar, as seguintes medidas, inseridas nos incisos I, II, III, IV e IX:

I – Comparecimento periódico em juízo, até o quinto dia útil do mês, para informar e justificar atividades;

II – Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, que se relacionem ao crime de tráfico de drogas, devendo permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – Proibição de manter contato com (...), corréu da Ação Penal, uma vez que este se encontra relacionado ao fato criminoso, devendo permanecer distante dele;

IV – Comunicação imediata ao Juízo no caso de mudança de residência ou de afastamento da Comarca em que reside por mais de 2 dias;

IX – Monitoração eletrônica.

Estas medidas deverão ser cumpridas até a sentença, sem prejuízo de eventual revisão ou revogação pelo magistrado singular, sendo que eventual descumprimento poderá dar ensejo à imposição de outras medidas ou mesmo à decretação da prisão preventiva, como dispõe o artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

3. Diante do exposto, voto pela confirmação da liminar e, de forma definitiva, para concessão da ordem substituir a prisão preventiva da paciente pelas medidas cautelares diversas da prisão acima fixadas.

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Fernando Wolff Bodziak (Relator), Celso Jair Mainardi e Carvilio da Silveira Filho (Presidente).

Curitiba, 22 de março de 2018.

(assinado digitalmente)
Fernando Wolff Bodziak,
Desembargador Relator.

PROCESSO CIVIL

REQUERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE ADJUDICAÇÃO DE IMÓVEL NÃO PODE SER REALIZADO POR TERCEIRO SEM EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Agravo Interno n. 0044571-45.2017.8.16.000

Órgão Julgador: 17a. Câmara Cível

Fonte: DJ, 05.04.2018

Relatora: Desembargadora

Rosana Amara Girardi Fachin

EMENTA

Agravos não conhecidos. Agravo interno – Agravo de instrumento – Decisão monocrática que negou provimento, de plano, ao agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de substituição da adjudicação pela medida prevista no art. 825, inciso III, do CPC/2015 – Ausência de legitimidade recursal do agravante – Declaração de ofício – Reconhecimento de fraude à execução nos autos de origem – Posterior revogação – Bem adjudicado que permaneceu na esfera patrimonial da segunda executada – Impossibilidade de o agravante

pleitear direito alheio em nome próprio – Vedação expressa no artigo 18 do CPC.

1. Para requerer a substituição da determinação de adjudicação do imóvel por outra medida menos gravosa, é necessário que a parte tenha legitimidade para formular o requerimento.

2. No caso, uma vez que o bem adjudicado pertence à segunda executada, tem-se que o Agravante não possui legitimidade para requerer a medida prevista no artigo 825, III, do CPC.

3. Consoante o artigo 18 do CPC, ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. AGRAVOS NÃO CONHECIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0044571-45.2017.8.16.0000 Pet 1, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 14ª Vara Cível, em que é Agravante (...) e (...).

Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática proferida por esta Relatora no Agravo de Instrumento atuado sob o n. 0044571-45.2017.8.16.0000, mediante a qual, com fundamento no art. 932, IV, “a”, do Código de Processo

Civil, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão de primeiro grau que confirmou a determinação de adjudicação de imóvel e indeferiu a substituição por outras medidas expropriatórias.

Confira-se a ementa do julgado:

“Decisão monocrática – Artigo 932, inciso IV, ‘A’, do Código de Processo Civil – Agravo de instrumento – Decisão que confirma a determinação de adjudicação de imóvel – Pedido de substituição da medida pela prevista no artigo 825, inciso III, do CPC/2015 – Frutos e rendimentos não demonstrados – Avaliação do bem em valor muito inferior ao débito – Requisitos da tutela de urgência não configurados – Decisão mantida – Recurso conhecido e não provido.”¹

Inconformado, o Agravante sustenta: a) a impossibilidade de julgamento monocrático; b) a presença dos requisitos da verossimilhança e provimento liminar, porquanto a excussão de boa parcela do patrimônio, enquanto existem outras medidas menos austeras, implica em cominação de autêntica medida confiscatória, em violação às normas processuais; c) a necessidade de observar a dignidade da pessoa maior de sessenta anos em cotejo com o princípio da menor onerosidade do devedor, “de forma a fazer um ferrenho contraponto ao princípio do resultado”; d) o simples fato de o Recorrente não ter se manifestado

quanto à avaliação do bem imóvel em ocasião pretérita não possui o condão de elidir o pleito superveniente fundado na substituição da adjudicação por obtenção de frutos e rendimentos pelo Agravado, diante da alteração do quadro econômico, o que é autorizado pelo artigo 505, inciso I, do CPC; e) o acervo probatório insinua a indiciabilidade do fato de o Agravante ser pessoa idosa e portadora de necessidades muito peculiares, mormente em relação às doenças que o afligem em razão da sua idade avançada.

Ao final, requer, preliminarmente, seja reformada a decisão, em juízo de retratação. Caso superada, pede a determinação de intimação da parte agravada, para apresentar contrarrazões, para, no mérito, dar provimento ao recurso, a fim de determinar a substituição da determinação da medida de adjudicação do imóvel registrado na matrícula n. 3.150, no 2º Registro de Imóveis, pela medida prevista no art. 825, inciso III, do CPC, conforme requerido nas razões do Agravo de Instrumento.

O Agravado apresentou contraminuta², alegando, preliminarmente, ilegitimidade do Agravante para recorrer, visto que o imóvel adjudicado é de propriedade da segunda executada (...), diante da revogação do reconhecimento pelo Juízo de origem de fraude à execução. Caso ultrapassada a pre-

liminar, no mérito, alega: a) possibilidade de julgamento monocrático; b) inexistência de nulidade na decisão que deferiu a adjudicação do imóvel penhorado; c) impossibilidade de substituição por rendimentos não comprovados; d) impossibilidade de concessão de liminar ao agravo.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

O presente Agravo Interno não ultrapassa o juízo de admissibilidade, diante da ilegitimidade recursal, conforme se passa a expor.

Ilegitimidade Recursal

Na contraminuta, o Agravado arguiu a ilegitimidade do Agravante para recorrer, ao argumento de que o imóvel adjudicado não lhe pertence, visto que seria de propriedade da segunda executada (...).

Com razão.

Revolvendo a movimentação do processo de Execução de Título Extrajudicial em 1º Grau³, verificou-se que o Juízo de origem reconheceu a fraude à execução em desfavor de (...), declarando a ineficácia das alienações e onerações incidentes sobre o imóvel matriculado sob o n. 3.150 do 2º Registro de Imóveis de Ponta Grossa, objeto de adjudicação, contra a qual se insurgiu o Agravante.

Posteriormente, a pedido do Exequente (ora Agravado), foi revogada a decisão de reconheci-

mento de fraude à execução, ocasião em que o magistrado deferiu o requerimento de penhora de 50% (cinquenta por cento) sobre o imóvel em questão.

Confira-se o teor da decisão⁴:

“1) Diante do petitório de fls. 262/264, nos termos do despacho de fls. 256, REVOGO os efeitos da fraude à execução sobre o imóvel matriculado sob o n. 23.644, do 1º Registro de Imóveis em Ponta Grossa/PR. Oficie-se para os devidos fins. Da mesma forma, defiro o pedido para revogar os efeitos da fraude à execução sobre o imóvel matriculado sob o n. 3.150 do 2º Registro de Imóveis em Ponta Grossa, determinando imediatamente a penhora de 50% do referido bem. (gn) Oficie-se para os devidos fins. Lavre-se auto de penhora, nos termos do artigo 659, § 4º, do CPC.

Após, depreque-se para Campinas/SP, para intimação da executada, no endereço fornecido às fls. 263.

2) Intimem-se. (...)”

Destarte, em razão da revogação da decisão de reconhecimento de fraude à execução, o bem permaneceu na propriedade da segunda executada Karla Christiane Coelho de Andrade Fava, que é quem detém legitimidade para requerer a substituição da medida pela prevista no artigo 825, III, do CPC⁵, caso assim entenda, e não o Agravante.

Com efeito, de acordo com os registros R-7 e R-8-3.150⁶, o referido imóvel foi dado em pagamento pelo Agravante (...) (e sua mulher) a (...), pelo valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que, por sua vez, vendeu-o, pelo mesmo valor, com a cláusula “ad corpus”, para (...) e seu marido (...).

De acordo com os artigos 17 e 18, ambos do Código de Processo Civil vigente, para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade, sendo que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

No caso, o Agravante, que também figura na condição de Executado nos autos originários, pretende a substituição da determinação de adjudicação do bem em questão por outras medidas menos gravosas, na forma do artigo 867 do CPC⁷, ao argumento de fragilidade do seu estado de saúde.

No entanto, para requerer a referida substituição da medida, é necessário que a parte tenha legitimidade para formular o requerimento. No caso, uma vez que o bem adjudicado pertence à segunda executada, tem-se que o Agravante não tem legitimidade para pleiteá-la, ao menos em relação ao referido imóvel adjudicado.

Isso porque, a adjudicação é um ato de expropriação por meio

do qual o bem penhorado é transferido para o credor. Assim, não pode o Agravante requerer a substituição da medida, por não ser o verdadeiro proprietário do bem.

Sobre a impossibilidade de pleitear direito alheio em nome próprio, confira-se o entendimento jurisprudencial:

“Apelação cível – Embargos de terceiro – Sentença de improcedência – Insurgência da embargante – Conhecimento parcial do recurso – Arguição de nulidades da execução, do título executivo e da penhora – Impertinência dos questionamentos em face dos estreitos limites de cognição dos embargos de terceiro – Ausência de legitimidade – Impossibilidade do pleito do terceiro sobre direito alheio – Não conhecimento do recurso nestes pontos – mérito recursal – Preliminar de nulidade da sentença – Decisão com fundamentação sucinta, mas suficiente e coerente os fatos – Observância da regra do art. 93, IX, da CF – Desnecessidade de manifestação sobre todas as alegações das partes, em respeito ao princípio do ‘jura novit curia’ – Nulidade não reconhecida – Mérito da demanda – Improcedência dos embargos de terceiro – Ausência de comprovação efetiva da propriedade, tampouco da posse sobre os bens – Art. 674, do novo CPC – Decisão mantida – Litigância de má-fé – Inocorrência – Ausência do pre-

enchimento dos requisitos do artigo 17, do CPC/1973 e artigo 80, do CPC/2015 – Inaplicabilidade da multa – Manutenção da sentença – Honorários recursais fixados em atenção ao disposto no art. 85, § 11º, do novo CPC – Sentença mantida – Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.”⁸

“Execução de título executivo extrajudicial – Instrumento particular de confissão de dívida. decisão que rejeita a arguição de impenhorabilidade do bem de família – Insurgência pela terceira prejudicada visando ao reconhecimento da impenhorabilidade do bem, a fim de permitir sua expropriação no âmbito de execução de título extrajudicial por ela ajuizada, sob o argumento de que seu crédito está inserto em uma das exceções à garantia em comento – Inadmissibilidade – Ausência de legitimação e interesse recursal da agravante – Inviabilidade de postulação de direito alheio em nome próprio – CPC, art. 18 – Legitimidade e interesse, então, que estão restritos ao executado e à entidade familiar prejudicada pela decisão agravada – precedentes. recurso não conhecido.”⁹

“Agravado de instrumento interposto contra r. decisão pela qual foi determinado o prosseguimento da demanda executiva, momento em que o juízo deixou de apreciar as questões levantadas pelos ora

agravantes, o que se deu por reconhecer que os inconformados se tratam de terceiros estranhos à lide, não contando assim com legitimidade para defesa de interesse alheio – Impossibilidade da defesa, em nome próprio, de direito alheio – Improcedência dos embargos de terceiros opostos pelos ora agravantes, com reconhecimento da presença de fraude à execução, bem como da impossibilidade dos recorrentes em discutir aspecto relativo a impenhorabilidade do bem constricto no feito principal – Acerto da r. Decisão guerreada – Recurso não provido.”¹⁰

Feitas essas considerações, e, tendo em vista que o imóvel adjudicado pertence à executada (...), voto no sentido de não conhecer do Agravo Interno e, por consequência, do Agravo de Instrumento, reconhecendo *ex officio* a ilegitimidade do Agravante para recorrer da medida que determinou adjudicação do bem registrado sob o n. 3.150 no 2º Registro de Imóveis de Ponta Grossa, para requerer a substituição da expropriação por aquela prevista no artigo 825, III, do CPC, visto que o ordenamento jurídico veda, expressamente, que se pleiteie direito alheio em nome próprio.

Registro que, não obstante o Agravo Interno tenha sido declarado manifestamente inadmissível, entendo que não se trata de aplicar a multa prevista no § 4º do artigo

1.021 do CPC¹¹, por considerar que o Agravante agiu no exercício do seu direito constitucional de defesa.

Ante o exposto, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em não conhecer do Agravo Interno, e, por consequência, não conhecer do Agravo de Instrumento, reconhecendo, de ofício, a ilegitimidade recursal do Agravante, nos termos do voto acima relatado.

O julgamento foi presidido pelo Senhor Desembargador TITO CAMPOS DE PAULA, com voto, e dele participou o Senhor Juiz Substituto de Segundo Grau JEFFERSON ALBERTO JOHNSSON.

Curitiba, 04 de abril de 2018.

ROSANA AMARA GIRARDI
FACHIN
Desembargadora Relatora

1 TJPR – 17ª C. Cível – 0044571-45.2017.8.16.0000 – Curitiba – Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin – J. 19.12.2017.

2 Mov 7.1

3 Autos n.0002612-19.2002.8.16.0001.

4 Mov. 1.25, autos originários.

5 Art. 825. A expropriação consiste em: (...) III – apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

6 Mov. 1.36, autos originários.

7 Art. 867. O juiz pode ordenar a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel quando a considerar mais eficiente para o recebimento do crédito e menos gravosa ao executado.

8 TJPR – 14ª C. Cível – 0003098-37.2017.8.16.0014 – Londrina – Rel.: José Hipólito Xavier da Silva – J. 22.02.2018.

9 TJPR – 14ª C. Cível – AI – 1743539-5 – Curitiba – Rel.: Rabello Filho – Unânime – J. 21.02.2018.

10 TJSP; Agravo de Instrumento 2008609-11.2018.8.26.0000; Relator (a): Simões de Vergueiro; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Botucatu – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/02/2018; Data de Registro: 28/02/2018

11 Art. 1.021. (...) § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado, multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

TRIBUTÁRIO

NÃO É A SIMPLES REALIZAÇÃO DA OBRA PÚBLICA QUE GERA A OBRIGAÇÃO DE PAGAR CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Recurso de Apelação Cível n.

1.708.684-3

Órgão Julgador: 3a. Câmara Cível

Fonte: 02.03.2018

Relator: Desembargador **José
Sebastião Fagundes Cunha**

EMENTA

Apelação Cível. Anulatória de lançamento fiscal cumulada com restituição de indébito. Contribuição de melhoria. Pavimentação asfáltica. Tributo que para ser cobrado exige previsão em lei prévia e específica para cada obra bem como indispensável comprovação da valorização do imóvel. Município que não fez prova da valorização do imóvel tributado. Ônus que lhe compete. Inteligência dos artigos 81 e 82 do CTN. Entendimento jurisprudencial uníssono. Procedência. Sentença mantida no mérito. Honorários recursais. Majoração da verba ante o trabalho adicional realizado na fase recursal. Inteligência do Art. 85, § 11, CPC/2015.

Recurso conhecido e não provido.

RELATÓRIO

Versam os presentes autos a respeito de recurso de apelação interposto pelo Município de Umuarama, em face da sentença proferida nos autos de ação anulatória de lançamento fiscal cumulada com restituição de indébito, autuada sob n. 0007662-04.2016.8.16.0173, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora para reconhecer a nulidade do lançamento da contribuição de melhoria e, por consequência, a inconstitucionalidade da sua cobrança. Pela sucumbência recíproca, determinou o rateio das custas e honorários na proporção de 50% para cada parte, e fixou, nos termos do artigo 85, § 3º, do CPC, os honorários advocatícios em 10% sobre o valor econômico obtido.

Inconformado, o Município de Umuarama apresentou recurso de apelação no mov. 27.1, pugnando pela reforma da sentença a fim de afastar o reconhecimento da nulidade do lançamento da contribuição de melhoria em questão, sustentando, em síntese, que: a) a cobrança da contribuição de melhoria em questão foi realizada em

total consonância com a legislação; b) pela leitura do art. 145, III, da CF, combinado com artigo 3º do DL n. 195/67 infere-se que a competência tributária para a instituição de referido tributo pertence às três esferas estatais, tratando-se de competência comum; c) a Lei Municipal n. 050/1997, regulamentada a instituição da contribuição de melhoria no âmbito do Município de Umuarama, prevenindo que o edital irá conter os requisitos mínimos para sua cobrança, sendo estes requisitos os mesmos elencados pelo artigo 82 do CTN e que foram devidamente observados, motivo pelo qual a nulidade do lançamento reconhecido na sentença não deve prosperar; d) conforme disposto no artigo 12 do DL n. 195/67 a valorização é apurada com base no valor venal do imóvel e, assim, tem-se a presunção relativa em favor do poder público, cabendo ao contribuinte a prova em sentido contrário e e) da análise dos documentos constantes nos autos conclui-se que a cobrança realizada a título de contribuição de melhoria em questão deu-se dentro da legalidade, razão pela qual a nulidade do lançamento reconhecida na sentença não deve prosperar. Pugnou, ao final, pelo provimento do recurso para o fim de reformar a sentença para afastar o reconhecimento da nulidade do lançamento da contribuição de melhoria em questão.

Contrarrrazões apresentadas no mov. 31.1, pugnando pela manutenção da sentença.

Remetidos os autos este Tribunal (mov. 33).

Determinada vista à Procuradoria de Justiça (fl. 09).

Parecer ministerial pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 12-18).

Vieram-me os autos conclusos (fl. 19)

É o breve relatório.

FUNDAMENTAÇÃO ADMISSIBILIDADE

A sentença recorrida foi proferida em 20/02/2017, ou seja, já na vigência do Novo Código de Processo Civil.

Assim, a teor do contido nos arts. 1.011 e 1.013 do NCPC, conhecimento do recurso em seu duplo efeito, posto que presentes os pressupostos recursais de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos, sendo o recurso próprio, devidamente firmado por advogados habilitados.

Não existindo questão de ordem processual a ser considerada, passo à análise do mérito dos pedidos recursais.

MÉRITO RECURSAL

Da Contribuição de Melhoria

Suplica o ente municipal pela improcedência da demanda para afastar o reconhecimento da nulidade do lançamento da contribuição de melhoria em questão.

Sem razão.

A decisão proferida pelo juízo de primeiro grau não merece qualquer reparo, pois reconheceu como inválido o lançamento do tributo, em face do reconhecimento da ilegalidade da cobrança da contribuição de melhoria decorrente de pavimentação asfáltica.

Pois bem, é pacífico o entendimento de que é indispensável a existência de lei específica antes da exigência de contribuição de melhoria bem como deve haver a comprovação da valorização individual do imóvel beneficiado (art. 81 do CTN), o que não ocorreu no caso em análise.

Vejamos o que dispõe o art. 81 do Código Tributário Nacional:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Neste contexto, oportuna a doutrina de Hugo de Brito Machado em que define que a contribuição de melhoria é “espécie de tributo vinculado, cujo fato gerador é a valorização de imóvel do contribuinte, decorrente de obra pública”. Ademais, explica,

que “não é a simples realização da obra pública que gera a obrigação de pagar contribuição de melhoria. Esta obrigação apenas nascerá se da obra pública decorrer uma valorização, uma elevação do valor do imóvel do contribuinte”. (Curso de Direito Tributário. 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 460.)

O art. 1º do Decreto-Lei n. 195/1967, que dispõe sobre a cobrança da Contribuição de Melhoria, estabelece:

Art. 1º A Contribuição de Melhoria, prevista na Constituição Federal tem como fato gerador o acréscimo do valor do imóvel localizado nas áreas beneficiadas direta ou indiretamente por obras públicas. (destaquei)

Quanto à validade deste diploma normativo, novamente pertinente a lição de Hugo de Brito Machado:

“(...) lembramos que a vigente Constituição recepcionou a legislação anterior, e o fez, aliás, expressamente, quanto à matéria tributária (art. 34, § 52, do ADCT). Assim, enquanto não alteradas por normas do mesmo nível hierárquico, continuam em vigor as disposições do Código Tributário Nacional e do Decreto-lei n. 195, o que de pronto afasta a possibilidade de instituição de contribuição de melhoria sem valorização imobiliária.” (Ob. Cit. p. 462) (destaquei)

Logo, somente com a valorização do imóvel do contribuinte em decorrência da obra pública é que o ente público poderá exigir a contribuição de melhoria, a qual deverá ter seu montante apurado conforme o valor do acréscimo que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Neste sentido, os seguintes julgados desta Câmara:

Embargos à execução fiscal – Apelação cível e reexame necessário. Recurso de apelação. Contribuição de melhoria – Tributo vinculado à valorização imobiliária em decorrência da realização de obra pública – Montante que deve ser apurado de acordo com a efetiva valorização acarretada no imóvel do contribuinte – inoccorrência, no caso concreto – Contribuição calculada com base na testada do imóvel – Critério inválido – Nulidade da CDA reconhecida. Reexame necessário – Sentença escorreta – Observância das disposições normativas e precedentes desta corte aplicáveis ao caso. Recurso de apelação cível conhecido e não provido. Reexame necessário conhecido e não provido. (TJPR – 3ª C. Cível – ACR – 1455850-4 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel.: Francisco Cardozo Oliveira – Unânime – J. 29.11.2016) (destaquei)

Ação anulatória de débito fiscal – Contribuição de melhoria – fato gerador – *Quantum* da valorização

imobiliária –nexo de causalidade – Comprovação – Ônus da administração pública – apelação provida. O fato gerador da contribuição de melhoria é, não a testada do imóvel, mas sim a valorização imobiliária decorrente de obra pública, cujo ônus probatório é da Administração Pública. Apelação provida para julgar procedente o pedido. (TJPR – 3ª C. Cível – AC – 1344821-4 – Região Metropolitana de Maringá – Foro Central de Maringá – Rel.: Rogério Coelho – Unânime – J. 15.09.2015.) (destaquei)

Apelação Cível – Tributário – Ação anulatória de lançamentos fiscais – Contribuição de melhoria – Pavimentação asfáltica – Base de cálculo: Valorização do imóvel, ou seja, diferença entre os valores final e inicial do imóvel – Caso em que o município lançou o tributo com base no custo total da obra calculado em relação à testada do imóvel -Impossibilidade. (...). (TJPR – ApCiv 1182545-9 – 3ª Câm.Cív – Rel. Josely Dittrich Ribas – DJ 01/09/2014). (destaquei)

Assim, não resta dúvida que a valorização do imóvel é que configura o fato gerador para a instituição, pelo Poder Público, da contribuição de melhoria.

No entanto, compulsando os autos não há comprovação da valorização do imóvel em 50% como consta do Auto de Avaliação elaborado pelo Município e apresentado com sua contestação no mov. 11.6.

Nesta perspectiva, o D. Procurador de Justiça Mário Sérgio de Quadros Précoma, bem pontuou no seu parecer de fls. 12-18:

“o Município apelante defende que houve inegável benefício aos imóveis adjacentes à obra realizada, sendo notável a valorização imobiliária, sem, contudo, indicar a valorização imobiliária que beneficiou a parte autora. O que fez a municipalidade foi lançar o tributo com base no custo total da obra, sem se atinar à efetiva valorização individual de cada propriedade. (...) Insta observar que a Municipalidade não juntou aos autos nenhum documento que comprovasse a valorização do imóvel (ônus que lhe cabia), existindo tão somente na parte final do Laudo de Avaliação de f. 91/99 que os imóveis tiveram uma valorização de 50% (cinquenta por cento)”.

Logo, a valorização deve ser “comprovada e publicada juntamente com o edital que instituiu o tributo, oportunizando ao contribuinte a realização das impugnações que entendesse pertinentes. A violação ao procedimento administrativo, vinculado de lançamento tributário, por falta da indicação administrativa do valor da valorização imobiliária que a obra implicou, gera nulidade do lançamento”. (TJPR. 2ª CC – AC 1466991-7 – Rel. Guimarães da Costa. Toledo. Decisão Monocrática. DJ 13/04/2016)

Dessa forma, é sabido que o ônus da valorização do imóvel é do ente municipal do qual não se desincumbiu, no presente caso, na medida que o lançamento foi efetuado conforme o rateio do valor da obra.

Em síntese, o Município sustenta que houve valorização imobiliária, mas não produziu prova nesse sentido, pois a comprovação da valorização do imóvel teria de ser de forma individual e considerando o antes e o depois da obra pública, como bem destacado na sentença:

“(…)

Verifica-se que a contribuição de melhoria ora mencionada se refere a pavimentação asfáltica, que por sua vez: se enquadra como obra pública; é obra visível e de fácil constatação; e, provavelmente, gera valorização imobiliária. No entanto, a simples alegação de que a valorização do imóvel se presume em razão da pavimentação, não é causa bastante a autorizar a tributação pretendida, vez que, além de individualizada, deve ser apurado o quantum da valorização, cabendo ao ente público a demonstração do valor atribuído ao imóvel antes e depois da obra pública, pois trata-se de ônus que lhe incumbe, bem como é espécie de tributo vinculado.

(…)

Como acima dito, para se verificar a ocorrência de valorização do imóvel, teria o Requerido que confeccionar laudo de avaliação onde constasse o valor do imóvel

anteriormente a pavimentação asfáltica e o valor após a obra realizada, obtendo, assim, a valorização imobiliária concreta, já que a mera menção, no Laudo de Avaliação de seq. 11.6, de que o imóvel obteve uma valorização de 50% após a conclusão da obra, não basta para comprovação deste requisito exigido pelo Código Tributário, vez que a valorização, neste caso, não se presume. É pacífico na jurisprudência que o fato gerador da contribuição de melhoria é a valorização do imóvel, não cabendo sua fixação meramente sobre o valor da obra realizada dividido pelo número de unidades existentes na área beneficiada.” (destaquei)

Neste sentido, o posicionamento do STJ:

“A cobrança da contribuição de melhoria deve levar em consideração o acréscimo do valor do imóvel, decorrente da realização de obra pública, não sendo possível estabelecer a sua cobrança com base no custo total da obra dividido pelo número de unidades existentes na área beneficiada”. (STJ – AgReg RESP 1018797/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – DJ 26/04/2012). (destaquei)

Processual Civil e Tributário. Recurso Especial. Mandado de segurança. Contribuição de melhoria. Base de cálculo. Valorização imobiliária. Individualização. Artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional. 1. Recurso especial no qual se dis-

cute a valorização imobiliária do imóvel na base de cálculo de contribuição de melhoria instituída pelo Município de Laranjeiras do Sul. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná consignou que o município rateou o custo total da obra entre os proprietários dos imóveis que ficavam às margens das ruas asfaltadas, sem prever no edital o limite individual do benefício trazido ao imóvel de cada contribuinte. 2. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a valorização individualizada do imóvel do contribuinte é fator delimitador da base de cálculo da contribuição de melhoria, não sendo permitido tão somente o rateio do custo da obra entre aqueles que residem na área em que foi realizada a obra pública. Precedentes: Agrg no resp 1.079.924/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 12/11/2008; REsp 671.560/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 11/06/2007; REsp 615.495/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 17/05/2004; REsp 362.788/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 05/08/2002.

(...)

4. No caso, como o Tribunal de origem consignou que não houve o cálculo individualizado do benefício trazido ao imóvel de cada um dos contribuintes localizados na área abrangida pela respectiva obra pública, forçoso reconhecer, então,

que o acórdão recorrido viola os artigos 81 e 82 do CTN.

5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença de 1º Grau; prejudicadas as demais questões. (Resp 147.094/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 15/02/2011, DJe 21/03/2011). (destaquei)

Tributário. Contribuição de melhoria. Fato gerador valorização do imóvel. “A contribuição de melhoria tem como fato gerador a real valorização do imóvel, não servindo como base de cálculo tão-só o custo da obra pública realizada”. (STJ – RESP 629471/RS – 2ª Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 05/03/2007) (destaquei)

Verifica-se, portanto, que não houve por parte do Município de Umuarama a preocupação em comprovar a valorização do imóvel, não havendo que se falar em valorização notória ou presumida, pois para a fixação da contribuição de melhoria, não se pode levar em conta apenas o custo da obra, sem avaliar a valorização individual de cada imóvel.

Além disso, é exigida lei municipal ou procedimento administrativo para cada obra especificadamente, que discrimine e apure a valorização obtida pelo imóvel com a melhoria.

Dessa forma, em não respeitadas as medidas legais para estabelecimento da respectiva contribuição, deve ser reconhecida a nulidade do lançamento tributário, por vio-

lação aos arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional.

Neste diapasão, não merecem prosperar as razões do apelante, mantendo-se a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

Finalmente, considerando o trabalho desenvolvido na fase recursal, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC/2015, entendo por majorar o valor dos honorários advocatícios, devidos ao patrono da parte apelada, para 12% (doze por cento) sobre o sobre o valor econômico obtido.

Forte em tais razões, proponho voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso de Apelação.

Decisão

Diante do exposto, ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso de Apelação do Município de Umuarama, nos termos do voto do relator.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores JOSE LAURINDO DE SOUZA NETTO, Presidente sem voto, SERGIO ROBERTO NOBREGA ROLANSKI, EDUARDO CASA-GRANDE SARRÃO.

Curitiba, 20 de Fevereiro de 2018

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha