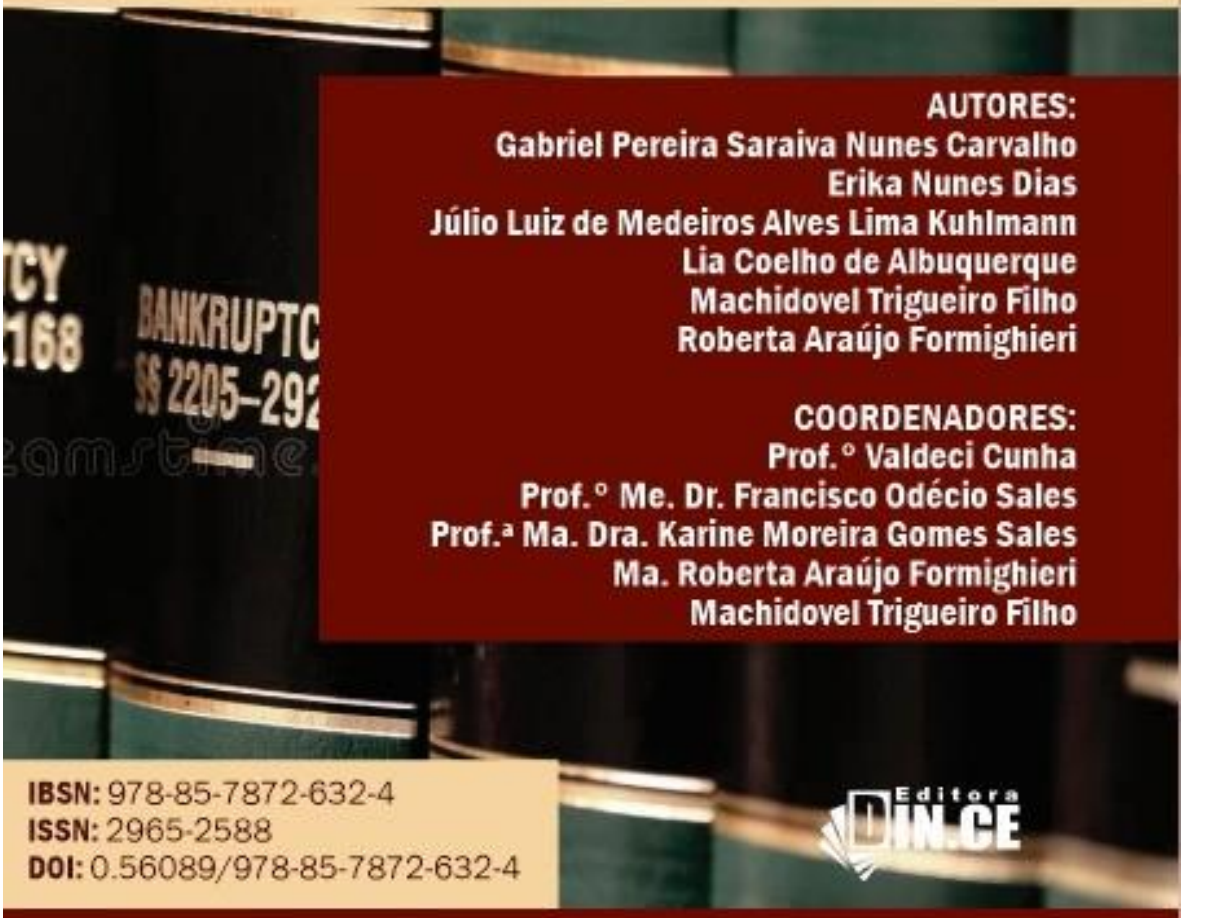
REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vol. 3 Abr./Jun. 2023



AUTORES:
Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho
Erika Nunes Dias
Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann
Lia Coelho de Albuquerque
Machidovel Trigueiro Filho
Roberta Araújo Formighieri

COORDENADORES:
Prof.° Valdeci Cunha
Prof.° Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Machidovel Trigueiro Filho

IBSN: 978-85-7872-632-4
ISSN: 2965-2588
DOI: 0.56089/978-85-7872-632-4

Editora DIN.CE

AUTORES:

Bianca Pfeffer
Cynara Soares Guerra Ghidetti
Francisco Bruno Nobre de Melo
Francisco Cícero de Melo
Leonardo Rodrigues Arruda Coelho
João Henrique de Brito Marinho
Machidovel Trigueiro Filho
Renata Teodoro Andreoli
Raimundo Nonato Cunha
Renato Zanco Bueno
Rogaciano Leite Neto
Valdiane Kess Soares dos Santos
Victor Kellesson Sales Rodrigues

COORDENADORES:

Prof.° Valdeci Cunha
Prof.° Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Machidovel Trigueiro Filho

RDCJ

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vol. 3

Ano II. nº 3. Abr. / Jun. 2023

Fortaleza-CE
2023

Esta obra está licenciada com uma Licença
Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

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

Prof. Valdeci Cunha

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

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista Digital de Ciências Jurídicas. Vol. 3. Abr / Jun. 2023. Trimestral
Fortaleza – Ceará. Editora DINCE, 2023 – 334 p. Digital

DOI: 10.56089/978-85-7872-632-4
ISBN: 978-85-7872-632-4
ISSN: 2965-2588

Consulta ISSN: https://portal.issn.org/
Consulta: consultar-doi
Consulta revista: RDCJ-vol.-3-1.pdf

1. Direito – Periódico. 2. Artigos jurídicos. I. Temas diversos

NOTA DA EDITORA
As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DOS AUTORES** e de sua inteira responsabilidade.
A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

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

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

COORDENADORES

Roberta Araújo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2006). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Teresina - FACET (2021). Mestre em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR (2022). Promotora de Justiça Substituta do Estado do Amapá (2022). Exerceu os cargos de Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz/CE (2009-2010), Subprocuradora do Município de Acaraú/CE (2015), Procuradora-Geral do Município de Tamboril/CE (2010- 2015), Coordenadora Jurídica da Secretaria de Esportes do Estado do Ceará (2015-2017), Assessora Jurídica Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2017-2022). Integrou, como sócia-administradora, o Escritório Freitas e Araújo Advocacia e Consultoria Municipal, onde atuou como advogada especialista em Direito Público por 16 anos (2006-2022), prestando assessoria a Prefeituras Municipais, Câmaras Legislativas e outros órgãos públicos no Estado do Ceará. Foi Tesoureira da Comissão de Estudos Municipais da OAB/CE (2007-2008), Conselheira Estadual da OAB/CE (2019-2022) e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/CE (2019-2022). É membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - GEPDC/PPGD/UNIFOR. Membro do corpo editorial da Editora DINCE. Autora de livros na área do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Administração Pública, e atuação nos temas que lhes são correlatos, principalmente, no Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Processo Coletivo e Direito Eleitoral.

Machidovel Trigueiro Filho

Atualmente é pesquisador na área de Direito Econômico com ênfase em Agências Reguladoras, CADE, Direito Regulatório e Direito Digital. Pós Doutor na área de Direito Econômico Regulatório pela USP-São Paulo, com trabalho final premiado. Professor Associado 3 da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Chefe do Departamento de Direito Público na Faculdade de Direito-FADIR durante os últimos 4 anos, havendo encerrado seu mandado em 2023, quando foi eleito pelos seus pares VICE-DIRETOR da Faculdade de Direito da UFC, cargo que exerce atualmente. Atua profissionalmente nas seguintes áreas: Direito da Econômico e de Regulação, Direito Digital (IA), Direito do Petróleo e Direito Empresarial. Professor da UFC há 26 anos, hoje titular da disciplina das Direito Econômico, Direito do Petróleo e Direito Digital. Ingressou na vida profissional aos

15 anos, como menor aprendiz (estagiário) no Banco do Brasil. Graduou-se em Direito em 1999 pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com a distinção acadêmica "Magna Cun Laude". Possui Mestrado e Doutorado em Direito no exterior. Sua Tese foi premiada e obteve nota máxima, sendo ainda agraciada com a honraria "Sobresaliente Cum Laude", por unanimidade da banca avaliadora, no ano de 2010, na área de Direito Regulatório. Antes desse Mestrado e Doutorado em Direito realizados no exterior, concluiu na UFC (CAEN), o Mestrado em Economia e na UECE (CESA), o Mestrado em Administração de Empresas, cursos que também possui graduação. Em seu período no exterior, foi bolsista e pesquisador do CNPQ. Foi aprovado em diversos concursos públicos no Brasil. Também é Procurador do Município de Aquiraz licenciado. Tem também especialização em Finanças Internacionais pelo IBMEC - Rio de Janeiro. Já ensinou nos Programas de Pós-Graduações da UECE, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Universidade do Distrito Federal- Brasília (AEUDF), Escola Superior da Magistratura (ESMEC) e Escola Superior do Ministério Público (EMP), entre outras, além de ter ministrado palestras em diversos órgãos públicos e inúmeras instituições de ensino pelo Brasil, com participação ainda em diversos simpósios e seminários pelo Brasil e exterior em temas relacionados ao Direito Econômico, Economia da Regulação, Agências Reguladoras, Direito do Petróleo e Direito Digital. Participa como membro vários institutos ligados a Regulação Econômica e ao Direito Digital. Integra também a Comissão Especial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da OAB de São Paulo e o Conselho Editorial de diversas Revistas acadêmicas, como membro efetivo. É consultor externo da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação (CDTI) da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil. Com vasta produção intelectual e acadêmica, escreveu inúmeros artigos científicos e 11 (onze) livros, sendo os quatro últimos sobre Direito Econômico, Agências Reguladoras, Direito das Startups e Direito Digital, área que dedicou suas pesquisas nos últimos anos nos Estados Unidos, como Pós Doutor, nas Universidades da Florida (FIU) e em Stanford (Califórnia). Possui marcas e patentes registradas no Brasil, no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI havendo sido (maio/2020) registrado um invento (aplicativo/programa APP) vinculado a Startup MEMEMORIA (mememoria.com). Pelo invento, foi agraciado no Brasil com o Prêmio Empreendedor Digital do ano de 2020, pela Associação Nacional das Startups - ANS e pela STARTUP BRASIL, na categoria INOVAÇÃO, numa área inédita que está aliada ao conjunto de tecnologias de memórias aplicado na Startup. É apreciador das plantas e dos animais e encontra-se envolvido em atividades de filantropia, na manutenção de um orfanato de crianças e ajuda aos asilos de idosos em seu Estado (Ceará-Brasil).

Brenda Albuquerque de Souza

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil do Estado de Sergipe

Jacqueson Ferreira Alves dos Santos

Graduado em direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Processo Penal pelo instituto DAMÁSIO/SP. Delegado de Polícia Civil do Estado do MA. aprovado em concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Ministério público do estado do Ceará.

Karine Moreira Gomes Sales

Professora efetiva da Rede Estadual de Ensino (SEDUC-CE). Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (UECE). Mestra em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE); especialista em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Universidade Cândido Mendes (UCAM); Pós-graduanda em Intervenção ABA para autismo e deficiência intelectual pelo CBI of MIAMI-Estados Unidos; Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Tem experiência na área de Políticas Públicas em Educação, com ênfase em Avaliação Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: Avaliação Institucional, Avaliação Ensino-aprendizagem, Sociologia, Antropologia, Gestão Escolar e Análise do Comportamento Aplicado (ABA) para autismo e deficiência intelectual. Membro do corpo editorial das editoras Atena, DINCE e InVivo. Autora de livros na área de Ciências Sociais, Políticas Públicas e Educação. (Texto informado pelo autor).

APRESENTAÇÃO

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – RDCJ – nasceu objetivamente com uma proposta radical: apresentar assuntos demasiadamente significativos para o mundo jurídico, para os operadores do Direito e para todas as correntes que se ocupam das ciências jurídicas e sociais, cuja comunicação se expresse em uma linguagem do dia a dia, sejam através de artigos, entrevistas, leis e jurisprudências comentadas; sejam por meio de opiniões, enfoques ou mesmo de diversas outras publicações nessa área, reservada, sobretudo, aos que estudam, pesquisam e debatem as informações do Direito e da Justiça, sob o ponto de vista legal, legítimo e lícito que preconizam o ordenamento jurídico da vida em sociedade.

Tudo isto é motivo de imensa satisfação, podermos apresentar a todos os leitores, escritores e ao público em geral o lançamento desta oportuna e enriquecedora *REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS* que, para além das abordagens variadas, pluralistas e ecléticas no campo digital da filosofia e da ciência do Direito, promovem reflexões profundas aos que enxergam, vivem e sonham com uma sociedade constitucionalmente desenvolvida, livre, sem preconceitos e sem discriminações.

Trata-se de uma REVISTA no formato digital, publicada trimestralmente, que aborda assuntos técnicos e científicos, dos mais variados tópicos, relacionados com a narrativa e com o debate nacional e internacional sobre os modernos paradigmas que orientam os princípios normativos das ciências jurídicas e sociais, bem como de sua filosofia aplicada especialmente ao direito brasileiro.

Sob a coordenação do **Prof.° Valdeci Cunha, Prof.° Me. Dr. Francisco Odécio Sales, Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales e Ma. Roberta Araújo Formighieri**, entre outros renomados autores, a REVISTA busca suprir uma lacuna existente atualmente no mercado editorial do estado do Ceará e do Brasil no sentido de atender às

necessidades de alunos, professores, escritórios jurídicos, magistrados, membros do ministério público e demais profissionais do Direito, diante do qual nas atuais circunstâncias, não dispõem de uma publicação periódica que viabilize disponibilizar seus trabalhos em forma de artigos, teses, monografias e demais estudos relacionados com a proposta vocacional da já mencionada RDCJ -*REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS.*

A revista também se propõe a atender aos candidatos que se preparam para concursos públicos e muitas vezes precisam apresentar seus trabalhos jurídicos, de provas e títulos, para efeito de avaliações e/ou aprovações.

Importante também se faz ressaltar que a RDCJ será produzida no formato digital e disponibilizada ao público interessado para baixá-la gratuitamente nas plataformas https://dince2editora.com/revistas/ e http://www.revistadigitaldeciencias.com.br/

Finalizamos, portanto, expressando nossas razões que justificam esse imenso esforço pessoal e profissional de servir a todos, na tarefa de realizar esta missão com o sincero propósito de contribuir para o crescimento integral de todos que percorrem e peregrinam nessas estradas em busca de um novo debate e de novas informações, cujo produto fundamental é o firme desejo de ser útil nas ações, juridicamente orientadas, como meio de avanços significativos na ciência jurídica, na filosofia e no exercício prático do Direito.

SUMÁRIO

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho

O ENIGMA DA EXECUÇÃO: DECIFRA-ME OU TE DEVORO. **15**

Bianca Pfeffer

DIREITO À SAÚDE: PANORAMA JURISPRUDENCIAL SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE **55**

Rogaciano Leite Neto

GUERRA, RAZÃO DE ESTADO E RETÓRICA EM TUCÍDIDES **77**

Renata Teodoro Andreoli

DA INCIDÊNCIA DO ITCMD SOBRE O PLANO VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL) E O PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL) NA HIPÓTESE DE MORTE DO TITULAR DO PLANO – UMA BREVE ANÁLISE DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 1.214 ..... **103**

Valdiane Kess Soares dos Santos

O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. UMA ABORDAGEM ATUALIZADA DA JURISPRUDÊNCIA **119**

Renato Zanco Bueno

DIREITO AO ESQUECIMENTO: TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS **131**

Francisco Bruno Nobre de Melo

O ACESSO À JUSTIÇA E O ENCAMINHAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS **149**

Victor Kellesson Sales Rodrigues

AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC: NATUREZA DO ROL **177**

Raimundo Nonato Cunha

ACESSO À INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA EM FACE DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE DOS INDIVÍDUOS ENVOLVIDOS **195**

João Henrique de Brito Marinho

O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR E SUA CONFIGURAÇÃO NA APROVAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 COM ANÁLISE DAS ADIS Nº 4887, 4888 E 4889..... **225**

João Henrique de Brito Marinho

ACESSO À JUSTIÇA E O SISTEMA MULTIPORTAS **285**

Cynara Soares Guerra Ghidetti

FAKE NEWS E OS DANOS PARA A DEMOCRACIA **297**

Machidovel Trigueiro Filho

O SISTEMA LICITATÓRIO ESPANHOL E BRASILEIRO E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES **301**

Machidovel Trigueiro Filho

O PAPEL DA SOCIEDADE NA REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O FUTURO DA IA E DO DIREITO DIGITAL NA GESTÃO PÚBLICA **229**

O ENIGMA DA EXECUÇÃO:

DECIFRA-ME OU TE DEVORO.

THE EXECUTION PUZZLE:

DECIDE ME OR I WILL DEVOUR YOU

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho

Resumo: O presente artigo faz uma incursão na fase processual mais enigmática do processo brasileiro, buscando descortinar os caminhos legais e jurisprudenciais que levam à efetividade da execução. Para isso, serão analisados tanto os mecanismos tecnológicos mais modernos, como as ferramentas digitais de investigação patrimonial, quanto a expropriação tradicional, com a penhora de máquinas, veículos e imóveis, que ainda constituem os principais mecanismos de satisfação do título executivo no âmbito trabalhista.

Palavras-chaves: Execução forçada; Penhora; caminhos processuais; entendimentos jurisprudenciais atuais; manejo da legislação.

Abstract: This article makes an incursion into the most enigmatic procedural phase of the Brazilian process, seeking to uncover the legal and jurisprudential paths that lead to the effectiveness of the execution. For this, both the most modern technological mechanisms will be analyzed, such as digital tools for heritage investigation, as well as traditional expropriation, with the attachment of machines, vehicles and real estate, which still constitute the main mechanisms of satisfaction of the enforceable title in the labor field.

keywords: Forced execution; Garnishment; procedural paths; current jurisprudential understandings; legislation management.

Sumário: Introdução. A Penhora Como Pedra de Toque da Teoria Geral da Execução. A Visão Doutrinária Sobre Técnicas Executivas. Principais Aspectos Jurisprudenciais na Execução Trabalhista. Negócios Jurídicos Atípicos nos Atos Expropriatórios. A Execução Trabalhista nas Relações Desportivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A figura da esfinge existiu em diversos povos antigos. A esfinge no Egito era uma guardiã espiritual. Já a esfinge persa tinha significado diverso. Esfinge é um termo grego, existindo artefatos que remontam ao século VII a.C. Na mitologia grega, a esfinge trouxe destruição a Tebas, até que Édipo resolveu seu enigma. O ser mitológico então lançou-se ao precipício.

A comparação da execução com o enigma da esfinge se justifica. Afinal, apesar de receber em tempo hábil uma folha de papel com seu direito transcrito, o credor dificilmente o terá concretizado. Na Justiça do Trabalho, tradicionalmente, a ineficácia na execução é de cerca de 70%. Somados aos processos com baixa temporária ou definitiva, em decorrência da prescrição intercorrente, a execução frutífera se torna uma exceção. Poucos processos em que há recalcitrância do executado resultam em um cumprimento forçado exitoso.

Acerca da fase de execução, os levantamentos estatísticos do CNJ (Justiça em Números 2022, pág. 216) apontam que:

> "a fase de conhecimento, na qual o juiz tem de vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título

> extrajudicial. Porém, esse tempo pode ser prejudicado pelas dificuldades na execução e constrição patrimonial que ocorre nessa fase. Para receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, aproximadamente o triplo de tempo na fase de execução (3 anos e 11 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 3 meses). Esse dado é coerente com o observado na taxa de congestionamento, 85% na fase de execução e 68% na fase de conhecimento. A Justiça do Trabalho e a Justiça Federal se destacam por possuir tempo médio de tramitação na fase de conhecimento inferior a um ano, sendo 9 meses entre os Tribunais Regionais do Trabalho e 10 meses entre os Regionais Federais. Na execução, ao contrário, o maior tempo médio está na Justiça Federal, 6 anos e 4 meses, seguido da Justiça Estadual: 4 anos. Os dados, assim, revelam agilidade na fase de conhecimento, mas dificuldades na fase executória".

Não se desconhece que muitos negócios no Brasil são encerrados precocemente. Segundo os levantamentos do Ministério da Fazenda, Sebrae e IBGE, a taxa de mortalidade das empresas nos primeiros dois anos de funcionamento é de cerca de 60%. Nesse cálculo não se pode considerar apenas as baixas na SRF, já que muitas empresas encerram fisicamente suas atividades, mas demoram para regularizar sua situação nos órgãos oficiais, em parte, porque os donos têm a esperança de reativar seus negócios em um futuro próximo. Nada obstante o princípio da alteridade, previsto no art. 2º da CLT, essa conjuntura econômica impacta na execução forçada.

Mas há outras questões. Sabe-se que o Brasil possui um desenvolvimento desigual, com algumas regiões ostentando elevado PIB per capita, em comparação com outras regiões menos desenvolvidas. No entanto, mesmo em regiões mais ricas, os gargalos da execução se mantêm. Fala-se que há uma cultura do calote que vigora no país de norte a sul, que também afeta as relações de trabalho. O calote é diferente da inadimplência. Esta advém de condições instáveis do devedor, como o infortúnio. Aquele advém da conduta voluntária de não honrar as dívidas, com a única finalidade de locupletamento.

No Brasil, a inadimplência dos consumidores é atrelada a juros altos, inflação, desemprego, falta de educação financeira e consumismo. Cerca de 70 milhões de pessoas no país estão inadimplentes. Contribui para este quadro o calote dos salários pelo empregador, que gera o infortúnio ao empregado, que por conta disso se torna inadimplente no comércio.

Sobre a cultura no Brasil de locupletamento à custa de terceiros, discorremos no livro "Neuroimputação: a culpabilidade à luz da neurociência" (editora Dince, 2023, pp. 240):

> "Sérgio Buarque de Holanda falava do homem cordial, um artifício psicológico e comportamental, que se deixava levar pelas emoções nas interações sociais. No Brasil, era comum a prática da 'Lei de Gérson'. Gérson era um jogador da seleção brasileira, campeão do mundo em 1970. Em uma propaganda de cigarros, ele utilizou a expressão do futebol 'levar vantagem', que significa chegar na frente. No entanto, a expressão acabou sendo associada à malícia pela mídia da época, sendo incorporada com igual sentido pelo senso popular."

Há um conhecido ditado popular no Brasil que diz que "o mundo é dos espertos", que levam vantagem sobre terceiros. Os gargalos da execução estão ligados em grande medida a essa cultura, como a prática disseminada de blindagem patrimonial. Para contornar esse cenário, é necessário desvendar os enigmas que cercam a execução, sob pena de ser por ela devorado em atos infindáveis sem utilidade, levando o processo à ruína. Para isso, é preciso manejar adequadamente a legislação e os entendimentos jurisprudenciais mais recentes de forma a atingir o escopo da execução.

A PENHORA COMO PEDRA DE TOQUE DA TEORIA GERAL DA EXECUÇÃO

No âmbito de uma teoria geral, a execução se divide em duas modalidades: a execução direta por sub-rogação, que pode ser por expropriação, desapossamento ou transformação; e a execução indireta por coerção, que pode ser pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa).

A penhora é o principal instrumento da execução por sub-rogação expropriativa, que é o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente. Ela se qualifica como um ato premonitório, que afeta o bem, a fim de sujeitá-lo aos fins da execução. Visa segregar bens do devedor, não importando de imediato a perda da posse ou do domínio. Consiste em um vínculo processual que afeta os bens à execução. Qualquer ato de disposição do bem penhorado será ineficaz ao credor, podendo ainda configurar o crime do art. 179 do CP, cuja ação penal é de natureza privada. Dentre os efeitos da penhora estão a garantia do juízo, a concentração da atividade executiva sobre o bem e o direito de preferência. A sujeitabilidade, a segregação e a afetação caracterizam o ato executivo de penhora.

A penhora está estreitamente vinculada a institutos de direito processual e material, a exemplo da responsabilidade patrimonial, patrimônio, coisa e bem. A responsabilidade patrimonial é a sujeitabilidade do patrimônio do devedor às medidas executivas, e vem prevista nos arts. 391 do CC e 789 do CPC. Pode ser primária ou secundária. Por sua vez, patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, com conteúdo econômico, vale dizer, mensuráveis em dinheiro. Já coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. Por fim, bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico. Os bens estão previstos nos arts. 79 a 103 do CC, enquanto as coisas são tratadas nos arts. 1.196 a 1.510-E do CC.

Tendo o Código Civil encampado o conceito de bem como coisa suscetível de apropriação e com conteúdo econômico, será sobre ele que a penhora recairá. Ela terá como limite máximo tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios, e como limite mínimo as custas da execução, conforme expresso, respectivamente, nos arts. 831 e 836 do CPC.

Doutrinariamente, a penhora constitui o ato pelo qual se especifica o bem que irá responder concretamente por determinada execução. Sua funcionalidade reside em determinar o bem sobre o qual se realizará a expropriação e fixar sua sujeição à execução (Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil. v. IV. ed. 4. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 577; Francesco Carnelutti. Instituições do processo civil, v. 3. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 18, item 683).

Entende-se que a penhora tem natureza instrumental, a constituir pressuposto para os ulteriores atos executivos. Dessa maneira, a penhora não se confunde com a posterior adjudicação ou alienação do bem gravado (Araken de Assis. Manual da execução. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021). Destaca-se também que a penhora não se equipara ao bloqueio e às restrições preliminares viabilizadas por meio do sistema Renajud. Tampouco se confunde com o depósito do bem, o qual é ato complementar à penhora, e não necessário à sua efetivação. Nesse sentido, entende o STJ que a mera ausência de nomeação do depositário no auto ou termo de penhora, bem como a recusa do depositário/executado em assiná-lo não invalida a penhora, conforme os seguintes precedentes: REsp 399.263/RS, 3ª Turma, DJe 24/2/2003; REsp 248.864/GO, 3ª Turma, DJe 29/9/2003; e REsp 990.502/MS, 4ª Turma, DJe 19/5/2008. Trata-se de atos diversos, ainda quando realizados concomitantemente.

O ato específico de penhora acarreta efeitos nos planos processual e material. Processualmente, conduz à individualização dos bens do patrimônio do executado; à garantia do direito de preferência (art. 797, caput, CPC/15); à conservação dos bens penhorados por meio de sua entrega a depositário (art. 383, IV); ao desencadeamento de técnicas expropriatórias (art. 825); e à viabilização do efeito suspensivo à defesa do executado (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução. 11º. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. págs. 838-842). No plano material, a penhora serve à reorganização da posse em favor do depositário (art. 839 e 840, §2º, do CPC/15); ineficácia relativa dos atos de disposição (art. 804 do CPC/15); e perda relativa dos direitos de fruição (art.868 do CPC/15) (ASSIS, Araken de. Manual da execução. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021).

A VISÃO DOUTRINÁRIA SOBRE TÉCNICAS EXECUTIVAS

Muitos mecanismos despontaram nos últimos anos para atingir o objetivo de solver a dívida no âmbito trabalhista, tais como ferramentas tecnológicas e agilidades processuais. Como exemplos na doutrina, Ricardo Calcini, Richard Wilson Jamberg, Rafael Guimarães (Execução Trabalhista na Prática, editora Mizuno, 2ª edição, 2022, p. 1.133) discorrem sobre a formação de um consórcio de credores para a arrematação de bens em leilão judicial. A esse respeito, o Código de Processo Civil regula o concurso singular de credores no art. 908, §2º, estabelecendo a distribuição do dinheiro entre os concorrentes conforme a ordem de anterioridade da penhora.

Por sua vez, Mauro Schiavi (Execução no Processo do Trabalho, editora Juspodivm, 15ª edição, 2023, p. 485) analisa a possibilidade de arrematação parcelada dos bens no leilão judicial. O art. 895 do CPC permite essa modalidade de arrematação, e o art. 17 do Provimento GP/CR nº 07/2021 do TRT2, por exemplo, dispõe que o lance à vista terá preferência sobre o lance parcelado.

Um caso prático pode ilustrar a agilidade que essa modalidade pode trazer à execução. O TRT-MG julgou o Agravo de Petição no processo nº 0011983-21.2015.5.03.0144 em 2018, entendendo válida a arrematação de imóvel pela metade do valor e em cinco parcelas. O imóvel foi reavaliado em R$ 2,5 milhões, sendo arrematado por R$ 1,2 milhão, em cinco prestações. O tribunal entendeu que os arts. 884, 887 e 895 do CPC são compatíveis com o processo do trabalho, por força do disposto no art. 2º da IN nº 39 do TST.

Segundo Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho (Curso de Direito Processual do Trabalho, editora Atlas, 4ª edição, 2020):

> "Algumas inovações têm surgido nas penhoras efetuadas na Justiça do Trabalho. Entre elas encontramos a possibilidade de penhorabilidade de recursos repassados por ente público (art. 833, IX, do CPC) e a penhora sobre empréstimo consignado

> (art. 833, IV, do CPC), pois se admite a possibilidade de reserva de até 30% na penhora de salário do executado, com mais razão ainda a penhora da totalidade do produto da operação de crédito, com pagamento indireto, cujas parcelas são deduzidas diretamente da folha de pagamento.

Já Maximiliano Silveira Sabóia (Penhora à Luz do CPC, editora Memória Forense, 9ª edição, 2022, pág. 1.095) discorre sobre a restituição das sobras na arrematação. Acerca do assunto, o art. 907 do CPC dispõe que, pago ao exequente o principal, os juros, as custas e os honorários, a importância que sobrar será restituída ao executado. No entanto, na Justiça do Trabalho tem sido comum as sobras serem direcionadas para outras execuções em face do mesmo devedor, desde que tramitem no mesmo juízo ou foro. Neste último caso, com feitos em ofícios de justiça distintos (art. 150 do CPC) pertencentes a um mesmo foro, é comum a adoção do procedimento de reunião de execuções, enquanto outros aplicam o art. 860 do CPC, procedendo-se à penhora no rosto dos autos.

Percebe-se que a doutrina especializada tem se debruçado sobre as inúmeras alternativas para que a execução atinja seu escopo. No entanto, todas essas medidas têm mostrado pouco efeito prático, em parte pelo desconhecimento de seus meandros. No âmbito jurisprudencial não é diferente, sendo necessário conhecer as sinuosidades que cercam as principais medidas executivas no âmbito trabalhista, como a penhora de veículos, imóveis, máquinas e salários. Nessa discussão, destaca-se a relação entre CPC e CLT, STJ e TST, cautelas necessárias, boa-fé e costumes nos negócios. Senão, vejamos.

PRINCIPAIS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS NA EXECUÇÃO TRABALHISTA.

No julgamento do Recurso de Revista nº 1000648-58.2018.5.02.0322 realizado em 2020, a 5ª turma do TST desconstituiu a constrição judicial de um automóvel, uma vez que o negócio jurídico pactuado foi realizado de boa-fé. Isso porque, quando o automóvel foi

adquirido, conforme documento com reconhecimento de firma em cartório, não havia ainda direcionamento da sua execução ou registro da constrição do veículo. Segundo o acórdão, deve-se levar em consideração o costume social de aquisições de bens sem a devida cautela do adquirente, principalmente envolvendo pessoas de pouca ou nenhuma escolaridade, de quem não se pode exigir a adoção das cautelas recomendadas.

Já no julgamento do Recurso de Revista nº 184-97.2018.5.09.0567 realizado em 2022, a 2ª turma do TST afastou a penhora de um imóvel residencial de São Bernardo do Campo-SP, decretada em ação trabalhista. Isso porque, por ocasião da assinatura do contrato de compra e venda, não havia nenhum registro da penhora na matrícula do imóvel. A escritura não foi lavrada porque a compra teria sido parcelada, e somente depois haviam quitado o saldo devedor, como é costume nas transações imobiliárias. No entanto, o TRT2 manteve a penhora, uma vez que na data do contrato de compra e venda, a ação principal já estava em curso. Segundo o regional, se os compradores tivessem tomado as cautelas necessárias, teriam ciência de que o vendedor constava no polo passivo da ação trabalhista. No julgamento do recurso de revista, o ministro Sérgio Pinto Martins destacou que o TST adotou o entendimento da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, de que somente se reconhece a fraude à execução quando há registro da penhora na oportunidade da alienação do bem ou quando comprovada a má-fé do terceiro adquirente. No entanto, esses requisitos não foram observados pelo regional, que fundamentou a manutenção da penhora no fato de a ação principal já estar em tramitação.

No tocante à alegação de fraude, comum nos casos de alienação de bens, o TST entendeu no julgamento do Recurso de Revista nº 6-58.2015.5.01.0024 realizado em 2021 que, não tendo sido comprovada a má-fé do comprador nem a sua ciência de que, na época do negócio, corria ação trabalhista capaz de reduzir o devedor à insolvência, não há como presumir a fraude à execução. Segundo o acórdão, o requisito para a constatação da fraude à execução não é puramente objetivo. É necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, a existência de má-fé do terceiro adquirente. Conforme o relator, ministro Caputo Bastos, ainda que a venda do imóvel tenha ocorrido após o ajuizamento da ação, sem a comprovação de que o comprador tenha agido de má-fé ou tivesse conhecimento da ação na época da compra, não há como presumir a fraude à execução.

Outra questão de grande interesse prático diz respeito à copropriedade. O art. 843 do CPC, e seus parágrafos, estabelece a

preferência para arrematação em favor do coproprietário ou do cônjuge do executado, na hipótese de penhora de bem indivisível – uma forma de evitar a dificuldade de alienação apenas da parte do devedor e a constituição forçada de condomínio entre o arrematante e o coproprietário ou o cônjuge. Desta forma, nas execuções judiciais, para que haja o leilão de imóvel indivisível registrado em regime de copropriedade, a penhora não pode avançar sobre a cota da parte que não é devedora no processo, cujo direito de propriedade deve ser assegurado. Estabelecida essa limitação à penhora, é permitida a alienação integral do imóvel, garantindo-se ao coproprietário não devedor as proteções previstas pelo dispositivo mencionado – como a preferência na arrematação do bem e a preservação total de seu patrimônio, caso convertido em dinheiro.

Esse entendimento foi encampado pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.818.926 realizado em 2021. Segundo o acórdão, o CPC/2015 garante ao coproprietário o direito de preferência na arrematação, caso não queira perder sua propriedade mediante compensação financeira. Além disso, se não exercer essa prerrogativa, o coproprietário não devedor conserva o seu direito à liquidação de sua cota-parte no valor da avaliação do imóvel – e não mais conforme o preço obtido na alienação judicial, como ocorria no CPC/1973. O coproprietário, cônjuge ou não, deve ser oportunamente intimado da penhora e da alienação judicial, na forma dos artigos 799, 842 e 889 do CPC/2015. O ato de penhora importa individualização, apreensão e depósito dos bens do devedor; após efetivado, resulta em indisponibilidade sobre os bens afetados à execução – tratando-se, assim, de gravame imposto pela justiça com o objetivo de realizar, de forma coercitiva, o direito do credor.

Atualmente, por força do art. 843 do CPC/2015, é admitida a alienação integral do bem indivisível em qualquer hipótese de propriedade em comum, resguardando-se, ao coproprietário ou cônjuge alheio à execução, o equivalente em dinheiro da sua quota-parte no bem. Não exercendo tal direito, preserva-se hígido, ainda, o seu patrimônio, mediante a liquidação da sua quota-parte com base no valor da avaliação do imóvel (§ 2º), não mais segundo o preço obtido na alienação judicial, como ocorria no regime anterior. Deveras, conforme precedente do STJ: “essa nova disposição legal amplia a proteção de coproprietários inalcançáveis pelo procedimento executivo, assegurando-lhes a manutenção integral de seu patrimônio, ainda que monetizado” (REsp 1.728.086/MS, 3ª Turma, DJe 03/09/2019).

Acerca da razão pela escolha pela alienação total do bem, conforme a doutrina de Fernando da Fonseca Gajardoni:

> "bastante reduzida seria a procura pelo bem, caso o arrematante/adjudicante só pudesse adquirir o domínio de parcela do bem, mantendo, assim, o estado de indivisão da coisa e o condomínio com terceiro não executado (o cônjuge do devedor), no mais das vezes pessoa desconhecida. Aliás, seria uma dupla perda de tempo, obrigando o credor/arrematante/adjudicante a ajuizar ação de dissolução de condomínio, justamente para se chegar naquela mesma fase processual anterior, que é a da alienação do bem em sua totalidade. Óbvio que a solução anterior era totalmente inadequada, para todos os envolvidos, inclusive com discussões sobre o uso exclusivo do bem por um em detrimento do outro. Aliás, se uma das finalidades da penhora é a alienação do bem para que o seu equivalente monetário venha a satisfazer o crédito do exequente (art. 708, I, do CPC), não havia sentido para que se impusessem óbices à efetiva transformação dos bens do devedor em dinheiro, ainda que, com isso, o cônjuge, em certas condições e preservado o direito ao recebimento de parcela de produto, fosse atingido" (Penhora e expropriação de bem indivisível: pela evolução da jurisprudência do STJ em prol da interpretação potencializada do art. 655-b do CPC. In: O papel da jurisprudência no STJ. São Paulo: RT, 2014, p. 919-934).

Por sua vez, o STJ julgou o Recurso Especial nº 2.035.515 em 2023, refutando a tese de que seria possível aplicar ao caso de alienação fiduciária, por analogia, a regra prevista no artigo 843 do Código de Processo Civil e em seus parágrafos, os quais estabelecem a preferência para arrematação em favor do coproprietário ou do cônjuge do executado, na hipótese de penhora de bem indivisível. Para a corte, a situação descrita no CPC não se aplica ao processo em discussão, pois a garantia fiduciária não

representa nenhuma forma de copropriedade. Segundo o acórdão, no leilão realizado, o que ocorreu foi a transferência do crédito garantido e representado pela cédula de crédito bancário, inexistindo similitude que atraia a incidência da regra que garante o direito de preferência.

No tocante à penhora de máquinas e equipamentos, o art. 833, V, do CPC/2015 sucedeu o art. 649 do CPC/1973. Tradicionalmente, a jurisprudência entendia que as máquinas eram absolutamente impenhoráveis, havendo um alargamento para além das pessoas físicas, a fim de proteger o maquinário de pequenas e microempresas.

Como exemplo, o aresto oriundo do TRF3, na Apelação Cível nº 0020516-36.2016.4.03.9999/SP, que manteve a anulação de penhora de máquinas de uma microempresa de confecções de Pompeia/SP, em execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional, por considerá-las essenciais à atividade da indústria. Ao julgar o recurso, a Segunda Turma do TRF3 destacou que o artigo 649, inciso VI, do Código de Processo Civil, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão e a tendência jurisprudencial é no sentido de alargar o seu alcance para as microempresas, empresas de pequeno porte e firmas individuais, desde que os bens penhorados se afigurem indispensáveis ao regular exercício de suas atividades. Conforme o acórdão, o inciso V do art. 649 do CPC/1973 originariamente orientou-se no sentido de proteger a pessoa física, enquanto profissional. O microcomputador do advogado, a plaina do marceneiro e o automóvel do taxista constituem exemplos de bens impenhoráveis. Apesar disso, a jurisprudência já estendeu essa impenhorabilidade aos bens da microempresa e da empresa de pequeno porte.

No entanto, atualmente a jurisprudência passa por uma viragem, tendo os tribunais conferido maior agilidade à execução ao interpretar o art. 833, V, do CPC, com a exclusão do termo “absolutamente” do *caput*. Como exemplo, um recente aresto lavrado pelo TRT/MG, em Agravo de Petição no processo nº 0010226-25.2018.5.03.0002. Neste caso, a parte executada aduziu que a máquina penhorada (plotter de impressão digital, marca Roland, modelo SC-500) era indispensável para o desempenho de suas atividades (comunicação visual). Segundo o acórdão, a jurisprudência anterior era no sentido de que a norma beneficiava exclusivamente as pessoas naturais que se valiam dos bens móveis neles indicados para garantir a própria subsistência. Em razão disso, firmou-se o entendimento de

que os bens da empresa estavam sujeitos à penhora sem limitações. Isso porque as sociedades empresárias exercem atividades comerciais, e não profissionais. Entretanto, no julgamento do Resp 1.114.767/SP realizado em 2016, já sob o manto do novo CPC, o STJ consolidou entendimento no sentido de que a regra de impenhorabilidade pode ser estendida aos empresários individuais e às pequenas e microempresas nas quais os sócios exercem pessoalmente as atividades inerentes ao objeto social, e desde que o bem penhorado seja imprescindível ao exercício dessas atividades. Contudo, a agravante não demonstrou, conforme lhe competia à luz das regras de distribuição do ônus probatório, que os seus sócios desempenham pessoalmente as atividades relativas ao objeto social. Assim sendo, em que pese a agravante ser qualificada como empresa de pequeno porte, bem ainda ser possível inferir que o bem penhorado seja necessário para a execução do objeto social, não há como se descurar que os requisitos para a aplicação do entendimento consagrado pelo STJ acima referido não foram integralmente comprovados pela recorrente. É dizer, inexistindo comprovação do exercício pessoal de atividades da agravante por parte de seus sócios, incabível a incidência do art. 833, V, ao caso em espeque. Por conseguinte, conclui-se que os bens que integram o patrimônio da agravante não são abarcados pelo dispositivo legal que versa acerca da impenhorabilidade de instrumento necessário ao exercício da profissão, devendo o bem penhorado ser considerado, para fins de responsabilização patrimonial da executada, bem de capital, integrante do ativo empresarial.

De seu turno, no processo nº 0010060-28.2013.5.03.0144, julgado em 2022 pelo TRT/MG, houve a manutenção da penhora do veículo do sócio da empresa executada. Segundo o acórdão, para o reconhecimento da impenhorabilidade de bens com fundamento no art. 833, V, necessária a demonstração específica da utilidade do bem à atividade profissional do executado. Em outras palavras, se o devedor comprovar que o automóvel indicado à penhora ou já penhorado é utilizado como seu instrumento de trabalho, o juiz deverá determinar a desconstituição da penhora, a suspensão da alienação ou da adjudicação do bem. Segundo magistério de Fernando Gajardoni:

> "Em medida bastante simplificadora (prevista desde a Lei n.º 11.382/2006), tratando-se de imóveis e veículos – bens que constam em registros públicos –não há a necessidade de a penhora se efetivar por meio presencial, com a

> presença física e efetiva constrição do bem. O mesmo se verifica, por exemplo, em relação à penhora on-line de dinheiro (vide arts. 854 e ss.). Para esses dois bens mencionados no artigo, é possível que a penhora seja realizada por "termo nos autos". Isso se aplica tanto a bens que estejam situados no local onde tramita o processo ou em qualquer outro local. Para isso, o exequente deverá apresentar a matrícula do imóvel ou certidão do departamento de trânsito quanto ao veículo, para que o escrivão, em cartório, elabore a penhora por simples termo nos autos. Após, o termo de penhora será enviado ao CRI ou Detran (sendo possível essa comunicação por meio eletrônico), para que sejam feitos os apontamentos devidos. Posteriormente à conclusão do termo de penhora, o exequente poderá pleitear a imissão na posse no imóvel penhorado ou, no caso de veículo, a busca e apreensão. Trata-se de medida que tem o condão de agilizar consideravelmente o tempo para a efetivação de penhora e que, infelizmente, ainda encontra resistência por parte de muitos cartórios judiciais. Contudo, nada impede que a penhora de imóveis e veículos seja realizada da forma usual, a saber, com a atuação presencial do oficial de justiça, e constrição e entrega do bem ao depositário. Porém, isso seguramente leva mais tempo, de modo que pode prejudicar a parte exequente, especialmente pensando na preferência que decorre da penhora". (Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

Por sua vez, não se desconhece que a facilidade autorizada pela legislação pode, eventualmente, esbarrar no percalço relacionado a não localização, por período indefinido, do veículo já penhorado (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de processo civil comentado. 7. ed. São Paulo: Editora Juspodivm. p. 1464).

A esse respeito, no julgamento do Recurso Especial nº 2.016.739, realizado em 2023, o STJ entendeu que é possível a penhora de

veículo não localizado. Segundo o acórdão, havendo provas da existência do veículo por meio de certidão acostada aos autos, é de ser reconhecida a possibilidade de sua penhora sem condicionante. A prova da existência do veículo pode ser feita por meio de certidão do órgão de trânsito ou mesmo pela juntada de cópia do CRLV do veículo, expedido em data recente. A fotografia do veículo também constitui evidência de sua existência. No entanto, nada obstante o entendimento externado pelo STJ, deve-se atentar para a advertência do Daniel Amorim Assumpção Neves. Isso porque, um veículo penhorado com muitos anos de fabricação não pode ser avaliado por tabelas de referência, como FIPE e icarros, previstas no art. 871, IV, do CPC, necessitando de uma vistoria, indicada no art. 872 do CPC, ou mesmo uma inspeção, com uso de ultrassom e outros equipamentos. Isso é necessário para aferir possíveis imperfeições que impactam substancialmente no valor de mercado do bem, tais como parafusos diferentes sob o capô, que indicam histórico de batidas, caixa de câmbio, cabeçote do motor e desgaste dos amortecedores. Nesse sentido o precedente julgado pelo TRT2 em 2022, no processo nº 1001826-93.2016.5.02.0263, que se baseou no Ato GP/CR nº 02/2020, para veículos com mais dez anos de fabricação.

No tocante à substituição da penhora em dinheiro por outros bens, o TST julgou o ROT nº 80273-31.2020.5.22.0000 em 2023, no sentido de sua impossibilidade, ainda que em execução provisória. Segundo o acórdão, a penhora deve obedecer à ordem de preferência prevista no artigo 835 do CPC, segundo o qual o dinheiro tem preferência sobre automóveis, não se aplicando o art. 847 do CPC. Consta dos autos que a parte executada havia indicado para execução "um caminhão, composto de cavalo e carreta, correspondendo ao valor de mercado entre R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil reais)". Sobre a mencionada ofensa ao art. 805 do CPC, a interpretação mais coerente com a sistemática estabelecida pelo legislador é aquela que trata com relatividade o princípio da execução menos gravosa ao devedor, harmonizando-o com os princípios de que a execução deva ser realizada no interesse do credor, da celeridade e da economia processual. Logo, não se pode conferir ao art. 805 do CPC, que protege o patrimônio do devedor, o poder de afastar a obediência à ordem de preferência estabelecida pelo art. 835 do mesmo diploma processual. Com efeito, inviável a substituição de penhora pretendida, pois a decisão impetrada apenas fez respeitar a ordem legal estabelecida pelo art. 835 do CPC, donde a penhora sobre dinheiro prefere à de automóveis. Sob a égide do CPC/1973, prevalecia no TST o entendimento de que, em se tratando de execução provisória, fere direito

líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC (Súmula nº 417, III, do TST). Contudo, com a superveniência do CPC/2015, a gradação legal dos bens penhoráveis deve ser observada igualmente na execução provisória e na definitiva, de modo que a rejeição dos bens oferecidos à penhora não importa em ofensa a direito líquido e certo, tutelável pela via mandamental. Trata-se da inteligência da Súmula nº 417, I, do TST, já adequada ao CPC/2015.

No tocante ao bloqueio de dinheiro, em dados de 2018, a ferramenta BacenJud havia bloqueado mais de R$ 40 bilhões, segundo o Banco Central, sendo que 58% das ordens de bloqueio advieram da Justiça do Trabalho. De lá para cá, as empresas devedoras criaram artifícios para esquivar-se do bloqueio. Em muitos casos, a empresa tenta modificar a penhora, oferecendo outros bens, com a sua individualização, conforme determina o art. 847, §2º, do CPC. Isso decorre do fato de os valores bloqueados não poderem ser usados pelas empresas durante o curso da execução, forçando-as a recorrer a instituições financeiras para ter acesso a capital de giro. De igual modo, a execução de veículos é mais efetiva quando o bem é removido a depósito público, como o pátio do DETRAN, ou é entregue ao exequente sob o encargo de fiel depositário, sem aplicação do art. 840, §2º, do CPC. Nesses casos, o executado fica privado do bem durante o curso da execução, o que o força a pagar a dívida ou firmar um acordo com o exequente.

Sobre o tema, o TRT/MG julgou recurso no processo n° 0010060-28.2013.5.03.0144 em 2022, delimitando o alcance do art. 833, V, do CPC. No caso, o sócio de uma gráfica executada na Justiça do Trabalho se insurgiu contra a penhora de um automóvel, sob alegação de que o bem seria utilizado no exercício de sua profissão. Várias foram as tentativas de satisfação da dívida, como citação para pagamento, BacenJud, Renajud, mandados de penhora e inclusão do nome da empresa no Serasa. Todas infrutíferas. Foi deferida, então, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, sendo a execução redirecionada em face do sócio. Mais uma vez, foram praticados atos executórios, sem êxito. Por fim, a penhora de um automóvel foi exitosa. No recurso, o tribunal considerou que a mera juntada de cópia da CNH era incapaz de provar a impenhorabilidade do bem, chegando à conclusão de que a penhora levada a efeito não seria prejudicial ao exercício profissional do sócio/executado. Após essa decisão, foi juntada aos autos uma petição de acordo entre as partes em março de 2023. O

acordo foi homologado judicialmente, mas a penhora sobre o veículo foi mantida, até o cumprimento integral e a quitação das custas, no importe de R$ 1.154,70.

No tocante à penhora de salários, pensões e aposentadorias, o CPC/2015 traz um limite de valor a partir de 50 salários mínimos como exceção. Já para poupanças e outras aplicações financeiras o limite para penhora é ligeiramente inferior, de 40 salários mínimos. Qualquer que seja a natureza da obrigação, admite-se a penhora do que exceder esses limites. Outra exceção diz respeito às obrigações de natureza alimentar. Em suma: em se tratando de prestação alimentícia de qualquer origem, podem-se penhorar as importâncias de salário e aposentadorias e a quantia depositada em caderneta de poupança, qualquer que seja o montante. Em se tratando de outras prestações, pode-se penhorar apenas o que sobejar aos limites indicados. Em ambas as situações, deve ser preservado percentual capaz de assegurar a dignidade do devedor e de sua família. Além disso, a impenhorabilidade de bens é relativizada pelo art. 834, segundo o qual podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, como juros.

A despeito da previsão do CPC/2015, o órgão especial do STJ julgou o EREsp. Nº 1.874.222 em 2023, entendendo por relativizar a impenhorabilidade do salário para pagamento de dívida não alimentar. A corte confirmou a penhora de 30% do salário do executado – em torno de R$ 8.500. A dívida objeto da execução tem origem em cheques que somam R$ 110 mil.

O julgamento do órgão especial se deu no âmbito de embargos de divergência. E a divergência entre os órgãos fracionários da corte residia em definir se a impenhorabilidade, na hipótese de dívida de natureza não alimentar, estaria condicionada apenas à garantia do mínimo necessário para a subsistência digna do devedor e de sua família ou se, além disso, deveria ser observado o limite mínimo de 50 salários mínimos recebidos pelo devedor. A corte considerou a supressão da palavra "absolutamente" no *caput* do artigo 833, ponderando os princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor. Segundo o acórdão, a fixação do limite de 50 salários mínimos merece críticas, na medida em que se mostra muito destoante da realidade brasileira, tornando o dispositivo praticamente inócuo, além de não traduzir o verdadeiro escopo da impenhorabilidade, que é a manutenção de uma reserva digna para o sustento do devedor e de sua família. No âmbito da Justiça do Trabalho, a

penhora sobre salários inferiores a 50 salários mínimos já era extensamente praticada, nada obstante ainda remanesça na doutrina o debate se as verbas trabalhistas se enquadram na exceção trazida pelo CPC/2015, ou se limita a verbas de natureza alimentar em sentido estrito, como pensões alimentícias. O entendimento externado pelo STJ reforça o primeiro argumento. Além disso, possibilita a extensão da penhora na Justiça do Trabalho para verbas de natureza não salarial, como multas sindicais, cuja execução costuma ser tortuosa, além de autuações da SRTE, débitos previdenciários e verbas indenizatórias, decorrentes de condenação por danos morais em acidentes de trabalho ou assédio.

No tocante a verbas de natureza indenizatória no âmbito trabalhista, André Araújo Molina vaticina em substancioso artigo na Revista do TRT/MG nº 104 de 2021 (págs. 72 e 86):

> "Também para que haja dever de indenizar do empregador deverá haver dano, que pode ser conceituado como a lesão do conjunto de direitos e bens de que é titular uma pessoa, ofendendo interesses juridicamente protegidos. O ataque repercute sobre a vítima podendo atingir os seus interesses patrimoniais e/ou extrapatrimoniais. Na experiência nacional, as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais e as extrapatrimoniais, inicialmente, como os danos morais. Essa experiência foi recolhida pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, V e X, e, mais recentemente, no art. 186 do Código Civil, onde o legislador utiliza as expressões danos materiais e danos morais como representativos dos dois grandes gêneros dos danos. Especificamente no artigo 5º, V, da Constituição, o constituinte acrescenta os danos à imagem, o que levou a doutrina e a jurisprudência a reconhecer os danos estéticos como uma espécie autônoma de dano extrapatrimonial (Súmula n. 387 do STJ), bem como o art. 223-B, introduzido na CLT pela Lei n. 13.467/2017, positivou os danos existenciais. As respostas tendentes à generalização, do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os assaltos seriam sempre tidos como um problema de

> segurança pública, rompendo com a obrigação de indenizar, ou do Tribunal Superior do Trabalho ao imputar, quase sempre, ao empregador a responsabilidade civil, sem avançar sobre os dados fáticos e estatísticos da situação concreta dos assaltos naquelas atividades e circunstâncias, não são soluções seguras e cientificamente adequadas."

Acerca da penhora do bem de família, o STF julgou o Recurso Extraordinário n° 1.307.334, com repercussão geral, em 2022, por maioria de 7x4. Segundo a corrente minoritária, o bem de família do fiador de contrato de locação não residencial é impenhorável, uma vez que o direito constitucional à moradia deve prevalecer sobre os princípios da livre iniciativa e da autonomia contratual. Por outro lado, para a corrente vencedora, a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/1991) não fez distinção entre fiadores de locações residenciais e comerciais em relação à possibilidade da penhora do bem de família, não cabendo ao julgador criar distinção onde a lei não distinguiu. De outra forma, haveria violação do princípio da isonomia, pois o fiador de locação comercial manteria incólume seu bem de família, enquanto o de locação residencial poderia ter seu imóvel penhorado. Segundo o acórdão, o direito à moradia, inserido na Constituição Federal entre os direitos sociais, não é absoluto. Ele deve ser sopesado com a livre iniciativa do locatário em estabelecer seu empreendimento, direito fundamental também previsto na Constituição Federal (artigos 1º, inciso IV e 170, caput), e com a autonomia de vontade do fiador, que, de forma livre e espontânea, garantiu o contrato. Afinal, entre as modalidades de garantia que podem ser exigidas, como caução e seguro-fiança, a fiança é a mais usual, menos onerosa e mais aceita pelos locadores. Preponderou para o entendimento da corte as consequências e os aspectos práticos no mercado locatício.

A esse respeito, o TST julgou o Recurso de Revista n° 1265-18.2014.5.09.0019 em 2022, entendendo cabível a penhora de vagas de garagem. Estas só se qualificam como bem de família se estiverem matriculadas no registro imobiliário. Segundo o acórdão, não havia dúvidas de que as vagas não tinham matrícula própria e estavam vinculadas aos respectivos imóveis de propriedade das executadas. Assim, de acordo com a Súmula 449 do STJ, nessa circunstância, a vaga não constitui bem de família para efeito de penhora, e a jurisprudência do TST tem se firmado no

mesmo sentido. No caso concreto, foram penhoradas quatro vagas de garagem vinculadas ao apartamento de uma das sócias, avaliadas em R$ 300 mil, e outras quatro vagas, mais um depósito, pertencentes ao imóvel da outra sócia, avaliados em R$ 310 mil.

Ainda sobre o tema, o TST julgou o Recurso de Revista n° 130300-69.2007.5.04.0551 em 2018, entendendo incabível a constrição de bem de família, ainda que o executado nele não resida. Segundo o acórdão, verifica-se que a sentença de origem, proferida em sede de embargos à penhora, reconheceu que no caso não há controvérsia quanto ao fato do imóvel constrito ser o único bem de propriedade do embargante. E que não descaracteriza a impenhorabilidade do bem de família, mesmo que não seja o local de residência, condizente com a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. O fato de o executado não residir unicamente no imóvel penhorado não descaracteriza a exceção mencionada, sobretudo porque segue destinado à residência da unidade familiar, mesmo que na maior parte do tempo seja utilizado unicamente por sua filha. Ademais, encontra-se expressamente consignado no acórdão regional, no voto vencido de lavra do Exmo. Relator Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, que "no caso específico do presente processo, restou configurada a impenhorabilidade do bem de família com relação ao imóvel de matrícula 72.530, registrado no 1° Cartório de Registros de Imóveis de São Paulo/SP. A prova trazida aos autos deixa evidente que o executado arca com os custos da residência utilizada pela filha, a qual reside no local correspondente ao imóvel constrito na cidade de São Paulo, ainda que alugue imóvel na cidade de Chapecó/SC, conforme constou no auto de penhora. Nesse contexto, as premissas retratadas nos autos do processo (único imóvel de propriedade dos recorrentes), e na decisão recorrida (responsabilidade pelo pagamento de contas de telefone, gás, condomínio, luz, internet, em nome do executado), somadas ao fato, comprovado mediante a certidão do oficial de justiça, de que o imóvel é utilizado como residência pela filha dos recorrentes, são suficientes a demonstrar que o imóvel penhorado é utilizado pela unidade familiar para moradia, tratando-se, portanto, de um bem de família, impenhorável nos termos da lei".

De outro turno, o TST julgou o Recurso de Revista n° 1850700-90.2005.5.09.0029 em 2018, entendendo por desconstituir a penhora sobre imóvel de alto valor, considerando-o um bem de família. O TRT9 manteve a penhora sobre o imóvel de matrícula nº 27.836 da 5ª CRI de Curitiba e a averbação na matrícula da reserva de R$1.000.000,00 do produto da

arrematação para a aquisição de outro imóvel pelos executados, a fim de garantir-lhes o direito à moradia. O imóvel situava-se em Curitiba, tendo área total de 5.470 metros quadrados. A residência, com 1.226 metros quadrados, tinha churrasqueira e quadra esportiva. O TST aplicou ao caso o art. 5º, caput, da Lei nº 8.009/90, o qual estabelece que "para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente". Decorre do texto da lei, para caracterização do bem de família, e consequente impenhorabilidade, a exigência de que o bem indicado à penhora seja o único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. A exigência contida no art. 5º, parágrafo único, da citada lei, de inscrição do imóvel no Registro de Imóveis, constitui exceção na hipótese de o casal possuir vários imóveis utilizados como residência. Segundo o acórdão, demonstrado que o imóvel penhorado constitui-se como bem de família, nos moldes da Lei nº 8.009/90, o simples fato de ser considerado suntuoso e de elevado valor não é capaz de afastar a proteção legal da impenhorabilidade, à luz das garantias constitucionais. No caso concreto, a residência se constituía a única dos donos, e nela residiam também um filho, dois netos e quatro bisnetos.

Por outro lado, o TRT15 julgou recurso no processo n° 0001656-62.2012.5.15.0055 em 2019, desconstituindo penhora sobre bem de família. No caso, foi firmado um acordo entre as partes na ação trabalhista, estabelecendo-se o pagamento de 15 parcelas mensais de R$ 1.100 ao exequente. Por se tratar de empresa individual, foi determinada a inclusão da proprietária no polo passivo, renovando-se a requisição de penhora de valores e outras diligências para satisfação do crédito. Em seguida, procedeu-se à penhora de três lotes de terrenos urbanos, todos registrados no Cartório de Registro de Imóveis. No auto de penhora e avaliação, constou informações do Setor de Cadastro da Prefeitura de Barra Bonita de que nos terrenos havia uma área construída de 589,76 metros quadrados, além de imagens fotográficas que ilustram a construção de uma residência de entidade familiar e o respectivo quintal. As contas de água, telefone e faturas de cartão de crédito em nome da proprietária da empresa e de seu marido foram juntadas aos autos, bem como o croqui demonstrando a unificação de três imóveis de propriedade da empresária e de seu marido. Segundo o acórdão, a certidão do imóvel data de 29 de agosto de 2012, antes do ajuizamento da ação, ocorrido em 21 de novembro de 2012, o que desconfigura a má-fé da executada, à luz do disposto no art. 5° da Lei n° 8.009/1990, que assegura a impenhorabilidade de um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. A Lei

8.009/1990 também não exige a formalização no registro de imóveis da condição de bem de família para a incidência da proteção legal de impenhorabilidade. Por fim, não restou comprovada a possibilidade de desmembramento do terreno sem prejuízo da edificação.

Outro tema bastante debatido diz respeito à responsabilidade pelos impostos, taxas e multas incidentes sobre bens leiloados, em especial sobre imóveis e veículos, sejam eles terrestres, aquáticos ou aéreos. A esse respeito, o STF afetou o Recurso Extraordinário n° 1.355.870 em 2022, para definição de tese com repercussão geral. No caso paradigma, o Estado de Minas Gerais ajuizou execução fiscal contra o Banco Pan S.A., credor fiduciário, e o devedor fiduciante, solidariamente, por débitos relativos ao IPVA. A decisão de primeira instância decretou a extinção do processo em relação ao banco, por considerá-lo parte ilegítima para figurar como corresponsável pelo pagamento do tributo. Mas, ao julgar apelação, TJMG reformou a sentença sob o fundamento de que, por força de regras da Lei Estadual nº 14.937/2003, a instituição financeira credora fiduciária ou arrendadora é responsável pelo pagamento do imposto por ser proprietária dos veículos dados em garantia de financiamento.

No recurso ao STF, o banco argumentou que a lei estadual viola o conceito de propriedade e extrapola a própria hipótese de incidência do tributo, previsto no artigo 155, inciso III, da Constituição Federal. Alegou também que, de acordo com o Código Civil, o credor fiduciário passa a ser responsável pelo pagamento de tributos apenas a partir da transmissão de propriedade plena e consequente imissão na posse. No recurso afetado, o STF analisará se a Lei estadual nº 14.937/2003 obedeceu aos limites constitucionais de competência legislativa tributária, especialmente quanto à correta atribuição do fato gerador e do responsável tributário do imposto sobre a propriedade de veículo automotor. Na decisão de afetação, o ministro Luiz Fux ressaltou a relevância social e econômica da matéria em razão do modelo de alienação fiduciária, uma das principais formas de aquisição de veículos no Brasil. Segundo ele, "a temática em análise revela potencial impacto em outros casos, tendo em vista a multiplicidade de recursos sobre essa específica questão jurídica". Apesar de a discussão girar em torno da alienação fiduciária, a tese trará implicações imediatas na seara trabalhista.

O art. 130 do CTN dispõe que no caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço. No tocante a imóveis, sua aplicação é segura. Assim, se a casa foi arrematada em um

leilão judicial, o IPTU já está incluso no preço. Ou seja, o juízo responsável pelo leilão deve direcionar parte do valor recebido para a quitação do tributo. Se os débitos fiscais forem maiores que o preço de arrematação, todo o valor será destinado para o pagamento da dívida, e o débito fiscal será tido por quitado quanto ao bem. Isso ocorre porque a aquisição de um bem por meio de leilão judicial tem natureza originária, excluindo qualquer vinculação com o proprietário anterior, uma vez que inexiste relação jurídica entre este e o arrematante. O art. 130 do CTN fala apenas em bens imóveis, não dizendo nada sobre os móveis. Mesmo que o CTN tenha sido omisso quanto aos veículos, no STJ há farta jurisprudência no sentido de que o mesmo raciocínio aplica-se aos bens móveis. Isto é, os débitos sub-rogam-se no respectivo preço de arrematação. Aqui inclui-se, também, as multas de trânsito e seguros obrigatórios, que devem ser zerados. Em resumo, o veículo deve ser entregue apto à transferência e utilização. No entanto, quando o edital prevê a responsabilidade do arrematante pelo pagamento, não há consenso na aplicação do dispositivo do CTN.

No âmbito trabalhista, prevalecia a interpretação literal do dispositivo. A título ilustrativo, julgando um Agravo de Petição no processo n° 01737-2005-009-03-00-3 em 2007, o TRT/MG negou provimento à pretensão recursal de um arrematante que buscava a transferência do veículo arrematado para o seu nome, independente do pagamento de qualquer ônus pendente sobre o bem. Na ocasião, o tribunal entendeu que na alienação judicial de automóvel, os ônus que pesam sobre o bem passam à responsabilidade do arrematante. Segundo o acórdão, tal obrigação assume maior relevo no caso dos autos, em que consta da Certidão de Praça/Leilão observação de que as despesas e multas do bem arrematado correrão por conta do arrematante. A decisão ressaltou que o arrematante tem pleno acesso do site do DETRAN, onde constam os débitos pendentes sobre o automóvel, e que o fato de não ter constado do edital de praça a existência de multas e outros débitos é irrelevante, já que o agravante assinou a Certidão de Praça, que continha a observação da obrigatoriedade do arrematante arcar com os ônus sobre o veículo. Assim, o agravante terá que pagar o IPVA, seguro, taxas de licenciamento e multas que incidem sobre o automóvel para que possa fazer a transferência do bem para o seu nome.

No entanto, atualmente essa interpretação jurisprudencial tem passado por uma viragem. A título ilustrativo, o TST julgou o RO nº 6626-42.2013.5.15.0000 em 2015. Neste caso, a Fazenda Pública paulista sustentava, em mandado de segurança impetrado no TRT15 a ilegalidade da decisão judicial com o argumento de que também era credora, e não poderia

ser prejudicada pelo não recolhimento do tributo. Alegou ainda que o artigo 130 do CTN, segundo o qual, no caso de arrematação judicial, a sub-rogação (substituição do credor) ocorre sobre o preço, não trata de bem móvel, mas sim imóvel. Para a PGE-SP, o fato de o veículo ter sido arrematado não seria causa da exclusão do crédito tributário decorrente do IPVA, e a baixa na documentação não impediria a cobrança do imposto pelo fisco. O TST considerou correta a decisão do TRT15 que denegou o mandado de segurança. Segundo o acórdão, o comprador, ao arrematar um veículo em leilão judicial, não pode ser responsabilizado por débitos fiscais em atraso, pois o crédito da Fazenda Pública deve ser satisfeito com o valor da oferta de preço no leilão. Interpretando o artigo 130 do CTN, o TST entendeu que as regras relativas à alienação judicial de bem imóvel se aplicam, por analogia, aos bens móveis.

Nesse mesmo sentido foi o entendimento externado pelo TRT-DF/TO no julgamento de recurso no processo n° 0000837-87.2015.5.10.0111 realizado em 2019, segundo o qual o artigo 130 do CTN, que prevê que os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, poderia ser aplicado a situações que envolvam veículo automotor. No caso dos autos, houve a arrematação de uma Toyota Hilux SW4, ano/modelo 2008/2008, avaliada em 76.900,00. Referido veículo ainda garantia outras execuções que tramitavam no mesmo juízo (a decisão elencou ao menos seis processos), cuja soma ultrapassa o valor da avaliação. Após o parecer do MPT, o TRT10 destacou ainda que o art. 186 do CTN e a LRF reforçam que o crédito trabalhista tem preferência ao fiscal.

Quanto aos débitos tributários lançados após a arrematação e antes da expedição da respectiva carta, a 2ª turma do STJ julgou o AgInt no REsp n° 1.921.489-RJ em 2023, decidindo a favor do fisco. Interpretando o art. 130 do CTN, o STJ entendeu que não há afastamento da responsabilidade do arrematante quanto aos débitos de IPTU posteriores à arrematação, ainda que postergada a respectiva imissão na posse. Logo, ainda que haja demora na expedição de carta de arrematação para averbação no Registro Geral de Imóvel – RGI, quando ocorrer a sua formalização ela será considerada perfeita e os débitos fiscais deverão ser suportados pelo próprio arrematante. Em termos práticos, a decisão abre precedentes para que em casos semelhantes seja atribuída a mesma interpretação, de modo que o adquirente passe a responder pelo débito após a aquisição.

Há precedentes do STJ entendendo que, quando há previsão no edital de hasta pública, a responsabilidade pelo adimplemento dos débitos tributários que recaiam sobre o bem imóvel é do arrematante. No entanto, diante da divergência, o STJ afetou em 2022 o Recurso Especial n° 1.914.902 para definir se o arrematante de imóvel em leilão público é responsável pelos débitos tributários anteriores, em consequência de previsão no edital. No referido recurso discute-se a preclusão do direito de o Município de São Paulo exigir da arrematante créditos tributários de IPTU anteriores à arrematação, em razão da inércia daquele Município em apresentar eventuais valores devidos e requerer o levantamento a partir do produto da arrematação, apesar de devidamente intimado o ente público, no processo executivo em que se dera a arrematação. Segundo constou na decisão de afetação, no acórdão dos EDcl na ProAfR no REsp nº 1.914.902, tais questões de mérito, tidas como questões prejudiciais pela embargante, serão analisadas, oportunamente, por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Especial afetado, sem prejuízo da tese a ser firmada. Após juntada do parecer do MPF, o recurso encontra-se atualmente concluso à relatora para julgamento. A exemplo do entendimento que emanará do STF, aqui também haverá implicações na execução trabalhista.

A penhora internacional também começa a ganhar corpo. Como exemplo, cite-se a penhora de ativos financeiros localizados nos Estados Unidos determinada pelo TJPR, por meio de cooperação jurídica internacional, para cobrança de uma dívida de R$ 100 milhões no Brasil. O tribunal determinou a penhora de quatro imóveis do executado localizados em Manhattan, em Nova Iorque.

Em 2023, o TRT/SC decidiu em recurso no processo nº 0001197-95.2015.5.12.0004 pela possibilidade de utilização do sistema Sniper na execução trabalhista. Segundo o acórdão, o objetivo do sistema é identificar possíveis vínculos patrimoniais, societários e financeiros entre pessoas físicas e jurídicas para a satisfação do montante executório, não havendo qualquer exigência para a utilização do convênio.

O Sniper foi inicialmente arquitetado para a investigação patrimonial vinculada à lavagem de dinheiro. No entanto, seu uso tem sido estendido paulatinamente para execuções patrimoniais. Trata-se de uma ferramenta digital que se soma a dezenas de outras ferramentas de pesquisa patrimonial, mas com maior potencial de êxito, por contornar alguns métodos de blindagem patrimonial corriqueiramente utilizados pelos devedores. O sistema foi desenvolvido no âmbito do programa Justiça 4.0

do CNJ, com apoio operacional das Nações Unidas (Pnud), CJF, CSJT, TSE e STJ, visando diminuir o acervo de execuções pendentes, de cerca de 40 milhões de processos. O sistema integra dados da Receita Federal, TSE, CGU, Tribunal Marítimo, CNJ, Infojud e Sisbajud, já estando integrado à Plataforma Digital do Poder Judiciário.

Esse laboratório judicial também trabalha na elaboração de sistemas de leilões, além do bloqueio de criptoativos, com acesso ao blockchain, e de *financial technology* (fintechs). Soma-se ao Superbid market-place, que facilita o leilão de bens penhorados e apreendidos. No entanto, para sobrepujar as modernas blindagens patrimoniais, é necessário fazer uso de recursos tecnológicos cada vez mais avançados, que impactam no direito constitucional ao sigilo. Acerca do assunto, apontamos em artigo sobre tema correlato:

> "A criptografia quântica ameaça a criptografia pública – ou algoritmos assimétricos – usados para assinaturas digitais e troca de chaves. Já existem algoritmos quânticos, como o famoso algoritmo Shor, que pode quebrar os algoritmos RSA e Elliptic Curve, assim que um computador quântico estiver disponível. As grandes empresas de tecnologia anunciaram computadores com supremacia quântica para os próximos anos. O Eagle de 127 qubits ainda não representa uma revolução na área. A vantagem comercial quântica, o ponto em que um computador quântico pode resolver problemas genuinamente úteis significativamente mais rápido do que os computadores clássicos, é esperado para essa década.
>
> (https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58134/o-sigilo-absoluto-nas-mídias-digitais)".

Outro tema de interesse diz respeito à possibilidade de penhora de animais domésticos. Afinal, algumas raças de cães e gatos podem chegar a valer até R$10 mil no mercado de pets, o suficiente para cobrir grande parte das execuções trabalhistas. Como regra, o art. 835, VII, do CPC dispõe

ser possível a penhora de semoventes. Além disso, o art. 82 do Código Civil classifica os animais como bens móveis. Tradicionalmente, a doutrina trata os animais como coisas, assim como as máquinas, mas com a proibição de maus-tratos, conforme o art. 225 da CF, art. 2ª, §3º, do Decreto nº 24.645/34, Lei nº 5.197/67 (Código de Caça) e art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, alterado pela Lei 14.064/2020. Nessa lógica, a penhora poderia recair nos animais domésticos, desde que o devedor possua mais de um, a exemplo do ocorre com a penhora de televisores.

No entanto, há uma corrente doutrinária que sustenta que os animais passaram a ser sujeitos de direitos, e não apenas objetos de direitos. No âmbito jurisprudencial, o STJ enfrentou o tema no julgamento do REsp. nº 1.944.228. Segundo o entendimento do ministro Ricardo Villas Boas Cueva, o tratamento jurídico a ser conferido aos animais evoluiu, notadamente para os animais de estimação, não podendo mais serem considerados como simples coisas. No entanto, prevaleceu no julgamento o tratamento do caso à luz do direito de propriedade.

De seu turno, o TJSP declarou em 2022 a inconstitucional a Lei Municipal nº 6.278/2022, de Catanduva, que dava desconto de IPTU para moradores que adotarem cães e gatos, na ADI 2154891-76.2022.8.26.0000. No entanto, o cerne do debate centrou-se na afronta ao art. 113 do ADCT da CF/88, que exige estimativa de impacto orçamentário e financeiro de medidas de renúncia fiscal. No Congresso Nacional tramitam projetos de criação da figura da família multiespécie, composta de cães e gatos, além do PL 53/2019, que busca proibir a penhora de animais domésticos.

Afora as medidas patrimoniais examinadas acima, a jurisprudência tem se debruçado sobre as medidas atípicas, como o bloqueio de cartões de crédito e a retenção de passaporte e CNH, inclusive a digital. A esse respeito, o STF recentemente autorizou o uso de tais medidas no julgamento da ADI 5.941. A ação foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, alegando abstratamente que as medidas restringem direitos constitucionais. No entanto, o tribunal entendeu que as medidas são constitucionais, desde que concretamente respeitem os arts. 1º, 8º e 805 do CPC e os direitos fundamentais da pessoa humana. O ministro Edson Fachin foi o único vencido, mas ainda assim entendeu pela aplicação das medidas atípicas em dívidas alimentares.

A doutrina indica que essas medidas não podem estar dissociadas do perfil essencialmente patrimonial da execução, disposto no

art. 789 do CPC. Desta forma, se o devedor tem uma promessa de emprego no exterior, o passaporte lhe será fundamental. De igual modo, se o devedor atua como motorista de aplicativo, a liberação da CNH será imprescindível. Nos dois casos, deve haver o comprometimento do devedor com a dívida, sob pena de nova retenção de seus documentos.

A título ilustrativo, em 2023, a 13ª Vara Cível de São Paulo determinou o bloqueio de CNH, passaporte e cartões de crédito do devedor. O juízo fundamentou a decisão nos entendimentos recentes do STF e STJ sobre o tema, entendendo que se o devedor tem condições de viajar ao exterior a lazer, deve antes quitar total ou parcialmente o débito, a indicar lealdade processual. Nesta questão também impacta a publicidade da vida privada nas mídias digitais.

Por sua vez, a SDI-2 do TST limitou a apreensão de CNH e o bloqueio de cartões de crédito no julgamento do Recurso Ordinário no processo nº 1087-82.2021.5.09.0000, realizado em 2023. Segundo o acórdão, a utilização das referidas medidas pelo magistrado deve assumir caráter excepcional ou subsidiário, apenas sendo lícita quando as vias típicas não viabilizarem a satisfação da coisa julgada. No caso concreto, a ordem de bloqueio dos cartões de crédito foi emanada na mesma decisão em que instaurada a fase de cumprimento de sentença, sem nem sequer antes se tentar as medidas executivas tradicionais Portanto, não observada, pela autoridade judicial, a indispensável adequação e a proporcionalidade na adoção da medida executiva atípica, que não deve ser empregada como mera punição dos devedores, desafia direito líquido e certo do impetrante a determinação de bloqueio de uso de cartões de crédito, ensejando a concessão integral da segurança.

As medidas atípicas se aproximam da doutrina estrangeira do *contempt of court.* Historicamente, no período anterior à Lei das XII Tábuas (450 a.C.), o inadimplemento era uma espécie de delito, autorizando o credor a fazer justiça pelas próprias mãos. No direito romano antigo, aplicava-se a pena *Secare Partis*, quando o devedor era esquartejado e suas partes eram divididas entre os credores. Houve grande progresso nesse tema, e atualmente a prisão por dívidas é rechaçado por tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. No entanto, a servidão por dívidas ainda é praticada em algumas nações periféricas.

Nada obstante, há exemplos de dívidas que resultam em prisão em países desenvolvidos, tanto na tradição do *commom law* quanto do *civil law*. Em geral, a prisão por dívidas é rechaçada em termos genéricos, mas na prática, condutas fraudulentas do devedor podem levá-lo à cadeia. Nos EUA, há casos de prisão pelo não pagamento de dívidas, como nos casos de pensão alimentícia, impostos federais e desrespeito à ordem judicial, com aplicação da doutrina do *contempt of court*. Neste último caso se encaixam fatos recentes reportados na imprensa internacional de prisão por dívidas hospitalares e empréstimos estudantis.

Como garantia contra abusos, a Lei de Práticas Justas de Cobrança de Dívidas (FDCPA) entrou em vigor nos EUA em 30/11/2021, e prevê que o cobrador não poderá ameaçar o devedor de prisão, sob pena de assédio. Por sua vez, a lei trabalhista da Pensilvânia (WPCL) prevê na seção 11.1.(b) a prisão por até 90 dias do empregador que violar as disposições da lei sem uma justificativa de boa-fé. De seu turno, o Código do Distrito de Colúmbia prevê a penhora e o arresto no capítulo 5 (*attachment and garnishment*). No §16-513, o mesmo código dispõe que é ilegal o pagamento antecipado do salário para evitar a penhora sobre os rendimentos do devedor dentro de um período de seis meses, havendo presunção relativa de fraude. Essa disposição tenta evitar condutas fraudulentas, onde o empregador do devedor antecipa seu salário para evitar a incidência da penhora.

Os mandados de penhora são cumpridos pelos *U.S. Marshals*, que acumulam funções equivalentes a delegados de polícia e oficiais de justiça no âmbito federal, em funcionamento desde 1969.

Por sua vez, na Alemanha também é prevista a prisão por dívidas em alguns casos. Mesmo em situações onde a prisão não é diretamente aceita, condutas fraudulentas do devedor podem na prática resultar em sua detenção. A lei alemã entrou em vigor em 2013, obrigando o devedor a cooperar com a execução. Deve ele preencher um formulário de forma fidedigna com a indicação de seus bens e sua situação financeira, para a elaboração de um plano de solvência de suas dívidas, procedimento também adotado em outros países europeus, como a Noruega. Caso seja constatada fraude nesse procedimento, a lei permite a prisão do devedor.

NEGÓCIOS JURÍDICOS ATÍPICOS NOS ATOS EXPROPRIATÓRIOS

Também importa analisar a possibilidade de negócios atípicos nos atos expropriatórios, a fim de garantir o objetivo maior de viabilizar o pagamento do credor trabalhista, contornando formalidades legais.

Quanto à sua natureza jurídica, pode-se de antemão afastar todo e qualquer entendimento de que a penhora seria um direito real de garantia. Também deve ser afastado o entendimento de que a penhora possuiria natureza cautelar. É certo que, por meio da penhora, ocorre a individuação e a indisponibilidade do bem do executado. Isto não torna a penhora uma cautelar, pois tal ato é o primeiro ato executivo. Não possui a referibilidade ou acessoriedade, típicos das cautelares. O simples fato de o bem penhorado ficar sob a proteção do Judiciário, o qual deverá, por meio do depositário, conservar o bem até que ele seja expropriado, não torna a penhora uma cautelar. (Michele Taruffo; Corrado Ferri; Luigi Paolo Comoglio. *Lezioni sul processo civile*, 1998, p. 349).

O art. 1.196 do CC encampou a teoria objetiva da posse, elaborada por Rudolf von Ihering. Por ela, a posse se caracteriza tão somente pelo *corpus*, conceito que inclui a *affectio tenendi*, consistente no *animus* de agir como se fosse o proprietário. Desta forma, não é necessária a vontade de ter a coisa para si (*animus domini* ou *animus rem sibi habendi*), estabelecida na teoria subjetiva de Savigny, para caracterizar a posse, bastando a vontade de agir como se fosse proprietário. Por sua vez, o art. 1.197 do CC prevê a mediatização da posse, consistente em seu desdobramento em posse direta e indireta, ou posse imediata e mediata. Já o art. 1.198 do CC dispõe sobre os atos de mera detenção, ou fâmulo da posse. A doutrina entende por posse própria quando é exercida com *animus domini*, ou vontade de ter a coisa como sua. E posse imprópria a que não possui esse *animus*. Nessa toada, para a teoria objetiva, determinados atos caracterizam a posse, enquanto para a teoria subjetiva, os mesmos atos consistiriam em mera tença. Como exemplo, no contrato de locação, o locatário é posseiro, exercendo a posse direta, à luz da teoria objetiva. Para a teoria subjetiva, o locatário é mero detentor do bem.

Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, Tomo 10, leciona que: “no fato jurídico *stricto sensu* da detenção ou tença, a

irradiação de eficácia é quantitativamente e qualitativamente inferior à irradiação de eficácia do fato jurídico *strito sensu* da posse". A tença ou detenção é uma posse degradada, juridicamente desqualificada. Nessas situações, o legislador entendeu que o poder fático sobre a coisa não alcança repercussão jurídica. O art. 1.208 do CC dispõe que os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse. Assim, a tença não constitui posse por lhe faltar o *animus tenendi*.

O Código Civil estabelece no art. 1.228 os poderes inerentes ao direito real de propriedade. O exercício de algum desses poderes caracteriza a posse, conforme art. 1.196. O domínio importa o *ius utendi, ius fruendi* e *ius disponendi*, além do direito de reaver a coisa e o direito de sequela. De outro giro, o art. 1.267 determina que a tradição da coisa é elemento essencial para a transferência da propriedade móvel.

A penhora impõe limites ao uso e gozo da coisa penhorada. Esse efeito decorre da tutela ao mecanismo expropriatório. Enquanto a subtração, a supressão, a destruição, a dispersão e a deterioração da coisa penhorada constituem ilícito penal (art. 179 do CP), não houvesse a constrição, e em princípio, ao proprietário afigurar-se-ia lícito destruir o que é seu. Em consequência, feita a penhora, fica interditada a remoção e o transporte da coisa penhorada pelo executado e seus prepostos, salvo autorizando o juiz que o bem continue afetado à sua atividade econômica, como acontece com navios e aeronaves (art. 864).

A penhora é ato destinado, cedo ou tarde, a convolar-se num dos meios executórios previstos no art. 925, I a III, ou a desaparecer no caso de êxito da oposição do executado tendente a repelir a execução injusta ou a ilegalidade da constrição (art. 917, II, 1ª parte). A penhora não recai sobre toda e qualquer coisa, mas apenas nas coisas qualificadas como bens, conforme art. 789 do CPC. Desta forma, apenas quando o executado for efetivamente desapossado do bem é que restará caracterizada a transferência da propriedade móvel pela tradição. Já no tocante aos bens imóveis, o art. 1.245 do CC exige registro do título translativo no Registro de Imóveis, com expedição de ordem de imissão na posse, se for o caso, para a consecução da transferência.

A jurisprudência dos tribunais é farta no acolhimento de pedidos de desistência de arrematação, mesmo após a assinatura do auto, mitigando-se o teor do art. 903 do CPC. São arestos oriundos de TRTs, TRFs e TJs, em sede de recursos próprios dos incidentes da execução, julgados à luz do

novo CPC. As razões para a desistência da arrematação após a assinatura do auto são diversas, porém, deve ter uma justa causa demonstrada. Conclui-se, assim, que a arrematação somente se considerará definitiva quando da remoção e entrega dos bens ao arrematante.

Desta forma, a tradição que importa transferência da propriedade se dará com a remoção e entrega dos bens arrematados ou adjudicados. O desapossamento do executado de bens corpóreos necessita ser efetiva, conferindo a propriedade alodial ao arrematante ou adjudicante, com poderes plenos inerentes ao domínio.

Neste tema, é usual o executado oferecer proposta pelos bens por ocasião do cumprimento da ordem de entrega. A prática é tão comum, que existem arrematantes especializados em leilões judiciais, buscando primordialmente negociar acordos com os executados pelos bens arrematados, sem ostentarem interesse pelos bens propriamente.

Compete ao exequente fornecer os meios para a execução. Idêntico ônus recai sobre o arrematante, conforme previsto nos editais de leilões judiciais, bem como sobre o adquirente nas alienações particulares. A proposta do executado ocorre na maioria das vezes quando os bens são removidos pela capatazia para os veículos de transporte.

O executado se vê premido pela iminente perda dos bens e oferece um valor pecuniário por eles. O acordo se assemelha a um contrato verbal de compra e venda entre arrematante e executado. O art. 481 do CC dispõe que na compra e venda o contratante se obriga a transferir o domínio de certa coisa. Como o domínio já foi transferido ao arrematante por ocasião da homologação judicial e expedição da ordem de entrega dos bens, o negócio é válido e eficaz.

O comprador-executado, ainda não despojado dos bens, exerce posse direta sobre eles. Por sua vez, o vendedor-arrematante ou adjudicante vende seu domínio sobre os bens ao executado, desistindo do desapossamento. O arrematante tornou-se proprietário dos bens por ocasião da expedição da ordem de entrega, logo, o objeto do contrato é unicamente o domínio sobre os bens.

A própria adjudicação se assemelha a um contrato de dação em pagamento, adaptado para a execução forçada. Ao contrário do Código Civil anterior, o art. 356 do CC/02 permite que a obrigação se extinga mediante a

execução de uma prestação diversa, de qualquer natureza, inclusive dinheiro. Quando o adjudicante procede à remoção dos bens, já possui o domínio sobre eles, buscando complementá-lo com a posse direta. Assim, é possível ao executado comprar os bens do adjudicante, evitando sua retirada do estabelecimento.

Esse procedimento executivo, apesar de atípico, se encaixa na liberdade das formas da execução, expressa nos arts. 798, II, a, e 190, do CPC. Além disso, confere preferência à satisfação do crédito em dinheiro, conforme a ordem do art. 835 do CPC.

Em consequência da compra e venda realizada no âmbito da diligência de remoção e entrega dos bens, eles retornarão ao patrimônio do executado, podendo incidir penhoras subsequentes. A hipótese poderá configurar o concurso singular do art. 908, § 2º, do CPC. A remoção dos bens ao veículo de transporte pela capatazia, por ocasião do cumprimento da ordem de entrega, não se qualifica como tradição, uma vez que não houve efetivo desapossamento. Deveras, nessa circunstância, os bens ainda permanecem na órbita de vigilância do executado. Somente com a retirada do bem do estabelecimento executado, e seu efetivo transporte para outra localidade, é que se perfectibiliza o desapossamento, perfazendo a tradição do bem.

A jurisprudência entende que a propriedade do bem é transferida para o adjudicante ou arrematante no instante em que a ordem de entrega é expedida, com a homologação judicial. No entanto, a posse direta do bem somente se configura após seu transporte a outra localidade, quando então o arrematante poderá exercer os direitos inerentes ao domínio, tais como o de uso e fruição do bem. Estando o executado no encargo de fiel depositário, exercerá a posse direta sobre o bem, podendo usá-lo e fruí-lo, bem como reavê-lo de quem ilegitimamente o detenha. Entretanto, não poderá dispor do bem, como doá-lo, vendê-lo ou empenhá-lo. Consequentemente, com a penhora do bem e a nomeação do executado como fiel depositário, será ele despojado de um dos poderes inerentes à propriedade, a saber, o *ius disponendi*. Nessas circunstâncias, a posse indireta ficará com o juízo da execução, de onde emanou a ordem de penhora, ficando o executado com a posse direta. Mesmo que o ato de constrição seja cumprido em juízo diverso, a exemplo da carta precatória executiva, a posse indireta ainda restará com o juízo da execução originário, a quem caberá dispor do bem como entender devido para a satisfação do crédito.

Na arrematação, é possível que o próprio exequente utilize seus créditos na execução para oferecer lances. Nessa situação, arrematado o lote de bens e expedida a ordem de entrega, haverá convolação em adjudicação. A vantagem desse rito é permitir a adjudicação dos bens por preço não vil. Isso porque, o art. 876, § 4º, I e II, do CPC determina que a adjudicação seja efetuada pelo valor da avaliação, e o preço não vil é inferior a este, beneficiando o exequente. Por sua vez, o art. 895, I e II, do CPC estipula que a arrematação será realizada pelo valor da avaliação no primeiro leilão e por preço não vil no leilão seguinte. O preço não vil pode ser de até 50% do valor da avaliação, conforme o art. 891, parágrafo único, do CPC. Excepciona-se o imóvel de executado incapaz, cujo valor não vil é de 80% da avaliação, segundo se extrai da interpretação do art. 896 do CPC.

Assim, poderá o exequente adjudicar os bens penhorados pelo valor pago na arrematação, e não pelo valor da avaliação. A depender da disputa de lances, o valor arrematado pode ser inferior à avaliação. Evita-se, assim, uma discriminação injusta do adjudicatário. O procedimento concilia o princípio do resultado com o princípio da menor onerosidade, expressos nos arts. 836, 899 e 805 do CPC.

A EXECUÇÃO TRABALHISTA NAS RELAÇÕES DESPORTIVAS

Vejamos agora os meandros na execução de dívidas trabalhistas desportivas, que sobrecarregam os fóruns trabalhistas.

Sabe-se que atualmente os maiores salários no Brasil e de muitos outros países são de jogadores de futebol. Em algumas nações, essa condição é ostentada por atletas de outras modalidades, como o basquete, além da elite da classe artística. Mas no Brasil atual, são os jogadores que têm os maiores salários. No entanto, trata-se de uma realidade restrita à elite do futebol. Os litígios salariais envolvendo clubes de futebol enfrentam execuções tortuosas, resultando na penhora de rendas de jogos e até do próprio estádio do clube.

A título ilustrativo, a justiça do trabalho de Alagoas, por meio da Vara do Trabalho de Palmeira dos Índios, determinou a penhora do estádio Juca Sampaio por dívidas trabalhistas do CSE. O estádio ganhou projeção

em 2019, com a classificação do CSA, o clube rival, para a primeira divisão do campeonato brasileiro, após 32 anos, com a obtenção de três acessos seguidos, da série D para a série A, um feito inédito. Com isso, os treinos do CSA nesse estádio passaram a ser cobertos pela imprensa nacional. Neste mesmo ano, as execuções trabalhistas do CSE foram objeto de acordos, que envolveram o repasse de valores de patrocínio da prefeitura municipal de Palmeira dos Índios, além de bloqueio de verbas do Fundo de Participação dos Municípios-FPM. O estádio foi avaliado em R$ 600.000,00, mas deve ser arrematado por valor bem superior em um eventual leilão judicial, tendo em vista se localizar em uma área nobre da cidade, com grande interesse imobiliário. Em 2023, o leilão do estádio foi novamente suspenso, por conta da alegação do município de se tratar de um imóvel público.

Já o estádio de Ribeirão Preto, com 35.000,00 m², em forma elíptica, foi a leilão no mês março de 2023, com lance mínimo de R$ 54,7 milhões na primeira praça. Diversos outros estádios no Brasil foram penhorados para saldar dívidas trabalhistas ou fiscais. Em geral, são estádios de clubes pequenos. Contudo, alguns grandes clubes estão com seus estádios ameaçados de penhora por dívidas, como a Arena Grêmio.

A dívida dos grandes clubes brasileiros soma mais de R$ 10 bilhões. Somente Cruzeiro e Atlético-MG devem mais de um quarto desse valor. A receita dos clubes também impacta nessa relação. O Atlético-MG, que tem a maior dívida do Brasil, de cerca de R$ 1,5 bilhão, tem uma relação dívida/receita de 2,6, enquanto Cruzeiro e Botafogo possuem dívidas sete vezes maiores que suas receitas. A esse respeito, a Lei 14.193/21 criou a Sociedade Anônima do Futebol-SAF, cujo art. 9º limita sua responsabilidade pelas dívidas do clube. A Justiça do Trabalho de Minas Gerais discutiu a aplicação desta lei nas dívidas do Cruzeiro, ora entendendo pela aplicação da responsabilidade inserta nos art. 2º, §2º e 19 da Lei da SAF, ora aplicando o disposto no art. 2º, §2º, e 448-A da CLT, reconhecendo a existência de grupo econômico por coordenação, com aplicação da responsabilidade solidária ou subsidiária entre o clube e a SAF. A esse respeito, o Atlético-MG busca um modelo de SAF para rolar sua dívida. O tema ainda pende de consolidação na jurisprudência.

Outro assunto que ganha dimensão na execução de dívidas de jogadores é a penhora de patrocínios. O TRT18 acatou a penhora de valores repassados por patrocinadores ao Campinense Clube, determinada pelo juízo de Goiânia. Mas determinou a soma dos percentuais de todos os processos, a fim de não ultrapassar o limite de 30%. De seu turno, o TJSP já

acatou a penhora incidente sobre patrocínio incentivado, que envolve dedução fiscal do patrocinador, em caso envolvendo a TIM e o Botafogo Futebol e Regatas. Neste caso, o tribunal entendeu que o percentual da penhora deve recair apenas sobre os recursos próprios do patrocinador, no importe de R$ 840 mil, um sexto do valor total do patrocínio, excluindo-se da constrição os valores vinculados ao incentivo fiscal. O tema ganha projeção na dívida dos grandes clubes. Como exemplo, os Supermercados BH, patrocinador do Cruzeiro, teve um faturamento recorde em 2022, da ordem de R$ 14 bilhões, ainda bem inferior ao Carrefour, o líder do segmento, que faturou mais de R$ 100 bilhões. O patrocínio desta rede de supermercados consiste em uma operação de debêntures conversíveis no valor de R$ 100 milhões.

Já nos pequenos clubes, os jogadores com valores a receber lutam pela penhora das cotas de participação repassadas pela CBF, que são liberadas conforme o time avança nas fases de uma competição. A esse respeito, o TRT/CE decidiu por maioria o Mandado de Segurança nº 0080045-15.2016.5.07.0000 em 2016, entendendo pela possibilidade de penhora trabalhista e bloqueio para garantia do juízo, das cotas de participação e rendas dos jogos do clube. Diferentemente, os valores recebidos pelos clubes por meio de convênios com o poder público para o incentivo à educação desportiva são impenhoráveis, nos termos do art. 833, IX, primeira figura, do CPC, com reforço do art. 217, II, da CF/88 e art. 3º, I, da Lei nº 9.615/1998.

Ainda envolvendo a execução em clubes pequenos, importa destacar o tema da responsabilidade solidária do patrocinador pelas dívidas trabalhistas. O TRT/CE enfrentou o assunto no Agravo de Petição no processo n° 0010006-78.2013.5.07.0038 em 17/01/2020, entendendo não haver responsabilidade do patrocinador. No caso, houve a juntada aos autos do mandado dando prazo de 15 dias para o patrocinador do clube de futebol pagar a dívida de 13 exequentes, no importe de R$ 820 mil, ou garantir a execução, sob pena de penhora. O total do passivo trabalhista do clube é de cerca de R$ 5 milhões. No entanto, no julgamento do recurso o TRT/CE, por maioria, reformou a decisão, entendendo não haver responsabilidade do patrocinador. Segundo o voto vencido, não havia dúvidas quanto à efetiva doação conjunta efetuada pelo clube e seu patrocinador às famílias dos atletas vitimados pelo incêndio no Centro de Treinamento do Clube de Regatas Flamengo, no Rio de Janeiro, fato reconhecido pelo patrocinador na peça recursal. Mencionou ainda que a contabilidade financeira do clube de futebol, a partir do novo patrocinador, passou a ser feita pela contadora da

empresa. Além disso, havia livre acesso de empregados do patrocinador, a seu mando, às instalações do clube de futebol, mormente para movimentação e transferência de móveis e colchões para um novo espaço de treinamento dos atletas, cedido pelo patrocinador, enquanto o antigo seria reformado às suas expensas. Concluiu, assim, pela existência de comando único e de coordenação entre o clube e o seu patrocinador, por meio de uma incorporação informal das atividades desportivas, o que configura a hipótese de grupo econômico prevista no artigo 2º, §2º, da CLT, e faz nascer à responsabilidade solidária. No entanto, para a corrente vencedora, expressa no voto do relator, não se pode questionar que o esforço necessário para reerguer um clube de futebol que se encontra praticamente falido não se resume apenas em injetar dinheiro na agremiação. É necessário fazer muito mais que isso. E o que se colhe dos autos é que a instituição patrocinadora também se preocupou em reorganizar a parte administrativa e financeira do clube, cedendo a sua própria contadora para executar essa tarefa, como também realizou importantes melhorias no centro de treinamento do clube para melhor preparação dos atletas. O fato de pegar alguns móveis e colchões na sede do clube para transferir para o novo centro de treinamento é muito pouco relevante para justificar uma assunção de gestão do clube a ponto de configurar a interferência administrativa justificadora do suposto grupo econômico. A atividade futebolística vai muito além de tais práticas, se estendendo desde a contratação de atletas, técnico de futebol, preparador físico, definição de estratégias de jogos, tratativas com órgãos de administração do futebol estadual e nacional, viagens, transmissão de partidas por meio de rádio e televisão, negociação de vendas de direitos de imagens etc, ou seja, um mundo de atividades que não se tem qualquer notícia de ingerência por parte da entidade patrocinadora. Os fatos apontados pelo magistrado de primeiro grau são pontuais e não justificam a responsabilização solidária da agravante por dívidas pretéritas do clube, relativo ao tempo que a mesma ainda não possuía qualquer acordo com a agremiação. Também entendo que o fato da agravante ter feito certas exigências para firmar o contrato de patrocínio com o clube não possui o condão de descaracterizar a sua natureza meramente acessória, convolando-o em verdadeira intervenção administrativa. Ora, quem em sã consciência iria transferir grandes somas de dinheiro a uma agremiação gerida por alguém em quem não se confia. Com esses argumentos, o tribunal afastou a responsabilidade solidária pelo passivo trabalhista do clube.

CONCLUSÃO

A fase de execução pode se transformar em um verdadeiro pesadelo labiríntico, trazendo desalento ao exequente que almeja receber seu crédito. Muitos avanços recentes podem contornar essa dificuldade. O princípio da inevitabilidade reza que a jurisdição somente estará completa com a concretização do direito. Para tanto, os órgãos de gestão do Poder Judiciário têm priorizado em suas metas e capacitações a fase executiva, para que o processo não vire um conto de Lewis Carrol. Tanto que nos últimos anos os valores movimentados na Justiça do Trabalho têm aumentado, ultrapassando a casa de R$ 30 bilhões por ano, com tendência de crescimento atrelado ao aumento do salário mínimo. Alguns tribunais do trabalho aumentaram em mais de 40% a movimentação de recursos em 2022. No entanto, o estoque de processos na fase de execução ainda supera o estoque das fases de conhecimento e liquidação juntas. Os tribunais têm promovido cursos de técnicas avançadas de execução, como os promovidos pelos TRTs da 2ª e 8ª regiões, com exame de blindagens patrimoniais, tais como a interposição de pessoas, negócios fraudulentos e falsas estruturas societárias, além da análise de ferramentas digitais de investigação, que têm se tornado uma mera formalidade. Já se disse que a execução é uma verdadeira corrida de gato e rato, com devedores arquitetando novas formas de burlar os atos executivos, muito além da mera alteração do CNPJ ou firma social (arts. 10-A, parágrafo único, e 448-A, parágrafo único, da CLT). Nesse sentido, é premente que a comunidade jurídica conheça os atuais caminhos legais e jurisprudenciais no labirinto processual, em derredor dos principais atos constritivos, que constituem a maior parte dos mecanismos de execução no âmbito trabalhista, a fim de conferir-lhes eficácia prática.

REFERÊNCIAS:

André Araújo Molina, Revista do TRT/MG nº 104, 2021.

Araken de Assis, Manual da execução. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil. Volume IV. 4º edição, Malheiros, 2019.

Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho, Curso de Direito Processual do Trabalho, editora Atlas, 4ª edição, 2020.

Fernando da Fonseca Gajardoni, Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Francesco Carnelutti. Instituições do processo civil, v. 3. São Paulo: Classic Book, 2000.

Mauro Schiavi, Execução no Processo do Trabalho, Editora Juspodivm, 15ª edição, 2023.

Maximiliano Silveira Sabóia, Penhora à Luz do CPC, editora Memória Forense, 9ª edição, 2022.

Michele Taruffo, Corrado Ferri e Luigi Paolo Comoglio. Lezioni sul processo civile, 1998.

Ricardo Calcini, Richard Wilson Jamberg, Rafael Guimarães, Execução Trabalhista na Prática, Editora Mizuno, 2ª edição, 2022.

DIREITO À SAÚDE: PANORAMA JURISPRUDENCIAL SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

RIGHT TO HEALTH: JURISPRUDENTIAL OVERVIEW ON THE JUDICIALIZATION OF HEALTH

Bianca Pfeffer[1]

Resumo: Com a previsão constitucional dos direitos sociais, o Estado passa a ser obrigado a garantir a saúde à população. No entanto, em virtude de questões políticas, além da má distribuição de recursos públicos, os Poderes Públicos são omissos, deixando de concretizar o direito à saúde. Nesse diapasão, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar sobre a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, tanto nos casos em que não há registro na ANVISA quanto nos casos de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde.

Abstract: With the constitutional provision of social rights, the State is obliged to guarantee the health of the population. However, due to political issues, in addition to the poor distribution of public resources, the Public Powers are silent, failing to materialize the right to health. In this vein, the Judiciary has been urged to express its opinion on the obligation to supply medicines, both in cases where there is no registration with ANVISA and in cases of medicines not incorporated in normative acts of the Unified Health System.

[1] Bianca Pfeffer, formada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Uninter, Juíza de Direito Substituta no TJBA.

Palavras-chave: direito à saúde; direitos fundamentais; medicamentos; registro na ANVISA; rol do SUS.

1. O PÓS-POSITIVISMO E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA

Após a consolidação dos Estados modernos, o Estado adquiriu um papel central na construção do Direito. Este fenômeno deixou de ser associado à moral e à religião e passou a ser entendido como a manifestação estatal. Assim, o Direito passou a ser ligado aos limites do Estado, surgindo assim o paradigma do juspositivismo.

Há doutrinadores que defendem que o direito não se limita à norma, porque o Estado apenas expressa no texto a confecção final do Direito, existindo fenômenos prévios que dão suporte material à existência das normas[2].

O juspositivismo surge apenas no século XIX, momento no qual os Estados nacionais europeus estavam sob o comando da burguesia, que visava manter os seus interesses por meio das normas estatais. Mas dá origem do juspositivismo até chegar ao seu pleno desenvolvimento, é possível apontar três momentos ou três vertentes dessa corrente: o juspositivismo eclético, o juspositivismo estrito e o juspositivismo ético.

O juspositivismo eclético rompe com as ideias do jusnaturalismo, que, segundo os críticos a esta corrente do pensamento, era marcado por insegurança e instabilidade. A corrente eclética privilegiava o estudo das normas e a ciência do Direito era restrita ao que era colocado pelo Estado. Não negavam que a origem do conteúdo dessas normas resultava de valores como a religião, a moral, a cultura e os valores sociais.

O direito se revela como mais próximo da realidade dos tribunais do que a mera análise estrita da lei consoante o juspositivismo estrito. A norma somente pode ser revelada na sua aplicação prática, por meio dos tribunais, e não consoante o entendimento do cientista. Tal

[2] MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2019. P. 81.

corrente aproxima-se da filosofia da linguagem, pois a compreensão do direito passa a ser realizada por meio da perspectiva linguística.

Por fim, o juspositivismo eclético passa a se preocupar com questões éticas na constituição e aplicação do fenômeno jurídico. Não se trata de ética religiosa, mas sim padrões construídos de forma histórica e social, tendo como elemento de fundo a busca pelo consenso. Não se está a afastar a ordem estatal ou o direito posto, mas sim com a introdução de alguns princípios éticos que devem ser mantidos para a construção ou manutenção do Direito.

O Positivismo caracteriza-se pela distinção entre o Direito e a Moral, o que acarreta o distanciamento da noção de Justiça como fundamento do Direito[3]. Hans Kelsen, um dos expoentes do Juspositivismo, tem como pressupostos filosóficos o relativismo axiológico e o formalismo. Em sua "Teoria Pura do Direito" submete o Direito a uma dupla depuração: purificação fática ou sociológica, por meio da qual buscou afastar a Ciência do Direito de influências sociológicas; e a purificação valorativa ou axiológica, afastando o Direito de aspectos valorativos, ou seja, qualquer investigação moral e política, relegando-as à religião, à filosofia da justiça, à política etc.

A teoria positivista tem função descritiva e prescritiva, buscando elementos para solucionar problemas constitucionais. Não caberia à teoria do Direito avaliar o conteúdo das normas, no sentido de verificar a compatibilidade com a Moral. A justiça não seria objeto da Ciência do Direito.

Ocorre que, com a ascensão do partido nazista ao poder, estes utilizaram o direito como instrumento para impor políticas repressivas e discriminatórias[4]. A ciência do Direito não se pronunciava com relação à justiça do conteúdo do ordenamento. Ante o mal causado, a neutralidade científica não se justificava.

[3] NASCIMENTO, Filippe Augusto dos Santos. **Manual de Humanística: Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para Carreiras Jurídicas**. São Paulo: Juspodvm, 2022. P. 307.

[4] SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, histórica e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 167.

Após a Segunda Guerra Mundial, surgem então as teorias que buscam reconectar o Direito e a Moral.

Ocorre que não é mais possível o resgate do direito natural, pois este não mais se sustentava em sociedade complexas e plurais, pois nesta existiam inúmeras identidades culturais e particulares. Buscando superar o Positivismo, mas sem retornar ao Jusnaturalismo, surgem novos paradigmas, destacando-se o pós-positivismo.

Este paradigma caracteriza-se pela busca de um elo entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios. Não busca a metafísica religiosa, mas sim a argumentação jurídica para fundamentar a justiça das decisões.

Inspirado nesses ideais, os princípios são introduzidos no próprio ordenamento, possuindo inequívoco conteúdo moral. O pós-positivismo se liga ao neoconstitucionalismo, que envolve a mudança no tipo das constituições e os arranjos institucionais.

O neoconstitucionalismo pode ser assim sintetizado[5]: a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização na aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação de normas e valores constitucionais para os demais ramos do ordenamento; d) reaproximação entre Direito e Moral; e) judicialização da política e das relações sociais, com deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

Em razão das características acima, as constituições contemporâneas não são mais meras cartas com notório caráter procedimental. São impregnadas de normas de elevado teor axiológico, com importantes decisões substantivas e que se debruçam sobre uma variedade de temas que antes não eram tratados em sede constitucional.

Muitas delas, inclusive a CFRB/1988, além dos direitos individuais, trazem também direitos de natureza prestacional (art. 6º). A interpretação abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem à constitucionalização da ordem jurídica, ampliando a influência

[5] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional: Tomo I – Teoria da Constituição**. Salvador: Editora Juspovm. 2020. P. 69.

das Constituições sobre o ordenamento, permitindo uma releitura das normas e institutos.

A constitucionalização do Direito perpassa pela filtragem constitucional, ou seja, exige-se a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando a que mais prestigie valores e promova os seus objetivos.

Como muitas destas normas caracterizam-se pela indeterminação semântica, a aplicação direta pelo Poder Judiciário importa na adoção de uma nova hermenêutica jurídica. A necessidade de resolver problema entre princípios colidentes deu espaço à ponderação, tendo se tornado frequente o uso da proporcionalidade.

Em busca da legitimidade dessas decisões, desenvolveram-se teorias da argumentação jurídica, que incorporam ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar. Ainda, cresceu a importância política do Poder Judiciário.

Cada vez mais questões polêmicas passaram a ser decididas pelos magistrados, sobretudo pelas Cortes. A expansão da jurisdição constitucional ocorre em quase todos os países após a Segunda Guerra Mundial.

Os defensores do neoconstitucionalismo buscam discutir métodos e argumentações que permitam buscar a melhor resposta para casos difíceis do Direito. No neoconstitucionalismo a racionalidade não ocorre apenas no que pode ser comprovado por meio empírico, mas incide também no que pode ser argumentado de forma racional na resolução das questões práticas[6].

A clássica leitura da separação dos poderes cede espaço a visões favoráveis ao protagonismo judicial em prol da efetivação da Constituição. A força normativa dos princípios abre parte para os debates de viés moral.

O neoconstitucionalismo tem foco no Poder Judiciário, no qual busca a concretização de ideias presente nas constituições contemporâneas.

[6] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. Salvador: Ed. Juspodvm. 2020. P. 63.

Entretanto, tal visão sofre críticas em virtude do caráter antidemocrático, pois os juízes não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo[7].

Em que pese ser entendimento majoritário de que a democracia não se esgota no respeito ao interesse da maioria, sendo necessário também a participação igualitária do cidadão na esfera pública, há que se analisar o seguinte ponto:

> Porém, há aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar[8].

Outra crítica ao neoconstitucionalismo se deve ao fato de que, na aplicação dos princípios e pelo uso da ponderação em detrimento das regras e da subsunção, haveria uma tendência ao decisionismo, gerando insegurança jurídica.

> Concepções radicais do neoconstitucionalismo, que endossem a opção por um "governo de juízes" ou que aplaudam o decisionismo judicial, alimentado por uma invocação emotiva e pouco fundamentada de princípios e valores constitucionais, devem ser evitadas, porque incompatíveis com o ideário do constitucionalismo[9].

---

[7] KOERNER, Andrei. **O Ativismo Judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica**. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/ln/a/jwHKLyLPSxZVWBKpW4vXCmr/?lang=pt#> Acesso em 24 de nov. 2022.

[8] SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ibidem. p. 166.

[9] Idem. Ibidem. P. 167.

Sarmento continua apontando que não se deve respaldar a hiperconstitucionalização do Direito, suprimindo o desenvolvimento da política majoritária.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Leciona a doutrina que os direitos fundamentais são classificados em direitos de defesa, direitos de participação e direitos de prestação. Estes últimos implicam prestações positivas em favor de determinados titulares. Determinados direitos geram pretensões voltadas à realização do que está assegurado nas normas correspondentes a tais direitos, exigindo o adimplemento de obrigações de dar ou de fazer por parte do sujeito passivo desses direitos[10].

Classificam-se os direitos prestacionais em direitos em sentido estrito e direitos em sentido amplo. Os primeiros dizem respeito a bens que, caso o titular do direito dispusesse de condições financeiras e encontrasse oferta no mercado, poderia obter também de pessoas privadas, como ocorre com os direitos à saúde, à educação, à moradia, etc. São denominados de direitos a prestações materiais[11].

Já os direitos em sentido amplo compreendem os objetos que o mercado não dispõe ou não tem legitimidade para oferecer. São os direitos a proteção, a organização e a procedimentos.

Os direitos a prestações jurídicas são necessários para a proteção dos direitos fundamentais assegurados. A proteção se dá por meio do cumprimento do dever de proteção contra ofensas, mediante disciplinas normativas específicas, como ocorre com a criminalização de certos direitos (ex.: prática de racismo, tortura, entre outros).

[10] NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodvm. 2017. P. 479.

[11] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Ibidem. P. 751.

A organização e o procedimento relacionam-se com as normas de direito fundamental que dependam da emissão de outras que organizem e estruturem instituições, institutos ou procedimentos necessários, como o direito fundamental de acesso à justiça[12].

Um dos grandes desafios do Direito Constitucional atual é o de definir o papel das funções legislativas, executiva e judicial na implementação dos direitos fundamentais. Se tais direitos costumam ser enunciados por meio de normas desprovidas de aplicabilidade imediata, é necessário analisar a autonomia e a discricionariedade do Legislativo e do Executivo na efetividade desses direitos e, assim, determinar até que ponto o Judiciário pode interferir na independência e autonomia dos outros poderes. Assim, o tema deve ser analisado não apenas com base na inafastabilidade da jurisdição, mas também em função da separação dos Poderes e a repartição de competências.

Em regra, defende a doutrina[13] que o juiz deve aceitar o poder de conformação do legislador e só em casos excepcionais ou em aspectos limitados poderá concluir pela violação, que terá que ser manifesta.

Segundo decisões do Supremo Tribunal Federal quanto ao ponto, embora resida nos Poderes Legislativo e Executivo o dever primário de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente em caso de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam elas implementadas pelos órgãos omissos[14].

---

[12] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 831.

[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. P. 68.

[14] RE 410715 AgR Órgão julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 22/11/2005 Publicação: 03/02/2006 Ementa E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o

No ponto, tem-se a análise da teoria da reserva do possível, visto que objeções de ordem fática, jurídica e econômica são válidas para justificar a impossibilidade de prestar obrigações decorrentes das normas de direito fundamental.

Em sentido amplo, a reserva do possível relaciona-se com as impossibilidades fáticas e materiais ou jurídicas que impeça, dificultem ou adiem a aplicação dos direitos fundamentais. Há doutrinadores[15] que sustentam que a reserva do possível pode ser invocada quando a prestação exigida do Estado não atender a proporcionalidade e a razoabilidade.

Com relação à concretização dos direitos, na medida em que a Constituição não oferece um comando indeclinável para o modo de alocação dos recursos orçamentários, as decisões devem ficar a cargo do órgão político, legitimado pela representação popular, competente para delinear a política financeira e social.

---

acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

[15] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. P. 265.

Ocorre que, em virtude da necessidade de manutenção do mínimo existencial, o Estado não pode denegar prestações voltadas ao atendimento de necessidades básicas, sob o fundamento de ausência de recursos, se estiver realizando despesas supérfluas. O ônus da prova quando à incidência da reserva do financeiramente possível recai sobre a entidade pública que invoca a impossibilidade econômica de cumprir o direito social.

Na análise da tensão dialética entre a reserva do financeiramente possível e o mínimo existencial, no Brasil são vários os precedentes em que a preocupação com o segundo elemento prepondera sobre o primeiro, especialmente quando se refere a questão dos medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

Nesse diapasão, o direito à saúde refere-se ao direito fundamental à obtenção de medidas que reduzam os riscos de enfermidade e promovam, protejam ou levem à recuperação do bem-estar físico, mental e social.

Dispõe o art. 196 da Constituição Federal:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Trata-se de um direito público subjetivo, oponível contra o Estado, sendo que a prestação das medidas decorrentes do direito à saúde é da responsabilidade solidária de todos os entes federativos.

Diz-se que o direito à saúde possui aspecto duplo: no negativo refere-se ao direito de exigir do Estado e de terceiros a abstenção de práticas de atos que prejudiquem a saúde; no positivo, as medidas destinadas à prevenção e ao tratamento das doenças.

É dever de responsabilidade do Poder Público, abrangendo todos os entes federativos. Consoante o art. 23, II da CF/88, trata-se de competência comum o dever de “cuidar da saúde e assistência pública”. As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, mas

podem ser executados tanto pelo Estado quando por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas (Art. 197 da CF).

Os serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (art. 198). A Constituição prevê também as diretrizes do Sistema Único de Saúde: descentralização, com direção única em cada esfera do governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventiva, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade. Por isso se diz que a saúde tem caráter curativo e também preventivo.

Destaca-se que o direito à saúde difere da previdência social porque não exige contraprestação para o gozo das medidas oferecidas no âmbito do SUS. O direito à saúde deve ser prestado gratuitamente, sem contrapartidas diretas (§ 1º do art. 198 da CF/88).

Em que pese o caráter não contributivo, o Superior Tribunal de Justiça já uniformizou o entendimento segundo o qual o Estado só pode ser obrigado a conceder medicamento não incorporado ao Sistema Único de Saúde caso os pacientes comprovem a incapacidade financeira para arcar com os respectivos custos (REsp 1657156/RJ).

Com o mesmo fundamento, já decidiu o Supremo Tribunal Federal ser constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes (RE 581488/RS).

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, inclusive em instituições com intuito de lucro (art. 199, caput). As instituições privadas de assistência à saúde poderão participar do SUS de forma complementar, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, § 1º).

Leciona a doutrina que o art. 196 da Constituição Federal consubstancia-se em uma norma principiológica que estabelece fins a serem buscados pelo Estado na maior medida do possível sem, no entanto, especificar os meios a serem utilizados para alcançá-los.

Por estar umbilicalmente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que inclui não apenas os direitos fundamentais sociais (art. 6º, CF), mas também no seleto grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

Em prol da concretização deste direito, os Tribunais Superiores têm analisado demandas pleiteando a concessão de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, medicamentos em caráter experimental, não incluídos nos protocolos do Sistema Único de Saúde ou com indicação off-label, o que será objeto da análise no capítulo seguinte.

3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Tendo como base o respaldo doutrinário acima colacionado, passa-se para a análise das decisões dos Tribunais Superiores que visaram a concretização do direito à saúde, com respaldo na determinação o Poder Constituinte e, ainda, tendo como fundamento a Lei 8080/90 e 9656/98.

Inicialmente, considerando a previsão constitucional da universalização da saúde (CF/88, art. 196), o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral[16] no sentido de ser inconstitucional a possibilidade de um paciente do Sistema Único de Saúde pagar para ter acomodações superiores ou ser atendido por médico de sua preferência, o que é denominado de 'diferença de classes'.

Isso porque o SUS é baseado nos princípios da universalidade, da equidade e da integralidade. Por estes, a saúde deve ser prestada a toda e qualquer pessoa, em todos os níveis necessários e cada indivíduo é considerado como um todo indivisível e integrante de uma comunidade. Se um paciente tiver acesso a melhores condições ou a médicos diferentes mediante contraprestação, haverá a subversão da lógica do sistema, violando precipuamente a equidade. Outrossim, considerou-se o risco de os serviços

[16] STF. Plenário. RE 581488/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/12/2015 (repercussão geral).

hospitalares superdimensionarem os preços das acomodações superiores, de modo que os usuários do Sistema passassem a arcar com os custos de tratamento de forma integral.

Há possibilidade de atendimento personalizado e dividido em classes na rede privada de atendimento à saúde. Os atendimentos realizados na rede pública devem ser igualitários.

Quanto ao fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade (REsp 1657156/RJ), tendo fixado os seguintes requisitos para tanto:

> (a) Comprovação, por meio de laudo médico devidamente fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como pela ineficácia, para tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
>
> (b) Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
>
> (c) Existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Nos fundamentos da decisão, a Corte Cidadã entendeu que a fixação dos requisitos acima não viola o princípio da separação dos poderes, porque uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é na concretização dos direitos fundamentais. Como o Judiciário intervém com o fim de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente quando se trata de direito à saúde, não há violação à separação dos Poderes.

Visando aplicar de forma efetiva as políticas do Sistema Único de Saúde, a lei 8080/1990 prevê como dever do Poder Público fornecer assistência integral, inclusive farmacêutica (arts. 1º e 4º).

O Superior Tribunal de Justiça entende que o fato de o medicamento não estar integrado a lista básica do SUS não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, não sendo possível admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais.

O laudo médico deve observar as diretrizes traçadas no Enunciado 15 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça: "As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica".

Ademais, o laudo não precisa ser assinado por médico vinculado ao SUS, mas sim por médico que assiste o paciente, seja ele público ou privado.

Ainda quanto ao laudo, exige-se a comprovação de duas circunstâncias: imprescindibilidade ou necessidade do medicamento pleiteado para o tratamento da doença e ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

Nesse sentido, o Enunciado 14 da Jornada de Direito à Saúde do CNJ: "Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde".

O segundo requisito fixado pelo STJ refere-se à incapacidade financeira de arcar com os custos do medicamento prescrito.

Por fim, exige-se o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que está expresso no art. 19-T, inciso II da Lei 8080/1990. Tal dispositivo busca proteger o cidadão de medicamentos experimentais, sem comprovação científica da eficácia, da efetividade e da segurança do medicamento, com o intuito de assegurar o direito à saúde e à vida das pessoas.

Na análise dos embargos de declaração do REsp 1657156/RJ, o Estado do Rio de Janeiro pediu para que fosse fixada a tese no sentido de não ser possível o fornecimento de remédios para uso off-label, ou seja, para tratamento de enfermidade diferente da indicada na bula e autorizada pela ANVISA. Os medicamentos off-label é aquele cujo médico prescreve para uma determinada finalidade que não consta expressamente na sua bula.

O STJ acolheu os embargos declaratórios interpostos pelo ente federativo para excluir a possibilidade de obrigar o Poder Público de fornecer medicamentos fora da prescrição. Com base no art. 19-T, incisos I e II da Lei 8080/1990, entendeu que este dispositivo consagra duas vedações distintas: proíbe o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento que foi empregado ou prescrito fora do uso autorizado pela ANVISA; e impede a dispensação (fornecimento), o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento que não tenha ainda sido registrado na ANVISA.

A exigência de registro na ANVISA e do uso dentro das especificações aprovadas pela agência reguladora é medida que visa proteger o usuário do sistema de saúde, visto que os medicamentos foram submetidos a estudos que comprovam qualidade, efetividade e segurança.

Destaca-se, contudo, que a ANVISA autoriza, de forma excepcional, o uso de medicamentos fora das prescrições aprovadas no registro. Ou seja, autoriza o uso de medicamentos off-label. Assim, excepcionalmente, é possível que o paciente exija o medicamento caso o uso fora da bula tenha sido autorizado pela própria ANVISA.

No julgamento do RE 657718/MG, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento em sede de Repercussão Geral a respeito do fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA.

Fixou a tese no sentido de que, em regra, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. Assim, a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária impede, como regra, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. Excepcionalmente, a concessão de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (após passado o prazo estabelecido na lei 13411/2016), será possível se preenchidos três requisitos:

(a) existir pedido de registro de medicamento no Brasil (salvo se se tratar de medicamentos órgãos para doenças raras e ultrarraras);

(b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;

(c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Ainda, nas demandas que busquem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, a ação deverá ser proposta em face da União. Em regra, em razão da competência comum dos entes federados, estes são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área de saúde. Diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União.

A ANVISA é uma autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, e tem por objetivo promover a saúde da população, sendo responsável pela vigilância sanitária de medicamentos (Lei 9782/1999). Há necessidade de aprovação da ANVISA para que o medicamento possa ser comercializado, sendo de fundamental importância para garantir a saúde e para o próprio sistema.

Todavia, o processo pode demorar alguns anos para ser finalizado. Assim, é comum que alguns médicos saibam que já existem, em outros países, medicamentos mais modernos e eficazes para tratar de determinadas doenças, sem que estes tenham sido registrados na ANVISA. Questionava-se, portanto, se seria possível o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA.

Como regra, entende-se que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos que ainda não foram registrados na ANVISA, porque é uma proteção à saúde pública. Por meio do registro é que se atesta a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos, servindo também para o controle dos preços.

A Lei 6360/76 proibiu a industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo de qualquer medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde (art. 12, § 1º). Ainda, previu requisitos específicos para a obtenção do registro, tais como o reconhecimento, por meio de comprovação científica e de análise, de quais produtos são seguros e eficazes para o uso para o qual se destina, além de possuir identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias (art. 16, II).

Tendo em vista o motivo da exigência de registro e o bem jurídico tutelado, recomenda-se que haja uma especial deferência em relação

às decisões da ANVISA e menor intensidade de revisão jurisdicional, evitando que o Poder Judiciário se sobreponha à atuação da entidade competente.

Excepcionalmente, no entanto, é possível que seja concedido o pedido judicial e o Poder Público ser condenado a fornecer o medicamento se houver mora irrazoável da ANVISA para apreciar o pedido de registro. Além disso, exige-se três outros requisitos:

(a) se existir pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órgãos para doenças raras e ultrarraras);

(b) se existir registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;

(c) Se inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

A mora irrazoável ocorre quando a agência não termina o processo de registro no prazo determinado pela Lei 13411/2016, que alterou a Lei 6360/76 e a Lei 9782/99. Prevê que os prazos máximos para a decisão final de registro serão:

I – para categoria prioritária, de 120 e de 60 dias, contados da data do respectivo protocolo de priorização;

II – para a categoria ordinária, de 365 e de 180 dias, contados da data do protocolo de registro.

Tais prazos podem ser prorrogados por até um terço do prazo original, uma única vez.

Quanto à exigência de o medicamento ter sido submetido a registro no Brasil, em regra, se o laboratório não pediu o registro, não é possível conceder o medicamento. Excepcionalmente, em se tratando de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras, será possível conceder o fármaco.

Tem-se como medicamento órgão aquele eficaz para o tratamento ou diagnóstico de doenças raras ou ultrarraras, que afetam um número muito pequeno de pessoas. Nestes casos, há um interesse menor dos laboratórios de providenciar a aprovação na ANVISA e, por isso, o STF

entendeu que seria possível concedê-los mesmo que não tenha sido pedido o registro do medicamento.

O segundo requisito específico é a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior, como a Food and Drug Administration dos EUA; European Medicina Agency, da União Europeia; e a Japonese Ministry of Health & Welfare do Japão.

Assim, é possível garantir a segurança para a saúde da população brasileira, considerando que há uma garantia mínima de que aquele determinado medicamento já foi estudado e avaliado de forma séria e criteriosa por uma agência especializada.

Por fim, como último requisito, tem-se a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. O remédio pedido judicialmente deve ser imprescindível ou necessário e aqueles que já foram registrados não podem substitui-lo.

Se o paciente tiver outra opção satisfatória para o tratamento e que possua registro sanitário, não pode compelir o Poder Público a importar o fármaco pedido pelo paciente, mesmo quando os graus de eficácia não sejam idênticos.

Se preenchidos tais requisitos e constatando-se que o medicamento aguarda prazo irrazoável de análise e de deferimento na agência reguladora, está presente a justificativa de determinação judicial de dispensação de medicamentos não registrados no Brasil.

Destaca-se que a possibilidade de concessão de medicamento, caso presentes os requisitos acima elencados, não se estende para os medicamentos experimentais, que são aqueles sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, como a pílula do câncer.

Nesse caso, a administração da substância representa riscos graves, diretos e imediatos à saúde dos pacientes. Não apenas porque, ao final dos testes, pode-se concluir que a substância é tóxica e produz graves efeitos colaterais, mas também porque pode-se verificar que o tratamento com o fármaco é ineficaz, o que pode representar o agravamento do quadro do paciente e possível diminuição das possibilidades de cura e melhoria da

doença. A própria Lei 8080/90 proíbe o fornecimento de medicamentos experimentais no âmbito do SUS (art. 19-T).

Tal entendimento não acarreta a vedação do fornecimento de medicamentos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso comparativo.

A decisão proferida no RE 657718/MG do STF afeta o terceiro requisito fixado pelo STJ no REsp 1657156/RJ. O terceiro requisito permitia a concessão de medicamento não incorporado em ato normativo do SUS se existisse registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Com a decisão do STF o terceiro requisito deve ser lido com o acréscimo de uma exceção: se não registrado, houver mora irrazoável da ANVISA e se existir o pedido de registro no Brasil (salvo se medicamento órfão), já registrado em renomadas agências de regulação no exterior e se inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

Se a agência tiver negado o registro do medicamento, entende-se que o Poder Judiciário não poderá concedê-lo. Isso porque há necessidade de privilegiar a análise técnica da agência reguladora nacional. Mesmo se não tiver concluído a análise, mas já tiver emitido manifestação no sentido de indeferir o registro, a decisão judicial precisa ser deferente ao exame técnico realizado, tendo como base o respeito às capacidades institucionais.

Ainda, há que se analisar a respeito da legitimidade para compor o polo passivo de uma demanda pleiteando a concessão de medicamentos.

Em regra, a Constituição Federal de 1988 prevê que a responsabilidade para prestar saúde é comum (art. 23, II). Assim, tem-se uma responsabilidade solidária dos três entes federativos. Por isso, o autor da demanda pode ajuizar a ação contra a União, somente o Estado-membro ou somente contra o Município, a sua escolha.

Na demanda, cabe ao magistrado direcionar o cumprimento e determinar o ressarcimento. Isso porque dentro da estrutura administrativa do SUS existe uma divisão de competência de cada ente, cabendo à União coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos; aos Estados coordenar sua rede de laboratórios e hemocentros, definir os hospitais de referência e gerenciar os locais de entendimento complexos da região; e aos Municípios prestar os serviços de atenção básica à saúde.

Tais competência não são facilmente identificáveis e o jurisdicionado pode ter dificuldade de saber quem é o verdadeiro competente para prestar o serviço ou conceder o medicamento.

Assim, o magistrado, depois de proposta a ação, pode direcionar o cumprimento com base nas regras de competência. Outrossim, caso um dos entes custeie a obrigação que seria de outro, o magistrado pode determinar o ressarcimento por aquele ente que tinha a obrigação.

A decisão do STF está em conformidade com o Enunciado n. 60 da II Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

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

Ocorre que há uma exceção a essa regra da legitimidade para compor o polo passivo. Se o indivíduo estiver pleiteando o fornecimento de um medicamento que ainda não foi aprovado pela agência reguladora, neste caso, terá que ajuizar a ação necessariamente em face da União.

Isso porque a ANVISA integra a estrutura da Administração Pública Federal, não sendo possível permitir que Estados e Municípios (entes federativos que não são responsáveis pelo registro de medicamentos) sejam condenados a custear medicamentos ou tratamentos em casos nos quais não possuem responsabilidade pela demora na análise pela agência reguladora, e também não tem competência para sanar a mora.

Assim, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 109 da CF/88, a demanda deverá ser proposta na Justiça Federal.

CONCLUSÕES

Com as revoluções modernas, o Estado passou a ser obrigado a concretizar direitos sociais em prol da população, de modo que os direitos e garantias fundamentais previstos nas Constituições não são mais meras

previsões sem força vinculante, mas sim garantias que devem ser concretizadas pelo Poder Público.

Ocorre que, por questões políticas e, muitas vezes, em virtude do mau uso de recurso ou ausência de interesse, os Poderes Legislativo e Executivo são omissos quanto aos mandamentos constitucionais, o que tem ocorrido no Estado brasileiro, notadamente em questões envolvendo o direito à saúde.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar e, alegando o cumprimento de um dever constitucional, diante da omissão dos poderes legitimamente eleitos, tem condenado o Poder Público a fornecer medicamentos e tratamentos médicos.

Dentro dessa temática, entendeu pela possibilidade de condenar os entes federativos, de forma solidária, a fornecer medicamentos registrados pela ANVISA. Excepcionalmente, admitiu o dever de fornecer os medicamentos, ainda que sem registro, desde que a agência reguladora esteja em mora para a análise do pedido de registro; exista, de fato, pedido de registro do medicamento, salvo se for este órfão ou para doenças raras ou ultrarraras; houver registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a possibilidade de fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde, entendeu pela possibilidade desde que preenchidos os seguintes requisitos: comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento; ineficácia do fármaco fornecido pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Ainda quanto ao tema, está pendente de decisão no RE 566471 (Tema 6 de Repercussão Geral), que analisará o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença mental que não possui condições financeiras para comprá-lo.

Nota-se, pelas decisões dos Tribunais Superiores, uma crescente tendência no sentido de concretizar o direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, notadamente em razão da

superação do paradigma positivista e a atual jurisdição constitucional, que se deu, notadamente, após a crise da legalidade e as atrocidades dela decorrentes durante a Segunda Guerra Mundial, sendo este o marco histórico do neoconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional: **Tomo I – Teoria da Constituição**. Salvador: Editora Juspovm. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. Salvador: Ed. Juspodvm. 2020.

KOERNER, Andrei. **O Ativismo Judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica**. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/ln/a/jwHKLyLPSxZVWBKpW4vXCmr/?lang=pt#> Acesso em 24 de nov. 2022.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2019.

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

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodvm. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, histórica e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, RAZÃO DE ESTADO E RETÓRICA EM TUCÍDIDES

WAR, REASON OF STATE AND RHETORIC IN THUCIDIDES

Rogaciano Leite Neto[17]

RESUMO: Tucídides, por sua metodologia e retórica, sempre foi um autor avesso a submeter, de forma explícita, a postura de observador histórico, com disposição de objetividade, à do pensador político cujas opiniões poderiam ser extraídas de sua obra historiográfica. Isso tem causado imensas disputas interpretativas acerca da existência e importância das posições políticas pessoais do autor na construção do texto de *História da Guerra do Peloponeso*. Entre os temas controversos acerca das convicções de Tucídides em sua obra, destaca-se a denominada *razão de Estado*. Este trabalho tem, portanto, a finalidade de investigar, sem pretensões de encerrar o debate, se Tucídides, na temática da *razão de Estado*, porta-se mais como um observador pessimista ou como um defensor dessa forma de ação política. Para tanto, analisaremos trechos de *História da Guerra do Peloponeso*, com ênfase no célebre Diálogo de Melos.

Palavras-Chave: Realismo político; Tucídides; *razão de Estado*; guerra; retórica; Diálogo de Melos.

[17] Mestre em Filosofia e Teoria Geral de Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e juiz de Direito.

ABSTRACT: Thucydides, due to his methodology and rethoric, has always been an author averse to explicitly subjecting the posture of a historical observer, with a disposition for objectivity, to that of a political thinker whose opinions could be extracted from his historiographic work. This has caused immense interpretative disputes regarding the existence and importance of the author's personal political positions in the in the construction of the text History of the Peloponnesian War. Among the controversial themes concerning Thucydides' convictions in his work, the concept of *raison d'état* stands out. Therefore, the purpose of this study is to investigate, without aiming to settle the debate, whether Thucydides, in the theme of *raison d'état*, behaves more as a pessimistic observer or as an advocate of this form of political action. To do so, we will analyze excerpts from *History of the Peloponnesian War*, with emphasis on the renowned Melian Dialogue.

Keywords: Political realism; raison d'état; war; rethoric; Melian Dialogue.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE REALISMO POLÍTICO E *RAZÃO DE ESTADO*

No universo de múltiplas teorias políticas a respeito de como se estruturam as relações internacionais, aquela que mais se destaca por sua influência e perenidade, impondo-se como visão dominante para estudiosos e governantes, é o *realismo político*.

Não há propriamente como se falar em *um realismo político* sem cometer um grande equívoco simplificador. A sua diversidade e a abrangência histórico-conceitual desafiam quaisquer tentativas de sua redução a poucos princípios básicos, sob o risco de amputar a sua enorme diversidade.[18]

[18] MEZZARI, Nissar, NOGUEIRA, João Pontes. *Teoria das Relações Internacionais – Correntes e Debates*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 20. Nesse sentido, o debate no realismo político contemporâneo tem expoentes diversos como MORGENTHAU e RAYMOND ARON, em uma vertente clássica, ao passo que há outros influentes

As origens do realismo político em seus matizes plurais remontam à Antiguidade Clássica, e um de seus pensadores fundamentais foi TUCÍDIDES, considerado o primeiro grande precursor da escola realista ao tratar da guerra entre Atenas e Esparta em *História da Guerra do Peloponeso*.

A teoria política realista posterior observa que um dos maiores legados de TUCÍDIDES relacionados à guerra consiste na formulação dos conceitos que posteriormente vieram a se consolidar como essenciais para o realismo político.

O primeiro deles, a anarquia internacional, que de nenhuma forma tem a ver com o seu sentido usual de anarquia como reino do caos, consiste na ausência de uma autoridade soberana no nível internacional capaz de garantir a aplicação da lei como no interior de uma comunidade política estatal e arbitrar coercitivamente os conflitos.

O segundo deles refere-se ao medo diante do risco à sobrevivência em virtude do risco à segurança, o que resulta no engajamento em guerras.

O terceiro deles relaciona-se, por fim, à suposta amoralidade de TUCÍDIDES quanto à justiça entre os Estados, já tendo sido considerado como o modelo do historiador amoral.[19] A ideia da justiça como uma questão de superioridade de força já se percebia, nesse sentido, também nas vigorosas afirmações de Trasímaco, em *A República*, de PLATÃO[20], com as quais se relaciona o ideário de TUCÍDIDES nas relações entre as cidades-estado.[21]

---

pensadores, como os da escola neorrealista, especialmente Kenneth N. WALTZ, que se debruçaram sobre uma espécie de realismo estrutural preocupado em esclarecer padrões de continuidade e repetição, tendo a anarquia internacional papel constitutivo fundamental. Cf. WALTZ, Kenneth N. *O homem, o estado e a guerra – uma análise teórica*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004, *passim*.

19 MEZZARI, Nissar, NOGUEIRA, João Pontes. *Teoria das Relações Internacionais – Correntes e Debates,* op.cit. p. 22.

20 "Ouve-me, disse ele. Afirmo que o justo é senão o mais vantajoso para o mais forte. Mas por que não me fazes um elogio? Ora, sei que não vais querer. (...) Eis, portanto, excelentíssimo, o que eu digo ser justo sempre, em todas as cidades, sem exceção: o vantajoso para o governo estabelecido. É ele que tem o poder e, para quem raciocina corretamente, em todos os lugares, o justo é sempre a mesma coisa, a vantagem do mais

Alguma das premissas da tradição realista de utilidade como hipótese de trabalho neste artigo serão o seu pessimismo antropológico e a *razão de Estado*.

O pessimismo antropológico, presente desde TUCÍDIDES, sobressai de vez com a formulação do estado de natureza hobbesiano, por sua forma dramática acerca da compreensão da anarquia de significados no estado de natureza, em que se manifesta a chamada *guerra de todos contra todos*.[22] Diante disso, os teóricos do realismo político transpuseram devidamente essa categoria para o sistema internacional, com as devidas adaptações, mas sob a mesma lógica da guerra como um estado de permanência diante da luta contra a insegurança.

A *razão de Estado*, de ricas construções teóricas, cujas origens se podem resgatar da Antiguidade Clássica e cujo termo nasce

forte." PLATÃO. *A República [ou sobre a justiça, diálogo político]*. Tradução de Anna Lia Amaral Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.19-20.

21 ROMANO, Roberto. *Maquiavel e Maquiavelismos*. In: *Razão de Estado e Outros Estados da Razão.* São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 36.

22 "Com isto torna-se manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los todos em tom respeitoso, eles se encontram na condição a que se chama de guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida. Portanto, a noção de tempo deve ser levada em conta na natureza da guerra, do mesmo modo que na natureza do clima. Porque tal como a natureza do mau tempo não consiste em dois ou três chuviscos, mas numa tendência para chover durante vários dias seguidos, também a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia do contrário. Todo o tempo restante é de paz. Portanto, tudo aquilo que se infere em um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, infere-se também do tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida pela sua própria força e pela sua própria invenção. Numa tal condição não há lugar para o trabalho, pois o seu fruto é incerto; consequentemente, não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força; não há conhecimento da face da Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior do que tudo, um medo contínuo e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, miserável, sórdida, brutal e curta." HOBBES, Thomas. *Leviatã – Ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 109.

no Renascimento[23], configura-se como elemento indissociável do realismo político e pode ser definida como uma fórmula polissêmica de prática e teoria política que sustenta a supremacia da segurança do Estado sobre outros valores, de tal modo que os governantes, para garanti-la, devem violar, por meio da força, normas jurídicas, morais, políticas e econômicas, sob a exigência da necessidade de autopreservação.[24]

MEINECKE observa que as razões do florescimento da chamada *razão de Estado* na Antiguidade Clássica foram o politeísmo e uma visão secular de valores humanos sem os obstáculos de uma religião universal com aptidão para tentar restringir os livres poderes das sociedades políticas. O Estado[25] incorporava aquilo que por que

[23] "O termo nasce no Renascimento e significa o uso força ou meio de exceção a serviço do poder, que se busca conservar para garantir a ordem social. De Giovanni Botero a Scipione Chiaramonti, ele adquire polissemia, mantendo a ideia de conservação do poder e disciplina contra os governados. O máximo prestígio da fórmula está no poder absoluto, posto acima e fora das instituições comuns da sociedade e dos procedimentos jurídicos habituais, no direito romano modificado pela Igreja ou no direito natural antigo e moderno. Como a expressão indica, o governo absoluto não possui amarras que o prendam aos ritos religiosos e jurídicos anteriores ao seu surgimento." ROMANO, Roberto. *Golpes e Razão de Estado*. In: *Razão de Estado e Outros Estados da Razão.* São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 36.

[24] PISTONE, Swergio. *Razão de Estado*. In: *Dicionário de Política*. (orgs. Norberto Bobbio, Nicola Mateucci, Gianfranco Pasquino). 13ª edição. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora UnB, 2016, p. 1.066.

[25] Quando MEINECKE menciona a expressão *Estado* nesse contexto, provavelmente não está se referindo à concepção de Estado Moderno cometendo algum tipo de anacronismo, mas a uma expressão mais ampla de organização política, posição terminológica que também adotaremos neste trabalho. Nesse aspecto, a *polis* ou cidade-estado, fenômeno de organização política singular da Grécia que perfeitamente cabe nessa terminologia ampla a respeito da *razão de Estado*. A criação do modelo político das cidades-estado se deu por motivações geográficas, de insegurança e por um pendor psicológico ao particularismo entre os gregos, como observa Maria Helena da Rocha PEREIRA. Eram formadas "por uma certa extensão territorial, nunca muito grande, [que] continha uma cidade, onde havia o lar com o fogo sagrado, os templos, as repartições dos magistrados principais, a ágora, onde se efectuavam as transacções; e, habitualmente, a cidadela, na acrópole. A cidade vivia do seu território e a sua economia era essencialmente agrária. Cada uma tinha a sua constituição própria, de acordo com a qual exercia três espécies de actividade: legislativa, judiciária e administrativa. Não menores eram os deveres para com os deuses, pois a *polis* se assentava em bases religiosas, e as cerimônias do culto eram ao mesmo tempo obrigações civis, desempenhadas pelos magistrados." PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de*

valia a pena viver, e a ética individual e a conduta da sociedade se identificavam, de forma a não haver contraposição entre Ética e Política.[26]

Não é objetivo deste artigo examinar a fundo nem a tradição da teoria realista, nem as múltiplas concepções teóricas sobre a *razão de Estado*, nem muito menos fazer um exame profundo da obra de TUCÍDIDES e de suas relações com a corrente de pensamento realista. O objetivo principal deste estudo é bem delimitado: investigar a retórica de TUCÍDIDES tal como exposta em *A História da Guerra do Peloponeso*, a fim de esclarecer se suas posições a respeito do tema da *razão de Estado* são prescritivas ou descritivas.

Ou seja, investigaremos se a retórica de TUCÍDIDES, um reconhecido escritor cujo estilo é avesso a manifestações muito claras de suas posições políticas, atua mais como um instrumento linguístico de observação pessimista e descritiva daquilo que ocorre, ou se há, em alguma medida, um teor prescritivo nos seus escritos a respeito da *razão de Estado* e da desvalorização da justiça nas relações externas.

Esclareça-se que não nos restringiremos ao estudo do conhecidíssimo Diálogo de Melos, mas certamente ele será o centro das atenções deste trabalho, até por suas peculiaridades discursiva e estilística em relação ao restante da obra de TUCÍDIDES.[27]

História da Cultura Clássica. 1 Volume. 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 171-173.

[26] MEINECKE, Friedrich. *Machiavellism – The Doctrine of Raison D'État And Its Place in Modern History*. Translated from the German by Douglas Scott. New Haven: Yale University Press, 1962, p.26.

[27] "The dialogue structure is unique in Thucydides's work. It has precedents of the Mytilenaian debate (3.36-49) and the Plataian debate (3.52-68), Where first Kleon and Diodotos, and later the Thebans and Plataians argue directly Against on another, but each of those debates still involves full speeches, not the shorter responses we have in the dialogue. Hudson-Williams argues that is 'inconceivable' that the dialogue could really have occurred as Thucydides presents it because statesmen 'could not have argued so academically on matters of such moment', and because, if interrupted and asked a question, 'statesmen and generals always spoke at length' (1950, 167-68. He argues, however, that other gentlemen of the day would have been well versed in the private intelectual dialogues on which the Melian Dialogue is based." TAYLOR, Martha C. *Thucydides's Melian Dialogue and Sicilian Expedition – A Student Commentary*. Norman: University of Oklahoma Press, 2019, pp. 49-50.

2. DEBATE SOBRE A POSIÇÃO DE TUCÍDIDES ACERCA DA *RAZÃO DE ESTADO* E O DIÁLOGO DE MELOS

Antes de começar propriamente a investigação, é importante resumir os fatos que circundam o Diálogo de Melos.

O contexto em que se funda o Diálogo é a invasão da Ilha de Melos pelos atenienses durante a Guerra do Peloponeso, em 416 a.C. Os mélios eram colonos dos espartanos e mantinham-se neutros, embora resistissem ao domínio da *Liga de Delos*, ao contrário de outros ilhéus. Mas, quando tiveram suas terras devastadas, saíram abertamente para a guerra.[28]

Previamente à iniciativa de uma invasão militar com a finalidade clara de conquistar Melos, os comandantes atenienses Cleômenedes e Tísias enviaram emissários para buscar um entendimento pacífico com os mélios.

Segundo o relato de TUCÍDIDES, houve um encontro em segredo entre representantes de ambos os lados, no qual ocorreu um diálogo sobre os benefícios e os malefícios de cada conduta a ser tomada diante da iminência da invasão ateniense. Nessa ocasião, os atenienses propuseram uma aliança, de modo que os mélios preservariam seu território, embora sob a condição de pagamento de tributos, e seriam, portanto, poupados. A alternativa a isso seria a destruição completa, dadas a enorme disparidade de poder e a fraqueza que Atenas transmitiria ao liberar a posição de neutralidade de Melos.[29]

Conforme alegaram os atenienses, os governantes mélios, cientes de sua fraqueza diante do poderio militar adversário, tinham o dever de salvar Melos da aniquilação. Os mélios, por sua vez, argumentaram que estavam com a justiça e a legalidade, confiando, ainda, na proteção dos deuses e de Esparta. Os atenienses, que consideraram tais afirmações de enorme ingenuidade, responderam, em

[28] TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Tradução do grego de Mario da Gama Kury. 4ª edição. Brasília: editora UnB, 1987, p. 347.

[29] MILLS, Sophie. *Drama, Oratory and Thucydides in Fifth-Century Athens – Teaching Imperial Lessons*. New York: Routledge, 2020, p. 158.

passagem bastante citada do *Diálogo* – e adotando explicitamente uma posição realista cuja valorização da segurança se destaca acima de tudo –, que a justiça está ao lado da força:

> 89. Atenienses: "De nossa parte, não usaremos frases bonitas, dizendo que exercemos o direito de dominar porque derrotamos os persas, ou que estamos vindo contra vós porque fomos ofendidos, apresentando num longo discurso argumentos nada convincentes; não julgamos conveniente, tampouco, que afirmeis que não vos juntastes a nós na guerra por serdes colonos dos lacedemônios, ou que desejeis convencer-nos de que não nos ofendestes de forma alguma. **Preferimos pensar que esperais obter o possível diante de nossos e vossos sentimentos reais, pois deveis saber tanto quanto nós que o justo, nas discussões entre os homens, só prevalece quando os interesses de ambos os lados são compatíveis, e que os fortes exercem o poder e os fracos se submetem.**[30] (grifos nossos)

Esclarecidos os elementos contextuais, passaremos à investigação propriamente dita.

A metodologia historiográfica de TUCÍDIDES rompe com o paradigma fabuloso e poético de outros historiadores da Antiguidade, como HERÓDOTO[31], ao sobrelevar a investigação da objetividade

[30] Idem, pp. 347-348.

[31] "Edmunds succintly defines the difference between the two historians in their treactment of structure: 'Herodotus is to some degree subject to his logos, whereas in Thucydides, as the methodological statements clearly show (cf. 3.90.I), a consistent intention has been imposed upon the narrative'". RAWLINGS, Hunter R. *The Structure of Thucydides' History*. New Jersey: Princeton University Press, 1981, p. 56.

histórica, da narração dos fatos tais como supostamente aconteceram.[32] Embora TUCÍDIDES adote essa disposição como o cerne de sua metodologia[33], não se pode compreendê-la de forma inflexível. O historiador ateniense reconhece explicitamente sua interferência estilística na reprodução de discursos que não presenciou, redigindo-os de acordo com "as palavras que, no meu entendimento, os diferentes oradores deveriam ter usado".[34]

---

[32] "21. À luz da evidência apresentada até agora, todavia, ninguém erraria se mantivesse o ponto de vista de que os fatos na antiguidade foram muito próximos de como os descrevi, não dando muito crédito, de um lado, às versões que os poetas cantaram, adornando e amplificando os seus temas, e de outro lado considerando o que os logógrafos compuseram as suas obras mais com a intenção de agradar os ouvidos do que dizer a verdade uma vez que suas estórias não podem ser verificadas, e eles em sua maioria enveredaram, com o passar do tempo, para a região da fábula, perdendo, assim, a credibilidade. Deve-se olhar os fatos como estabelecidos com precisão suficiente, à base de informações mais nítidas, embora considerando que ocorreram em épocas remotas. Assim, apesar de os homens estarem sempre inclinados, enquanto engajados numa determinada guerra, a julgá-la a maior, e depois que ela termina voltarem a admirar mais os acontecimentos anteriores, ficará provado, para quem julga por fatos reais, que a presente guerra terá sido mais importante que qualquer outra ocorrida no passado." TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, op.cit. p. 14. "Thucydides seems to have been driven by the sheer pleasure he took in verifying.". ROMMILY, Jacqueline de. *The Mind of Thucydides*. Translated by Elizabeth Trapnell Rawlings. Ithaca: Cornell University Press, 2012, p.151.

[33] "22. (...) Quanto aos fatos da guerra, considerei meu dever relatá-los, não como apurados através de algum informante casual nem como me parecia provável, mas somente após investigar cada detalhe com o maior rigor possível, seja no caso de eventos dos quais eu mesmo participei, seja naqueles dos quais obtive informações de terceiros. O empenho em apurar os fatos se constituiu numa tarefa laboriosa, pois as testemunhas oculares de vários eventos nem sempre faziam os mesmos relatos a respeito das mesmas coisas, mas variavam de acordo com suas simpatias por um lado ou pelo outro, ou de acordo com sua memória. Pode acontecer que a ausência do fabuloso em minha narrativa pareça menos agradável ao ouvido, mas quem quer que deseje ter uma ideia clara dos eventos ocorridos quanto daqueles que algum dia voltarão a ocorrer em circunstâncias idênticas ou semelhantes em consequência de seu conteúdo humano, julgará a minha história útil e isto me bastará. Na verdade, ela foi feita para ser um patrimônio sempre útil, e não uma composição a ser ouvida apenas no momento da competição por algum prêmio.". TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*, op.cit. pp. 14-15.

[34] "22. Quanto aos discursos pronunciados por diversas personalidades quando estava prestes a desencadear a guerra ou quando já estavam engajados nela, foi difícil recordar com precisão rigorosa os que eu mesmo ouvi ou os que me foram transmitidos por várias fontes. Tais discursos, portanto, são reproduzidos com as palavras que, no meu entendimento, os diferentes oradores deveriam ter usado, considerando os respectivos assuntos e os sentimentos mais pertinentes à ocasião em que foram pronunciados,

A retórica de TUCÍDIDES, como nota HORNBLOWER[35], nos faz acreditar na superioridade de sua metodologia[36] e, ao mesmo tempo, na objetividade dos seus relatos subjetivos da guerra, o que, de forma alguma, desafia sua honestidade como historiador. O reconhecimento dessas peculiaridades, entretanto, revela um tipo de intelecto cujas tendências apontam para direções distintas, embora inter-relacionadas.[37] E, nesse sentido, é imperioso pontuar que a mais expressiva de todas as intervenções estilísticas de TUCÍDIDES em discursos acontece justamente na elaboração do Diálogo de Melos.

Muitos estudos, na atualidade, demonstram a complexidade do trabalho de TUCÍDIDES, especialmente no que diz respeito ao emprego de diversas técnicas narrativas e à sua incorporação em uma narrativa histórica singular. As ideias filosóficas, as concepções políticas e as observações antropológicas sobre a complexidade da natureza humana e dos eventos se fundem como representações da riqueza de seu mundo intelectual em um período histórico no qual não se concebia a História como uma disciplina autônoma.[38]

É relativamente consensual entre estudiosos, apesar de distintas perspectivas acerca do tema,[39] que a retórica e o estilo de

embora ao mesmo tempo eu tenha aderido tão estritamente quanto possível no sentido geral do que havia sido dito". Idem, Ibidem.

35 HORNBLOWER, Simon. *A Commentary on Thucydides Volume 2: Books IV-V 24*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 128.

36 "The polemical and rethorical dimension of Thucydides' claims in these chapters have very important implications for the work as whole. Thucydides states that his methods will bring higher standards of truth to writing history than anyone has yet offered. He does not claim that everything he writes is the literal truth, and on any reading, admits that the speeches have a greater proportion of his own material than the narrative does, but he does claim that his methods are superior (...) His claim is also a claim to superior judgement about what matters and what does not." MILLS, Sophie. *Drama, Oratory and Thucydides in Fifth-Century Athens – Teaching Imperial Lessons*. New York: Routledge, 2020, pp. 134 e 135.

37 Idem, p. 135.

38 CHRISTODOULOU, Panos. *Thucydides's Pericles. Between Historical Reality and Literary Representation*. In: *Thucydides Between History and Literature*. Edited by Antonis Tsakmakis and Melina Tamiolaki. Göttingen: De Gruyter, 2013, pp. 225-226.

39 Existe quem defenda o fato de TUCÍDIDES ser um moralista, embora camuflado pelas sutilezas de seu estilo. Nesse sentido, HAU, Lisa Irene. *Moral History from Herodotus*

TUCÍDIDES dificultam a tarefa do intérprete na identificação da eventualidade de seu abandono da figura de observador histórico em direção à tomada de posições como pensador político, exprimindo suas opiniões, ainda que de forma sutil, por uma questão metodológica e estilística. A idealização da liderança de Péricles sobre o *demos* ateniense na *História da Guerra do Peloponeso* constitui-se, com efeito, em um dos momentos em que o pensador aparenta se sobrepor ao observador, de tal forma que "não podemos mais identificar a figura histórica de Péricles com o Péricles de Tucídides".[40]

Há um debate amplo na Historiografia e na Filosofia Política acerca do posicionamento pessoal de TUCÍDIDES no que se relaciona *à razão de Estado* em sua *História da Guerra do Peloponeso*. Muitos estudiosos debatem se essa obra de TUCÍDIDES, com especial proeminência para o Diálogo de Melos, traz um posicionamento pessoal descritivo ou prescritivo para as relações entre as distintas sociedades políticas. Nesse quadro, Anna Lia Amaral de Almeida PRADO sustenta que os registros factuais de TUCÍDIDES sobre os movimentos de guerra, com pretensão de precisão histórica, vocalizam ideias sobre a natureza do poder, da justiça e do direito, com particular ênfase no Diálogo de Melos, mas que perpassa toda a sua obra, desde a *Arqueologia*.[41]

Nessa linha, quanto às múltiplas interpretações – por vezes antitéticas – acerca de *História da Guerra do Peloponeso*, mostra-se importante fazer referência a uma passagem escrita por um helenista modelar para a contextualização do debate:

> This problem of interpretation arises from the authorial reticence of Thucydides, who withholds judgment and commentary.

*to Diodorus Siculus.*1st Edition. *Edinburgh*: Edinburgh University Press, 2016, pp. 194-215.

[40] CHRISTODOULOU, Panos. *Thucydides's Pericles. Between Historical Reality and Literary Representation*. In: *Thucydides Between History and Literature, op. cit. p. 226.* (tradução livre).

[41] PRADO, Anna Lia Amaral de Almeida. *O Diálogo de Melos: o discurso do poder*. In: *R. História*, São Paulo, n. 121, ago/dez 1989, p. 112.

> Thucydides omits any explicit judgment about the prudence or morality of Melos or Athens. Never in his own voice does Thucydides call the Athenians evil or clever, nor does he ever label the Melians foolish or brave.5 This reticence, of course, is almost universal throughout the History: as Westlake notes, Thucydides seldom renders an explicit judgment of individuals or their decisions.[42]

TUCÍDIDES foi extremamente influenciado pelos sofistas na exposição dos diferentes pontos de vista em sua obra. E isso se explicita de forma exemplar e esteticamente esplendorosa no Diálogo de Melos, classificado por Werner JAEGER como "forma dialogada de disputas sofísticas", no universo de uma tradição que o liga estilisticamente às peças de Eurípides, bem como aos diálogos platônicos.[43]

Já se constatou academicamente que as escolhas factuais narrativas de TUCÍDIDES, por meio de omissões ou inserções de fatos mais ou menos importantes, externam mais que uma peculiaridade metodológica expressa por um estilo conciso e seco; na verdade, também revelam sua posição política acerca deles.[44] Fatos em tese pouco relevantes do ponto de vista estratégico-militar, como a invasão de Melos, ganham importância narrativa na obra de TUCÍDIDES, e o Diálogo de Melos, nesse contexto, alcança uma importância seminal

---

[42] MORRISSON, James V., *Historical Lessons of Melian Episode*. In: *Transactions of American Philological Association*, 1974, vol. 130, p.121.

[43] JAEGER, Werner. *Paideia – A Formação do Homem Grego*. Tradução de Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 440-471.

[44] "A historian must inevitably select some events as significant and worth emphasizing while ignoring or minimizing others. Within the events chosen for emphasis, there will be elements that are themselves given extraprominence or analysis, and others that are not, and so on. It is also difficult to imagine how any choice could be made on purely objective grounds. Thucydides' history must have been subject to all these factors because it is impossible to write history otherwise. Indeed, there are instances even in his narrative which seem at first glance to be unimpeachably factual, authoritative and compreensive, due to his deliberately dry narrative tone, Where a degree of subjectivity may have influenced his content." MILLS, Sophie. *Drama, Oratory and Thucydides in Fifth-Century Athens – Teaching Imperial Lessons*, op. cit. p. 130.

em *História da Guerra do Peloponeso*, especialmente por revelar a implacável ideologia do poder vocalizada pelo discurso autorrevelador do imperialismo ateniense.[45]

Historiador-artista,[46] TUCÍDIDES estiliza o Diálogo de Melos, apresentando-o sob a forma de um diálogo teatral para reforçar a inverossimilhança de duas posições confrontadas idealmente com uma paroxística força dramática, naquilo que Werner JAEGER chama de "verdadeira luta espiritual de pergunta e resposta". O próprio Werner JAEGER assinala, nesse sentido, que a escolha do modo de exposição do conflito não procura encontrar uma solução definitiva, pois é exatamente da exposição dos pontos de vista, e não da solução do conflito, que os diálogos sofísticos extraem sua energia.[47]

Thomas HOBBES, o cânone da interpretação realista de Tucídides, e helenistas de renome, como Moses I. FINLEY, veem no grande historiador ateniense não apenas um crítico ou analista resignado com a tragédia da realidade política tal como se apresenta, um tão-somente expositor da superioridade do solipsismo da força. Quando se debruça sobre o Diálogo de Melos, Moses FINLEY afirma que "The suggestion, in sum, is that the Melian dialogue represents Thucydides' own reflections, fairly late in war (at least later than the Sicilian disaster, to which all the talk about hope and theprophecies that fostered it are an ironic reference) about the moral problems of empire and power".[48]

Em texto crítico sobre a obra de TUCÍDIDES (*On the life and History of Thucydides*), bem como no clássico prefácio de sua tradução de *História da Guerra do Peloponeso*, Thomas HOBBES reafirma a precisão de TUCÍDIDES quanto ao acerto em relação à verdadeira causa da Guerra do Peloponeso, a disputa do poder que remete ao uso da força como sua consequência necessária, natural:

---

45 PRADO, Anna Lia Amaral de Almeida. *O Diálogo de Melos: o discurso do poder*, op.cit. pp.113-114.

46 RAWLINGS, Hunter R. *The Structure of Thucydides' History*. New Jersey: Princeton University Press, 1981, pp. 3-4.

47 JAEGER, Werner. *Paideia – A Formação do Homem Grego*, op.cit pp. 440 e ss.

48 FINLEY, Moses I. *Appendix*. In: *History of Peloponnesian War*. Translated by Rex Warner with introduction and notes by M.I. FINLEY. London: Penguin Books, 1972, p. 615.

> For it is plain, that a cause of war divulged and avowed, how slight soever it be, comes within the task of the historiographer, no less than the war itself. For without a pretext, nowar follows. This pretext is always an injury received, or pretended to be received. Whereas the inward motive to hostility is but conjectural; and not of that evidence, that a historiographer should be always bound to take notice of it: as envy to the greatness of another state, or fear of an injury to come.
>
> Now let any man judge, whether a good writer of history ought to handle, as the principal cause of war, proclaimed injury or concealed envy. In a word, the image of the method used by Thucydides in this point, is this: "The quarrel about Corcyra passed on this manner; and the quarrel about Potida on this manner": relating both at large: "and in both the Athenians were accused to have done the injury.
>
> Nevertheless, the Lacedmonians had not upon this injury entered into a war against them, but that they envied the greatness of their power, and feared the consequence of their ambition." I think a more clear and natural order cannot possibly be devised.[49]

Nesse ponto, vinculam-se TUCÍDIDES e HOBBES na referência ao medo como categoria fundamental da política internacional. Esse medo, integrante do estado de natureza hobbesiano tanto interna quanto externamente, fundamenta a *razão de Estado* na

[49] HOBBES, Thomas. *On the life and History of Thucydides*. In: http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=urn:cts:greekLit:tlg0003.tlg001.perseus-eng1:intro.3.

busca da segurança.[50] E é a inseguraçafrente ao desequilíbrio de poder a motivação *verdadeira* da Guerra entre espartanos e atenienses.

Mesmo alguns helenistas defensores de uma posição particularmente sofística e equilibrada de TUCÍDIDES no Diálogo de Melos, decorrente de sua metodologia historiográfica, assinalam em que posição o autor de fato se encontra acerca do pessimismo antropológico, da anarquia,da luta pelo poder, do medo permanente – a referida categoria essencial no posterior pensamento hobbesiano e em todo o realismo político – e do instrumento para supostamente aplacá-lo, a *razão de Estado*, a expressão da necessidade em busca da segurança.

TUCÍDIDES não procura somente evocar os distintos pontos de vista em seus leitores para enfatizar a dúvida. Ele expõe, com efeito, a razoabilidade de ambos os argumentos, mas tem uma preferência que, se não pode ser percebida claramente no Diálogo de Melos, pode ser, por outro lado, vislumbrada em outros pontos de sua História, mais especificamente quando trata das causas da guerra no Livro I.

Em uma parte importantíssima de sua obra, já mencionada na passagem de HOBBES citada logo acima, TUCÍDIDES atribui a real causa da guerra do Peloponeso e a sua inevitabilidade ao crescimento do poderio ateniense e o medo causado em Esparta:

> As to the reasons why they broke the truce, I propose first to give an account of the causes of complaint which they had against each other and of the specific instances where thei interests clashed: this in order there should be no doubt in anyone's mind about what led to this great warfalling upon the Hellenes. But the real reason for the war is, **in my opinion**, most likely to be disguised by such an argument. What made war *inevitable* was the growth of

[50] HOBBES, Thomas. *Leviatã – Ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica Civil*, op. cit.*passim*.

> the Athenian power and the fear which this caused in Sparta.[51]

Esse trecho comunica um dado natural da realidade da política do poder expresso como destino. Novamente, em outra passagem, o medo desencadeado pelo desequilíbrio de poder é tomado como causa explicativa da Guerra de Tróia:

> Agamemnon, it seems to me, must have been the most powerful of the rulers of his day; and it was for this reason that he raised the force against Troy, not because the suitors of Helen were bound to follow him by the oaths which they have sworn to Tyndareus. (…) So the descendants of Pelops became more powerful than the descendants of Perseus. It was to this empire that Agamemnon succeeded, and at the same time he had a stronger navy than any other ruler; thus, **in my opinion**, fear played a greater part than loyalty in the raising of the expedition against Troy.[52]

TUCÍDIDES, portanto, indica a adoção de uma posição simpática à naturalidade da justiça do mais forte nas relações externas, que o faz justificar as necessidades do poder e da *razão de Estado* ateniense, mas que, de outro lado, no Diálogo de Melos, como citado na passagem abaixo, "não enfraquece(u) seu respeito pelo caráter dos Melenses nem seu entendimento da precária situação de uma pequena localidade, seja como real ou potencial aliada em uma guerra de grandes potências". O historiador ateniense não é apenas um pensador político que se resume à ânsia pelo poder; isso o simplificaria. Ele valoriza a prudência, como um bom realista, em um sentido que o remete inclusive a toda uma tradição de realismo político em relações internacionais, com destaque, no século XX, por sua influência, para

[51] THUCYDIDES. *History of Peloponnesian war*, op. cit. p. 49.
[52] THUCYDIDES. *History of Peloponnesian war*, op. cit. pp. 39-40.

Hans MORGENTHAU[53], um defensor da ideia de que a prudência é a suprema virtude política.

Diante dessa linha argumentativa, torna-se mais dificíl negar a aprovação de TUCÍDIDES da *razão de Estado*. Michael WALZER escreve, a esse respeito, a seguinte passagem: "Como disse Werner Jaeger, ele (Tucídides) está alegando que o 'princípio da força gera um universo só seu, com leis próprias', distintas e separadas das leis da vida moral. Sem dúvida, foi assim que Hobbes interpretou Tucídides, e é essa a leitura que precisamos encarar de frente (sic)".[54] Por último, Raymond ARON observa que, como "cidadão de Atenas, Tucídides não condena a aspiração imperial de sua pátria, que é natural, mas também não nega que a aliança espartana defenda as liberdades tradicionais".[55]

No mesmo sentido de Raymond ARON:

> There is much in Thucydides which agrees with the Athenian concept of enlightened imperialism and practical expediency. But his own aristocratic background helps him to recognize in the Melians the power of their tradition and character if not of their arguments.[56]

Ademais, por sua relevância, impõe-se citar trecho expressivo das nuances retóricas descritivas e prescritivas de TUCÍDIDES na temática da *razão de Estado* ateniense, representada dramaticamente no Diálogo de Melos:

---

[53] MORGENTHAU, Hans Joachim. *A Política entre as Nações – A Luta pelo Poder e pela Paz*. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, *passim*.

[54] WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars – A Historical Argument with Historical Illustrations*. Fourth edition. New York: Basic Books, 1977, p. 7.

[55] ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Unb, 1979, p.165.

[56] WASSERMANN, Felix Martin. *Melian Dialogue*. In: *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, Vol. 78 (1947), pp. 20e ss.

The laws of political life, while represented and carried out by man, are impersonal and beyond the categories of good and bad, like the laws of nature, the fVo-tls avayKaia. This basic tenet of Thucydidesl1 appears in the point made by the Athenians that the strong rule and the weak obey, which is not presented by the author as an example of bragging ruthlessness.17 It is rather, as the Athenians most emphatically declare, the natural aspect of relations between countries of unequal power. It is a law recognized by men and gods, valid in the present as it was in the past and will be in the future (5.105). This idea of the raison d'etat is a natural development of Periclean thought under the stress of 15 years of war. The very fact that the assertions of the Athenians expressly or implicitly recur in speeches made by Pericles or his envoys, is a weighty argument against thosel8 who see in the Melian Dialogue an indictment of Athenian policy. Political necessities beyond any choice turn the Athenian rule into a rvpawvvs, as Thucydides makes Pericles say among his last words which are meant to be his political testament (2.63.2; cf. 1.77.5; 3.37.2).' 9 A compromise tolerating the continued neutrality of the small island in the middle of the Aegean would be taken as a sign not of moderation, but of weak- ness (5.95)";

His justification of the necessities of power has not impaired his respect for the character of the Melians and his understanding of the precarious situation of a small country either as an actual or a potential ally in the war of the great powers. The Mytilenean and Plataean speeches, Brasidas' speech in Acanthus (4.85-87), and the Camarina speeches (6.76-87), illustrate Thucydides' interest in this question27 from different points of view. A rugged people on a rugged island, the Melians have maintained their independence for seven centuries, not only in relation to Athens, but even to Sparta to

> which they feel akin by race and political system.[57]

Veja-se que o Diálogo de Melos é teatralizado em um sentido mais objetivo (puro) de justiça do mais forte que, levado ao paroxismo da imoderação – e foi o que aconteceu no fracassado empreendimento contra a Sicília –, desencadeia uma desgraça ou, mais propriamente, uma tragédia, cujo protagonista é Atenas. Mas, mesmo no Diálogo, há seguidas propostas dos atenienses no sentido de evitar o conflito bélico, manifestação de certa moderação realista, o que é visto, por alguns autores, até como expressão de seu humanitarismo. Nesse contexto, há imensas controvérsias acerca da interpretação do Diálogo de Melos, uma vez que diversos outros autores defendem justamente o contrário, ou seja, a crueldade e a brutalidade dos atenienses.[58]

Percebe-se uma peculiaridade no que diz respeito à narrativa de TUCÍDIDES sobre os fatos de natureza militar envolvendo a invasão de Melos pelos atenienses. A pouca relevância factual dos movimentos bélicos é obscurecida pela escolha retórica do diálogo como metáfora da agressão bélica, pois é "no diálogo que acompanhamos realmente a luta, lance a lance, assistindo à construção do muro de assédio, que foi progressivamente isolando os mélios".[59]

A *razão de Estado* – sem que se leve em consideração nenhum anacronismo precipitado –, como expressão da exigência necessária de violação das normas morais e jurídicas para a preservação do valor central da segurança, não se deve configurar em um belicismo sem limites, desmedido, o que possivelmente acarreta a própria desgraça de quem opersegue, parecendo ser esta a posição de TUCÍDIDES.

---

[57] WASSERMANN, Felix Martin. *Melian Dialogue*. In: *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, Vol. 78 (1947), pp. 25 e ss.

[58] MORRISON, James V. *Historical Lessons in the Melian Episode*, op.cit. p. 121.

[59] PRADO, Anna Lia Amaral de Almeida. *O Diálogo de Melos: o discurso do poder*, op.cit. p. 114.

A *hybris* belicista não se identifica com o significado da *razão de Estado* em boa parte da tradição do realismo político, permeada também pela prudência, pela previdência – e que, como bem compreende Quentin SKINNER, explicita-se na legitimidade de o governante desdenhar as virtudes e ingressar num curso de ação moralmente repreensível, quando comprove que assim atende a seus melhores interesses, ou que pode alcançar melhores vantagens para sua comunidade como um todo.[60]

Da mesma forma, outro pensador de enorme influência na tradição do realismo político, Carl Von CLAUSEWITZ, não é um doutrinário da pura beligerância. A sua demasiadamente citada formulação de que "a guerra não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas, uma realização destas por outros meios"[61] não se traduz, como ensina Raymond ARON, numa filosofia belicista, mas, sim, na constatação de que a guerra não é um fim em si, uma vez que "o período belicoso se inscreve numa continuidade de relações que é sempre comandada por intenções mútuas das coletividades".[62]

A decadência de Atenas ao fim da guerra, ocorrida pela imprevidência, pela desmesura no uso da força, "não atendeu aos melhores interesses do governante ou trouxe melhores vantagens para a comunidade como um todo". E é exatamente nessa desmesura inadvertida quanto ao uso *necessário* – distinto do inconsequente – da força na preservação da segurança e dos melhores interesses da comunidade que reside a censura – retrospectiva, vale notar – de TUCÍDIDES, o que, por outro lado, não o torna um crítico da futuramente denominada *razão de Estado* ou da supremacia do direito do mais forte quando a necessidade assim o exija em um cenário externo dominado pelo medo e pela luta entre os poderes.

O desenrolar do movimento histórico para Tucídides "comunica ao leitor um sentimento de destino".[63] As regularidades das relações opositivas entre os Estados na luta pelo poder e o uso da força

[60] SKINNER, Quentin. As fundações do Pensamento Político Moderno, p. 267, com adaptações

[61] CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 27

[62] ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op. cit. p. 59.

[63] ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*, op. cit. p. 59.

com ela relacionada diretamente são, para TUCÍDIDES, um dado da natureza. O uso da força imperial ateniense é aprovado por ele, o que pode caracterizá-lo como um hipocrático – em cujos escritos, segundo o próprio autor, "está ausente o elemento romântico" – não só no sentido da descoberta das causas e dos padrões recorrentes, mas também naquele referente à prescrição dos remédios *necessários*, limitados por uma moderação que TUCÍDIDES personifica em PÉRICLES:[64]

> O seu Péricles é a figura arquetípica do chefe e do verdadeiro homem de Estado, com os traços estritamente limitados ao que constitui a essência do político. O fato de isto nos surgir com especial nitidez nas últimas fases da guerra, na apreciação resumida feita por Tucídides na última vez que Péricles aparece na sua obra, mostra de modo suficiente que foi esse também o caminho através (sic) do qual o historiador chegou à sua própria interpretação. O Péricles de Tucídides é visto na distância que lhe permite apreciar a grandeza. Não é fácil determinar se Péricles formulou todos os pontos do programa político que Tucídides lhe atribui ou se a limitação da expansão territorial durante a guerra, por exemplo, é uma fórmula estabelecida pelo próprio Tucídides, mediante a comparação da política oposta de seus sucessores com a conduta efetiva de Péricles. Parece, no entanto, que só uma análise retrospectiva, no fim da guerra, poderia permitir que Tucídides nos desse, através da (sic) verificação daquilo que Péricles, ao contrário dos seus sucessores, nunca fez, as características definitivas da sabedoria política. (...) É certo que Tucídides, já no discurso pronunciado na declaração da guerra, põe na boca de Péricles as seguintes palavras: *Nenhuma anexação. Nenhum risco desnecessário.* Mas, precisamente nesta passagem, é a voz do historiador, que já viu o resultado da guerra, que ecoa, ao pronunciar

[64] THUCYDIDES. *History of Peloponnesian war*, op. cit. p. 48.

> estas palavras: *Temo mais os nossos próprios erros do que os golpes dos nossosinimigos*.[65]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A retórica, a metodologia e o estilo de TUCÍDIDES são considerados por muitos estudiosos barreiras para a compreensão de sua verdadeira atitude diante de questões políticas, como a *razão de Estado.*

Ao analisar trechos específicos de *História da Guerra do Peloponeso* e da fortuna crítica, com especial destaque para o Diálogo de Melos, cujas características retóricas são tão únicas em toda a obra de TUCÍDIDES a ponto de alçá-lo à condição de paradigma para a tradição das teorias da *razão de Estado*, este estudo concluiu, sem pretensões de definitividade, que o historiador ateniense não se resume, em sua obra, a se portar como um observador factual pessimista, expressando também, mesmo que de modo sutil, opiniões favoráveis à *razão de Estado* como conduta legítima em um sistema anárquico regulado por um dinâmico equilíbrio de poder.

Pontue-se, no entanto, que, segundo o consenso doutrinário da *razão de Estado* na teoria política realista, ela não prescinde da racionalidade entre meios e fins, de utilidade, muito ao contrário: é seu elemento constitutivo de ação político-militar. Isso resulta na conclusão imprescindível de que a postura favorável de TUCÍDIDES à *razão de Estado*, conforme entendimento igualmente consagrado por Thomas HOBBES, não significa a adoção de uma política belicista sem limites, pois isso configuraria justamente a *hybris*, a desmedida, responsável pela derrocada de Atenas ao fim da guerra do Peloponeso.

A centralidade histórica da *razão de Estado* e a sua perenidade, tanto no quadro do moderno sistema jurídico dos Estados quanto nas relações internacionais, justificam o seu reexame analítico frequente, sem que se possa falar em uma categoria política de algum modo ultrapassada.

[65] JAEGER, Werner. *Paideia – A Formação do Homem Grego*, op. cit. pp. 466-467.

Mesmo em um sistema internacional como o atual, cuja evolução jurídico-institucional, desde o advento da Carta das Nações Unidas, mostrou-se bastante significativa, ainda assim, sobretudo em questões relacionadas à guerra, a *razão de Estado* ainda tem papel predominante quando a segurança se coloca como justificativa imperiosa para a deflagração de uma ação militar. Embora diversos conflitos militares sejam, de forma reiterada, considerados ilegais perante a Carta das Nações Unidas, a *razão de Estado* persevera em demonstrar seu vigor ao desafiar as regras jurídicas de proibição da força nas relações internacionais.

Basta verificar que, em 2022, após décadas sem haver, na Europa, uma guerra de invasão guiada pela pura lógica da *razão de Estado*, a Rússia atacou a Ucrânia militarmente e iniciou uma guerra ilegal, sob a justificativa de violação de sua segurança, pela suposta extrapolação dos limites territoriais da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), envolvendo, especificamente, como causa próxima do conflito, a solicitação da adesão da Ucrânia à Aliança militar Atlântica, demonstrando, assim, a relevância perene do tema deste estudo.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Unb, 1979.

CHRISTODOULOU, Panos. Thucydides's Pericles. Between Historical Reality and Literary Representation. In: Thucydides Between History and Literature. Edited by Antonis Tsakmakis and Melina Tamiolaki. Göttingen: De Gruyter, 2013.

CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FINLEY, Moses I. *Appendix*. In: *History of Peloponnesian War*. Translated by Rex Warner with introduction and notes by M.I. FINLEY. London: Penguin Books, 1972.

HAU, Lisa Irene. *Moral History from Herodotus to Diodorus Siculus.*1st Edition. *Edinburgh*: Edinburgh University Press, 2016.

HOBBES, Thomas. *Leviatã – Ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *On the life and history of Thucydides*. In: http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=urn:cts:greekLit:tlg0003.tlg001.perseus-eng1:intro.3.

HORNBLOWER, Simon. *A Commentary on Thucydides Volume 2: Books IV-V 24*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

JAEGER, Werner. *Paideia – A Formação do Homem Grego*. Tradução de Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MEINECKE, Friedrich. *Machiavellism – The Doctrine of Raison D'État And Its Place in Modern History*. Translated from the German by Douglas Scott. New Haven: Yale University Press, 1962.

MILLS, Sophie. *Drama, Oratory and Thucydides in Fifth-Century Athens – Teaching Imperial Lessons*. New York: Routledge, 2020.

MORGENTHAU, Hans Joachim. *A Política entre as Nações – A Luta pelo Poder e pela Paz*. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

MORRISSON, James V., *Historical Lessons of Melian Episode*. In: *Transactions of American Philological Association*, 1974, vol. 130.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de História da Cultura Clássica. 1 Volume*. 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

PISTONE, Swergio. *Razão de Estado*. In: *Dicionário de Política*. (orgs. Norberto Bobbio, Nicola Mateucci, Gianfranco Pasquino). 13ª edição. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora UnB, 2016.

PLATÃO. *A República [ou sobre a justiça, diálogo político]*. Tradução de Anna Lia Amaral Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PRADO, Anna Lia Amaral de Almeida. *O Diálogo de Melos: o discurso do poder*. In: *R. História*, São Paulo, n. 121, ago/dez 1989.

RAWLINGS, Hunter R. *The Structure of Thucydides' History*. New Jersey: Princeton University Press, 1981.

ROMANO, Roberto. *Maquiavel e Maquiavelismos*. In: *Razão de Estado e Outros Estados da Razão.* São Paulo: Perspectiva, 2014.

_____. *Golpes e Razão de Estado*. In: *Razão de Estado e Outros Estados da Razão.* São Paulo: Perspectiva, 2014.

ROMMILY, Jacqueline de. *The Mind of Thucydides*. Translated by Elizabeth Trapnell Rawlings. Ithaca: Cornell University Press, 2012.

TAYLOR, Martha C. *Thucydides's Melian Dialogue .and Sicilian Expedition – A Student Commentary*. Norman: University of Oklahoma Press, 2019.

THUCYDIDES. *History of Peloponnesian War*. Translated by Rex Warner with introduction and notes by M.I. FINLEY. London: Penguin Books, 1972.

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Tradução do grego de Mario da Gama Kury. 4ª edição. Brasília: editora UnB, 1987.

WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars – A Historical Argument with Historical Illustrations*. Fourth edition. New York: Basic Books, 1977.

WALTZ, Kenneth N. *O homem, o estado e a guerra – uma análise teórica*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WASSERMANN, Felix Martin. *Melian Dialogue*. In: *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, Vol. 78 (1947)

DA INCIDÊNCIA DO ITCMD SOBRE O PLANO VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL) E O PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL) NA HIPÓTESE DE MORTE DO TITULAR DO PLANO – UMA BREVE ANÁLISE DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 1.214.

ITCMD IMPACT ON THE FREE BENEFIT GENERATOR LIFE PLAN (VGBL) AND THE FREE BENEFIT GENERATOR PLAN (PGBL) IN THE EVENT OF DEATH OF THE PLAN HOLDER – A BRIEF ANALYSIS OF THE TOPIC OF GENERAL REPERCUSSION 1.214.

Renata Teodoro Andreoli[66]

Resumo: Busca-se com o presente artigo expor em linhas gerais a problemática a ser solucionada pelo Supremo Tribunal Federal através da definição do Tema 1.214 com repercussão geral reconhecida acerca da incidência do ITCMD sobre o plano Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) e o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano. Além disso, objetiva destacar os principais argumentos em torno da solução da complexa questão do delineamento dessas figuras no plano do direito substantivo a fim de aclarar o debate em torno da (in)existência de fato imponível apto a deflagrar a hipótese de incidência do imposto. A normatização dos contratos em questão não permite divisá-los com a clareza suficiente e necessária para a atuação do interesse fiscal. As diversas particularidades ostentadas por cada uma das modalidades de contestação tornam dificultosa a compreensão da sua verdadeira natureza

[66] Artigo de autoria exclusiva.

jurídica – característica indispensável à correta interpretação do fenômeno tributário, regido pela estrita legalidade. É neste panorama em que se insere a discussão, atualmente travada perante o Supremo Tribunal Federal e em sede de Recurso Extraordinário afetado ao regime de Repercussão Geral. A controvérsia, para além de atual, é também relevante, não apenas do ponto de vista privado - são numerosos os contratos de VGBL e de PGBL, e interessa aos contratantes saber os efeitos tributários de seus negócios -, mas também no âmbito do direito público, ante o inequívoco interesse fiscal (e, indiretamente, social) na tributação de fatos signos presuntivos de riquezas. Neste contexto, far-se-á uma breve exposição sobre as características de cada um dos contratos, apontando-se as normativas de regência, para, na sequência, enfrentar a questão tal como colocada perante os tribunais, elencando os argumentos expostos pelos interessados e que, ao cabo, servem de condução para a discussão ventilada na Corte Suprema.

Palavras-chave: ITCMD. VGBL. PGBL. Tema 1214.

Abstract: The aim of this article is to present in general lines the problem to be solved by the Federal Supreme Court through the definition of Theme 1.214 with recognized general repercussions regarding the incidence of the ITCMD on the Vida Generador de Benefício Livre (VGBL) plan and the Free Benefit Generator Plan (PGBL) in the event of the death of the plan holder. In addition, it aims to highlight the main arguments around the solution of the complex issue of delineating these figures in terms of substantive law in order to clarify the debate around the (in)existence of an impositionable fact capable of triggering the hypothesis of levy of the tax. The standardization of the contracts in question does not allow them to be clearly and clearly enough for the fiscal interest to act. The various particularities displayed by each of the contestation modalities make it difficult to understand their true legal nature – an essential characteristic for the correct interpretation of the tax phenomenon, governed by strict legality. It is in this scenario that the discussion, currently held before the Federal Supreme Court and in the context of an Extraordinary Appeal affected by the General Repercussion regime, is inserted. The controversy, in addition to being current, is also relevant, not only from a private point of view - VGBL and PGBL contracts are numerous, and it is in the interest of contracting parties to know the tax effects of their businesses -, but also within the scope of public law, given the unequivocal fiscal (and, indirectly, social) interest in the taxation of presumptive signs of wealth. In this

context, a brief exposition will be made on the characteristics of each of the contracts, pointing out the governing norms, in order to, in the sequence, face the question as placed before the courts, listing the arguments presented by the interested parties and which, in the end, serve as a conduit for the discussion ventilated in the Supreme Court.

Keywords: ITCMD. VGBL. PGBL. Theme 1214.

INTRODUÇÃO

A presente exposição busca aclarar a controvérsia submetida à afetação pelo regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.114) acerca da incidência ou não do Imposto Sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) sobre a percepção dos benefícios de PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre) e VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) pelos sucessores do segurado.

A discussão envolve a análise do alcance da hipótese de incidência do tributo previsto no art. 155, I, da Constituição Federal, o delineamento de algumas características do PGBL e do VGBL e a exposição da celeuma sobre o amoldamento dos benefícios gerados aos sucessores no suporte legal necessário à tributação.

Em primeiro lugar, há de se rememorar brevemente o conceito de hipótese de incidência tributária e, especificamente quanto ao ITCMD, quais ocorrências no mundo fenomênico têm aptidão ao amoldamento na regra matriz respectiva a gerar a obrigação tributária.

Em segundo lugar, deve se analisar alguns argumentos em torno das naturezas jurídicas do PGBL e VGBL para compreensão da dificuldade de enquadramento jurídico dessas figuras e, consequentemente, a celeuma a ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, traz-se apontamentos sobre algumas conclusões jurisprudenciais até agora obtidas sobre o tema.

1. **LINHAS GERAIS DA CONTROVÉRSIA POSTA NO TEMA 1.114**

A questão envolve a análise da (in)constitucionalidade da incidência do Imposto Sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos sobre os benefícios gerados aos sucessores de um participante/segurado dos planos de previdência privada nas modalidades VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) e PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre).

Como decorrência lógica dos limites a serem respeitados pelo Fisco na atividade tributária, a tributação de eventos ocorridos no mundo fenomênico depende do conteúdo, alcance e formas do direito privado – obstáculo expressamente previsto pelo Código Tributário Nacional[67].

A dificuldade se encontra na multiplicidade desses conceitos e formas de direito privado – que nascem e se desenvolvem a cada dia com maior velocidade – como decorrência da atipicidade contratual e da autonomia privada. Esses conceitos, de seu turno, nem sempre se amoldam com perfeição a um ou outro modelo contratual legalmente existente. Em contrapartida, o Fisco deve obediência a rígidos princípios – com destaque à necessidade de lei em sentido estrito – para impor tributação sobre cada nova figura – ou nem sempre muito nova, como na situação em exame – surgida enquanto manifestação de riqueza pelo contribuinte.

Em relação aos planos de previdência privada nas modalidades PGBL e VGBL, o ponto fulcral da controvérsia sobre a incidência (ou não incidência) do ITCMD gira em torno da natureza jurídica atribuída a essas figuras.

Em relação ao VGBL, as entidades de previdência complementar de natureza aberta (EAPC) sustentam, em linhas gerais, que se trata de uma modalidade de seguro de vida - infensa à incidência do

[67] Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

ITCMD, portanto, por não se tratar de herança, à luz do Código Civil[68]. Havendo morte do segurado, o pagamento do capital ocorre por disposição contratual autônoma, que consubstancia direito próprio dos beneficiários; é dizer, não há *transmissão de patrimônio*, mas o nascedouro de um direito de crédito autônomo dos sucessores face à entidade de previdência.

De outro lado, o Fisco defende que o VGBL não se equipara a seguro de vida, na medida em que contém apenas uma *garantia de sobrevivência* – e não de morte. Isto é, no caso da previdência com cobertura de sobrevivência, o destinatário do capital reservado é o próprio segurado. Se ele falece antes da percepção do capital a ele reservado, o pagamento do capital aos sucessores representa *transmissão*, suscetível ao ITCMD, portanto.

Em relação ao PGBL, as entidades de previdência complementar têm defendido a não incidência do imposto, na medida em que *não haveria qualquer patrimônio ou bem* de titularidade do segurado quando de sua morte. As contribuições vertidas pelo participante/segurado durante o período de diferimento pertencem ao fundo administrado pela entidade complementar – por determinação legal e regulamentar, diga-se de passagem – que gere o patrimônio no mercado financeiro e aplica os resultados na manutenção do sistema previdenciário em regime de capitalização atuarial.

Além disso, durante o período de diferimento, o participante verte as contribuições e tem expectativa de direito em relação ao gozo de benefício. Quando houver cláusula de reversibilidade aos beneficiários, somente com a morte há direito adquirido, isto é, não há transmissão qualquer.

O Fisco vem sustentando que o PGBL é uma aplicação financeira que se transmite aos beneficiários com a morte do segurado. E, sendo aplicação financeira transmitida pelo evento morte, incidiria o ITCMD.

[68] Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[69] tem se orientado na compreensão de que o VGBL tem natureza de seguro de vida, devendo obedecer a regime jurídico tributário semelhante - escapando, então, da hipótese de incidência do ITCMD -, ao passo que o PGBL teria natureza jurídica de aplicação financeira, sujeita, portanto, à tributação.

Nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº. 0008135-40.2016.8.19.0000 - oriunda do Estado do Rio de Janeiro e que gerou o recurso extraordinário 1363013 (*Leading case* do Tema ora tratado) -, foram postas em debate diversas teses acerca do tema.

O Estado do Rio de Janeiro previu, por meio da Lei 7.174/15, a tributação pelo ITCMD dos benefícios gerados em favor dos sucessores em caso de morte do participante/segurado titular. Veja-se:

> Art. 23. Na transmissão causa mortis de valores e direitos relativos a planos de previdência complementar **com cobertura por sobrevivência,** estruturados sob o regime financeiro de capitalização, **tais como Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) ou Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL),** para os beneficiários indicados pelo falecido ou pela legislação, a base de cálculo é:
>
> I – **o valor total das quotas dos fundos** de investimento, vinculados ao plano de que o falecido era titular na data do fato gerador, se o óbito ocorrer antes do recebimento do benefício; ou
>
> II – **o valor total do saldo da provisão matemática de benefícios concedidos,** na data do fato gerador, se o óbito ocorrer durante a fase de recebimento da renda.

[69] V. REsp nº 1.961.488 - RS (2021/0000436-8) relator(a): Min. ASSUSETE MAGALHÃES - SEGUNDA TURMA

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no mérito, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados, declarando a constitucionalidade da incidência de ITCMD na situação em exame no caso do PGBL e a inconstitucionalidade da tributação em se tratando de VGBL. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.

Na Suprema Corte, a descrição do tema restou, por fim, assim delineada[70]:

> Descrição: Recursos extraordinários em que se discute, à luz dos artigos 125, § 2º, e 155, I, da Constituição Federal, **se o contexto do qual resulta a percepção de valores e direitos relativos ao PGBL e VGBL pelos beneficiários, em razão do evento morte do titular desses planos, consiste em verdadeira "transmissão causa mortis", para efeito de incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD)**, haja vista acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que declarou a inconstitucionalidade da incidência do tributo sobre o VGBL, mas a constitucionalidade da incidência sobre o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL).

2. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA E ITCMD

Segundo Geraldo Ataliba, "a hipótese de incidência é a descrição hipotética e abstrata de um fato. É parte da norma tributária. É o meio pelo qual o legislador institui um tributo."[71]

[70] https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1214

[71] ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p 66

Sequencialmente, ensina que o fato imponível "há de ser um fato concreto ocorrido *hit et nunc*, no mundo fenomênico, como acontecimento fático, sensível, palpável, concreto, material, apreensível e que corresponde à 'imagem abstrata' como diz A. D. Giannini que dele faz a lei"[72]. E prossegue: "fato imponível é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico que – por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h.i legal – dá nascimento à obrigação tributária".[73]

Assim, a relação entre fato imponível e hipótese de incidência é de subsunção e correspondente geração da obrigação tributária. Não havendo o amoldamento da ocorrência no mundo dos fatos à hipótese abstratamente prevista como apta a deflagrar a obrigação tributária, não há se falar em fato relevante ao direito tributário.

No caso do ITCMD, Soares de Melo, tratando da materialidade do imposto, ensina que "incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito (I) havido por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória; (II) por doação; ocorrendo tantos fatos geradores distintos quanto forem os herdeiros, legatários ou donatários". [74]

Por definição, ocorre sucessão na hipótese em que uma pessoa *assume o lugar da outra*, *substituindo-a* na titularidade de determinados bens, direitos e obrigações[75]. Trata-se, portanto, de situação de *continuidade* de direito – e não de direito novo. Isso significa que, embora haja nova titularidade dos bens e direitos transmitidos pela morte, o direito é o mesmo; há *continuação* do direito. Tanto é assim que os herdeiros e legatários sucedem os direitos do falecido tal como são e estão. Vale a máxima latina de que ninguém pode transferir mais direitos do que tem (*nemo plus ius ad alium transferre quam ipse habet*).

A discussão em exame envolve justamente a questão da *transmissão*: ao passo que o Fisco defende que com a morte do titular – seja

[72] ATALIBA, Geraldo. op. cit. p.66

[73] ATALIBA, Geraldo. op. cit. p.68

[74] PAULSEN, Leandro. Impostos federais, estaduais e municipais /Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10 ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. P. 256

[75] TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das sucessões. 6. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1991. p. 25.

no VGBL, seja no PGBL – há *transmissão* do benefício/capital remunerado, as EAPC sustentam que há direito novo dos sucessores - no caso do VGBL porque não se trata de herança (natureza securitária), havendo simplesmente a ocorrência do sinistro e implemento do direito de crédito contra a entidade, e no caso do PGBL porque o capital não pode ser entendido como se *titularidade* do participante/segurado; não sendo dele o patrimônio, não pode transmiti-lo.

3. VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE E PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE

Como mencionado acima, do debate veiculado na ação direta julgada pelo Tribunal Carioca do Tema ora tratado foram trazidas pelos interessados algumas interpretações possíveis acerca do tema.

Sem a menor pretensão de exaurir o debate nesta curtíssima exposição, mas apenas com o fito de sintetizar o estudo do tema – que, apesar de não ser exatamente recentíssimo, permanece atual por ser de algum modo nebuloso –, passo a elencar um pequeno resumo dos argumentos ventilados.

Segundo informação extraída do sítio da SUSEP[76]:

> VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são **aqueles por sobrevivência** (**de seguro de pessoas** e de **previdência complementar** aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. **O primeiro (VGBL) é**

[76] https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/providencia-complementar-aberta/pgbl-vgbl

> **classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar.**
>
> A principal diferença entre os dois planos reside no tratamento tributário dispensado a um e a outro. Em ambos, o Imposto de Renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no VGBL o Imposto de Renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda.

Ademais, o Vida Gerador de Benefício Livre é assim definido pela Resolução 140/05 do Conselho Nacional de Seguros Privados:

> Art. 7º. (...)
>
> I – Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável; (...)

Já o Plano Gerador de Benefício Livre é definido da seguinte forma na Resolução 349/17:

> Art. 7º Em função da cobertura por sobrevivência, os planos serão dos seguintes tipos:

> I – Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável;

De início, note-se que apesar de as Resoluções CNSP catalogarem o VGBL como uma modalidade de seguro privado e o PGBL como uma modalidade de previdência, ao que parece, emprestam-lhes praticamente o mesmo conceito.

Daí a se acirrarem os debates em torno do tema.

Em linhas gerais, no que toca ao VGBL, a autora pede pela declaração de inconstitucionalidade da tributação veiculada pela lei estadual carioca porque defende que o VGBL tem natureza de seguro. Em sendo seguro, há incidência das disposições do Código Civil (notadamente o artigo 794) no sentido de que o pagamento do benefício não se considera herança para fins de tributação. Com a morte do segurado/titular ocorre simplesmente o sinistro – concretização do evento coberto pela álea - e há direito novo, direto e próprio dos sucessores.

A Federação Nacional de Seguros Privados - FENASEG – admitida como *amicus curiae* na ação objetiva – acrescenta densificações interessantes à tese.

Além de mencionar o entendimento do CNSP e da SUSEP – que catalogam o VGBL como modalidade de seguro em seus atos normativos – menciona que o segurado aporta recursos com versão de valores à seguradora, com vistas à cobertura de dois riscos específicos: a "morte" do segurado, que gera direito ao recebimento de benefício por terceiro indicado, e a própria "sobrevida" do participante, gerando à seguradora o dever de indenizá-lo. Dessa forma, o risco coberto pelo VGBL e demais planos citados amolda-se àquela álea assegurada no contrato de seguro, na medida em que impossível delimitar o momento temporal da ocorrência do

sinistro. Portanto, do ponto de vista do risco coberto, ou riscos — objeto do seguro —, o VGBL seria espécie securitária.

Além disso, sob a perspectiva dos prêmios o VGBL também seria seguro. Isso porque os prêmios pagos pelos segurados deixam de constituir patrimônio destes e, juntamente com os rendimentos obtidos com sua aplicação pela seguradora, passam a se situar na esfera patrimonial desta última, possuindo o segurado ou seu(s) beneficiário(s) mero direito de crédito quando da superveniência de determinadas situações. Do advento da álea nascem relações jurídicas novas entre segurado(s), beneficiário(s) e seguradora: direito creditício daquele em relação a esta que nasce de expressa disposição contratual (o seguro).

Diz-se que não se pode definir a natureza jurídica de um instituto partindo da perspectiva do seu regime de financiamento. Costumeiramente, as coberturas de morte e invalidez seguem a lógica do mutualismo e repartição simples. E é verdade que os planos com cobertura por sobrevivência são estruturados sob regime de capitalização. Isso significa que há a formação de contas individuais e que a seguradora indeniza mediante uma renda programada no caso de sobrevivência eventualmente com reversibilidade a certos beneficiários caso o contratante venha a óbito. Os prêmios e rendimentos são pagos por decorrência da aplicação desses recursos no mercado de capitais. Não são aplicações financeiras comuns de regime de varejo feitas pelo segurado, em que há incidência do ITCMD.

Grosso modo, se o titular vive até uma determinada data (sobrevivência) há o implemento de uma renda programada. No entanto, se ele morre antes de certa data (evento morte), há reversibilidade do patrimônio em favo dos beneficiários. Portanto, há o estabelecimento direto e contratual de uma reversibilidade se ocorre o evento morte – não sobrevivência. Assim, há uma garantia securitária direta mesmo no caso de morte. O evento morte define a reversibilidade, não a sobrevivência.

O VGBL se assentaria, sob essa linha de argumentação, sobre dois riscos: morte no curso de determinado período de tempo e a sobrevivência acima da expectativa projetada para a fase. É a morte que dá o direito ao capital segurado. Não concretizadas as áleas, há expectativa de direito.

Assim, nesse caso, o que se verifica é que há direito de crédito (indenização). Por regime de capitalização e apuração individualizada. As provisões matemáticas não são patrimônio pessoal do segurado a caracterizarem sucessão. Ocorre o repasse da reserva por simples indicação e débito em conta. Caso fosse herança, haveria submissão a processo de inventário.

De outro lado, o Fisco sustenta que não se confundem o seguro de vida para o caso de morte com o plano de vida com cobertura por sobrevivência. O pagamento de seguro de vida por morte é o inverso de seguro por sobrevivência.

Em linhas gerais, o argumento fazendário fia-se na premissa de que morte não se confunde com sobrevivência. A morte seria justamente o sinistro no seguro de vida. Nesse caso, é mesmo direito próprio dos sucessores o direito de crédito e a indenização. Isso porque o segurado, no seguro de vida, jamais será o beneficiário. A morte representará o sinistro que dá direito ao pagamento *diretamente* aos sucessores – jamais ao segurado.

Já no caso da previdência privada com cobertura de sobrevivência, o destinatário do capital reservado é o próprio segurado. Se ele vive para além de determinada data, há o implemento da renda. Se ele falece antes da percepção do capital a ele reservado, o pagamento do capital aos sucessores representa *transmissão*, suscetível de ITCMD, portanto.

Assim, na linha de intelecção exposta pelo Fisco, não há motivo para se dizer que VGBL seja seguro de vida. Isso porque no caso daquele que verteu contribuições durante um ano, por exemplo, e morreu, os sucessores receberão apenas as contribuições vertidas somadas à remuneração do capital acumulado (não indenização). O óbito não acarreta o pagamento de indenização contratada - muitas vezes de valor muito superior aos prêmios – mas apenas o pagamento das contribuições vertidas somadas à remuneração do capital. Dessa forma, se o óbito não gera pagamento de indenização é porque não é sinistro, como sustentado pelos autores da ação direta.

Além do mais, segundo o Fisco, o VGBL também é poupança previdenciária, à qual *pode ser acoplado* um seguro por sobrevivência. E seguro de sobrevivência, como sustentado nessa linha de argumentação, não é seguro de vida.

Já em relação ao PGBL, segundo a FENASEG, também não se trata de herança.

A amiga da corte pauta sua exposição em dois pontos principais: a uma, diz que o PGBL não se trata de um bem ou direito *do titular*. O saldo de provisão matemática de benefícios a conceder não é propriamente bem ou direito antes de implementados os requisitos necessários à conversão – seja em benefício de renda complementar, seja em resgate em favor de beneficiários caso o instituidor faleça antes do recebimento do benefício. A duas porque, na eventualidade do óbito do contratante, há encerramento da relação contratual com o titular e inicia-se nova obrigação contratual com os beneficiários, a gerar direito de crédito. São relações contratuais diversas.

Sobre o primeiro ponto, – o de que as cotas vertidas não são simples patrimônio do segurado –, isso ocorre porque as cotas devem ser adquiridas e tituladas pela EAPC e os recursos *devem* ser aplicados durante a fase de provisão matemática de benefícios a conceder.

Essa lógica se reafirma pelo fato de os benefícios seguirem regime de capitalização atuarial (os recursos não usados em razão da morte antecipada de alguns segurados são destinados a cobrir o pagamento de benefícios daqueles que não morrem dentro do prazo "esperado"). Não há um patrimônio "destacado", pertencente ao titular. Não são sequer conhecidos os recursos que seriam supostamente "transmitidos" ao beneficiário, de forma que não se trata de uma simples "compra de ativos financeiros".

A FENASEG ressalta, ainda, que há duas formas de recebimento do PGBL. A primeira é o próprio recebimento da previdência complementar. A segunda se faz por direito de resgate (voluntário ou por morte). O resgate não permite a *transferência* do direito acumulado, mas somente sua *realização.*

Em suma, se não há patrimônio de titularidade do beneficiário, não há ITCMD, posto que a tributação exige a transmissão *causa mortis* de patrimônio do titular.

Em relação segundo ponto – no sentido de que há nova relação contratual em relação aos sucessores –, aduz a FENASEG que, durante o período de diferimento, o participante verte as contribuições (período de diferimento) e tem expectativa de direito em relação ao gozo de benefício.

Quando houver cláusula de reversibilidade aos beneficiários, somente com a morte há direito adquirido (não há, portanto, transmissão qualquer).

Esse recebimento em razão da morte pode ocorrer de duas formas: caso ocorra no período de diferimento do plano, à vista, pelo resgate ou sob a forma de renda mensal programada, caso a morte ocorra durante o recebimento do benefício. O direito à percepção nasce *independentemente* de o titular do plano estar ou não recebendo o benefício – sendo direito novo, em conclusão.

O Fisco, por outro lado, permanece firme no argumento de que o PGBL se assemelha a aplicação financeira e que quando há morte do beneficiário, há transmissão de direitos aos sucessores, tal como sustenta em relação ao VGBL.

CONCLUSÕES

A definição da incidência de ITCMD sobre o montante de benefícios gerados em casos de morte do segurado nos planos de previdência privada sob regimes de PGBL e VGBL não é de simples exame.

O estudo perpassa pela nebulosa controvérsia jurídica acerca da natureza jurídica e correto enquadramento dessas figuras no âmbito do direito privado, na medida em que o direito tributário se relaciona intimamente com os conceitos, fórmulas e espécies daquele primeiro. Além disso, deve-se ter sempre em mente a extensão da base imponível trazida no artigo 155, I, da Constituição Federal, que não pode alcançar fatos que não se encontram sob o abrigo normativo da hipótese de incidência, sob pena de inconstitucionalidade da tributação.

Ao fim e ao cabo, a principal questão parece estar em torno da seguinte pergunta: a morte do titular do plano de previdência privada com cobertura de sobrevivência – como são exemplos o PGBL e o VGBL – enseja um direito novo dos sucessores à percepção dos benefícios ou trata-se de hipótese de *transmissão* de direitos, apta a deflagrar a incidência do fato gerador do tributo *causa mortis*?

Em síntese, a definição do tema pelo Supremo Tribunal Federal teoricamente deverá se pautar nesse questionamento, bem como na solução de alguns outros aspectos ainda não muito esclarecidos a respeito dessas figuras de previdência complementar.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PAULSEN, Leandro. Impostos federais, estaduais e municipais /Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10 ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das sucessões. 6. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1991

O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. UMA ABORDAGEM ATUALIZADA DA JURISPRUDÊNCIA

REDIRECTIN OF FISCAL EXECUTION. AN UPDATED APPROACH TO JURISPRUDENCE

Valdiane Kess Soares dos Santos

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema do redirecionamento das execuções fiscais aos sócios-administradores, sob o viés do tratamento dado pela jurisprudência do STJ ao tema. Por meio dessa abordagem, busca-se vislumbrar os requisitos ensejadores da responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quando estes, através de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, ao contrato social ou estatutos, fizerem surgir créditos correspondentes a tais práticas.

Palavras-Chave: desconsideração, personalidade jurídica, Disregard Doctrine, redirecionamento. Execução fiscal.

Abstract: The present work aims to address the subject of redirecting tax foreclosures to managing partners, under the bias of the treatment given by the STJ jurisprudence to the subject. Through this approach, we seek to glimpse the requirements that give rise to the responsibility of directors, managers or representatives of legal entities governed by private law, when these, through acts performed with excess of powers or violation of the law, the social contract or statutes, do credits corresponding to such practices arise.

Keywords: disregard. legal entity. redirection. Tax enforcement.

1. DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FICAL PARA OS SÓCIOS-ADMINISTRADORES

1.1 Histórico

O Sistema de Execução Fiscal disciplinada pela Lei 6.830/80 não tem como objetivo principal definir de quem é a responsabilidade pela obrigação tributária, mas tão-somente, expropriar os bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor.

Antes de analisar o atual tratamento dado ao redirecionamento da execução aos sócios, impende analisar como se tratava o tema nos tribunais.

Realizada a hipótese de incidência e não satisfeita a obrigação fiscal pela pessoa jurídica, desde que devidamente constituído o respectivo crédito tributário através do lançamento – com descarte das hipóteses que lhe suspendem a exigibilidade (art. 151, CTN).

Essa sistemática tem sido aplicada pelo Fisco quando da persecução de seu crédito. Contudo, o que se observa é que o mesmo não ocorre quanto a questão da reiterada e pretensa responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes/dirigentes por débito fiscal societário.

Em decorrência disso, tornou-se comum pedir o redirecionamento da execução fiscal para os sócios-administradores da empresa executada sempre que constatado que a mesma não possua patrimônio suficiente para satisfazer o débito existente. Não se questiona, sequer, o cabimento dessa medida que geralmente se operacionaliza por pedido incidental efetuado nos próprios autos (modo de operação), *de forma independente de qualquer medida judicial específica ou formação de nova relação processual.* [77]

[77] TAVARES, Alexandre Macedo. Op. Cit. p. 17.

Nesse sentido é o julgado do Supremo Tribunal Federal:

> "EXECUÇÃO FISCAL. BENS PARTICULARES DE SÓCIO DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.
>
> Não se exige a inscrição do nome do sócio-gerente, ou responsável para que contra ele se exerça a ação fiscal. Mas só se admite a responsabilidade do sócio-gerente ou responsável, principalmente se agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN). Orientação da Corte."
>
> (Recurso Extraordinário n° 107.32/RJ, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Oscar Correia, j. em 22.10.1985, DJU de 14.11.1985, p. 20.571.

1.2 Abordagem atual da jurisprudência sobre o redirecionamento da execução fiscal

Na atualidade, com o advento dos temas 981 e 962, o tema foi pacificado no STJ, de modo que restou assim previsto o redirecionamento da execução:

> *TEMA 981: "O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio, com poderes de administração na data em que configurada ou presumida a dissolução irregular, ainda que não tenha exercido poderes de gerência quando ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido, conforme art. 135, III, do CTN".*

> *TEMA 962: O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, não pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio que, embora exercesse poderes de gerência ao tempo do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retirou e não deu causa à sua posterior dissolução irregular, conforme art. 135, III, do CTN.*

Prima facie, impende destacar a Súmula 430 do STJ que entende que apenas o não pagamento dos tributos pelos sócios-gerentes ou administradores na época dos fatos geradores seria insuficiente para que haja o redirecionamento da execução fiscal.

A fortiori, o redirecionamento em razão de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei que caracterizam a dissolução irregular não podem ser considerados mero inadimplemento do tributo.

De outra forma, não se redireciona pela mera inadimplência do crédito tributário, conforme dispõe a Súmula 430 do STJ *"O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade do sócio-gerente"*, mas pelas situações previstas no art. 135, caput, do Código de Processo Civil, que seria o excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatutos.

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça editou a da Súmula 435 que trata da ocorrência da dissolução irregular como infração de lei, tendo por resultado o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente ou administrador pelo encerramento das atividades da pessoa jurídica sem o cumprimento das normativas empresariais, no sentido de que *"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"*.

O que se observa da análise do que foi exposto, considera-se a presunção da dissolução irregular da empresa quando constatado pelo operador da justiça que a empresa executada deixou de funcionar no seu endereço e sem comunicar os órgãos oficiais, o que ensejaria o redirecionamento da execução fiscal para os sócios condicionada à comprovação que exerciam poderes de administração ou gerência.

Nesses termos, para o erário público a data do fato gerador ou vencimento do tributo não seria o termo para definir eventual responsabilidade pela dissolução irregular e o redirecionamento da execução fiscal, uma vez que o que ocasiona a responsabilização tributária seria a infração da lei, perfectibilizada na dissolução irregular ou a sua presunção.

Impende ainda declinar o Tema 444 com o fim de encerrar qualquer cizânia jurisprudencial que eventualmente houvesse sobre a temática.

> *TEMA 444: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual;*
>
> *(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo*

> *Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,*
>
> *(iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.*

Não é outro o entendimento da jurisprudência do STJ a respeito do tema.

> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA DE NATUREZA REPETITIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015.* ***INOCORRÊNCIA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL, NA HIPÓTESE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE DE SEREM CONSIDERADOS COMO RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS OS SÓCIOS OU OS TERCEIROS NÃO SÓCIOS QUE, APESAR DE EXERCEREM A GERÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA, À ÉPOCA DO FATO GERADOR, DELA REGULARMENTE SE AFASTARAM, SEM DAR CAUSA À SUA POSTERIOR DISSOLUÇÃO IRREGULAR.***

TEMA 962/STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015, aplicando-se, no caso, o Enunciado Administrativo 3/2016, do STJ, aprovado na sessão plenária de 09/03/2016 ("Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do Novo CPC").

Com o advento do CPC/2015, o rito de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos passou a ser estabelecido nos arts.

1.036 a 1.041 do referido diploma normativo, aplicáveis ao caso. Em consonância com o disposto no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e no art. 256, caput, do RISTJ, previu-se a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, exigência cumprida, no caso, em razão de também terem sido afetados os Recursos Especiais 1.377.019/SP e 1.787.156/RS, que cuidam do mesmo tema 962/STJ.

II. No acórdão recorrido, ao manter a decisão monocrática do Relator, em 2º Grau, que, com fundamento no art. 557, caput, do CPC/73, negara seguimento ao Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda Nacional, o Tribunal de origem confirmou o decisum que, nos autos da Execução Fiscal, havia indeferido o requerimento de inclusão, no polo passivo do feito executivo, de sócios que, embora tivessem poder de gerência da pessoa jurídica executada, à época do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se afastaram, sem dar causa, portanto, à sua posterior dissolução irregular. O acórdão recorrido não registra e a recorrente não alega a prática de qualquer ato ilícito, pelos ex-sócios, quando da ocorrência do

fato gerador. No Recurso Especial a Fazenda Nacional sustenta a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal, na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica executada, contra os sócios que exerciam a sua gerência ao tempo do fato gerador e dela regularmente se retiraram, antes da sua dissolução irregular, não lhe dando causa.

III. A controvérsia ora em apreciação, submetida ao rito dos recursos especiais representativos de controvérsia, nos termos dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, restou assim delimitada:

"Possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que, apesar de exercer a gerência da empresa devedora à época do fato tributário, dela regularmente se afastou, sem dar causa, portanto, à posterior dissolução irregular da sociedade empresária" (Tema 962/STJ).

IV. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

V. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito dos recursos repetitivos, o Recurso Especial 1.101.728/SP (Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 23/03/2009), fixou a tese de que "a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa" (Tema 97 do STJ). No mesmo sentido dispõe a Súmula 430/STJ ("O inadimplemento da

obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente").

VI. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, à luz do art. 135, III, do CTN, não se admite o redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada, contra o sócio e o terceiro não sócio que, embora exercessem poderes de gerência ao tempo do fato gerador, sem a prática de ato com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retiraram e não deram causa à sua posterior dissolução irregular. Precedentes do STJ:

EREsp 100.739/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 28/02/2000; EAg 1.105.993/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2011; AgRg no Ag 1.346.462/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/05/2011; REsp 1.463.751/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2014; AgRg no AREsp 554.798/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2014; AgRg no REsp 1.441.047/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/09/2014.

VII. A própria Fazenda Nacional, embora, a princípio, defendesse a responsabilização do sócio-gerente à época do fato gerador, curvou-se à tese prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, como se depreende da alteração da Portaria PGFN 180/2010, promovida pela Portaria PGFN 713/2011.

*VIII. Tese jurídica firmada: "**O redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, não pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio***

> ***que, embora exercesse poderes de gerência ao tempo do fato gerador, sem incorrer em prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, dela regularmente se retirou e não deu causa à sua posterior dissolução irregular, conforme art. 135, III, do CTN."***
>
> *IX. Caso concreto: Recurso Especial improvido.*
>
> *X. Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).*
>
> *(REsp n. 1.776.138/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 24/11/2021, DJe de 1/12/2021.)*

Nessa ordem de ideias, conclui-se que é possível inferir que a jurisprudência do STJ se construiu no sentido de que não seria suficiente que houvesse o mero inadimplemento de dívidas tributárias pela pessoa jurídica para justificar o redirecionamento da execução fiscal ao sócio administrador ou gerente. De sorte que a dissolução irregular apenas será infração à lei, nos termos do art. 135, caput, do CTN, se comprovada a não localização da pessoa jurídica em seu domicílio fiscal, bem como a eventual ausência de comunicação aos órgãos competentes de modo a ensejar a presunção de dissolução irregular.

1.3 Do cabimento dos Embargos e da Objeção de pré-executividade.

Frente à situação apresentada, cabe ao sócio-gerente, na tentativa de se defender, fazer uso do remédio processual específico de oposição à execução, qual seja– os embargos – mormente quando ausente qualquer prática de atos dolosos ou fraudulentos realizados em nome da sociedade.

Devemos reiterar que a violação à lei, ao contratou ao estatuto não é presumida, exigindo-se prova concreta de que o sócio-gerente ou diretor agiu culposa ou dolosamente na administração da empresa.

Tendo em vista que a legislação comercial afasta a responsabilidade objetiva do sócio ou administrador, não há porque se imaginar que seria diferente o objetivo do art. 135 do CTN, que trata da responsabilidade tributária por substituição.

Nesse contexto defende-se a possibilidade de cabimento de uma outra forma de defesa, qual seja a objeção de não-executividade (ou pré-executividade), que é um remédio jurídico que propicia ao executado, no início da lide, e independente de garantia do juízo, manifestar-se acerca da existência de vícios fundamentais, como por exemplo, ausência das condições da ação, ou mesmo ausência dos pressupostos de existência válida ou de desenvolvimento regular do processo.

Ressalte-se que a objeção de pré-executividade não tem, claro, o mesmo âmbito de atuação, restringindo-se às argüições que possam ser conhecidas *ex-officio* pelo julgador, em razão de seu conteúdo de ordem pública. Por isso ser melhor a denominação Objeção de Pré-executividade à Exceção de Pré-executividade, como, se popularizou.

CONCLUSÃO

Impende reconhecer que a jurisprudência é predominante no sentido de que não seria suficiente que houvesse o mero inadimplemento de dívidas tributárias pela pessoa jurídica para justificar o redirecionamento da execução fiscal ao sócio administrador ou gerente. Nesse diapasão, infere-se que há limites ao reconhecimento da dissolução irregular, que apenas será infração à lei, nos termos do art. 135, caput do CTN, se a não localização da pessoa jurídica em seu domicílio fiscal for coadunada com eventual ausência de comunicação aos órgãos competentes, o que ensejaria a presunção de dissolução irregular.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz do Direito Civil - Constituiconal**, tese, 418.,UERJ,2003.

AMARO, Luciano**.** ***Direito tributário brasileiro***. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. ***Direito tributário brasileiro***. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra (Colaborador). ***Comentários à constituição do Brasil*** *(Promulgada em 5 de outubro de 1988)*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECHO, Renato Lopes. **A Responsabilidade Tributária e o Novo Código Civil**. In: Eduardo de Carvalho Borges (Coordenador). Impacto Tributário do Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BIANCO, João Francisco. **O Planejamento Tributário e o Novo Código Civil**. In: Eduardo de Carvalho Borges (Coordenador). Impacto Tributário do Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Alguns Reflexos do Código Civil no Direito Tributário**. In: Betina Treiger Grupenmacher (Coordenadora). Direito Tributário e o Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

TAVARES, Alexandre Macedo. Op. Cit. p. 17.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.410, p.12-24, dez.1969.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN: TENSION BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS

Renato Zanco Bueno[78-79]

Resumo: Busca-se com o presente artigo tratar, de modo sucinto, dos contornos do debate relativo a um pretenso direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Sem a ousadia de esgotar o tema – que gerou e gera profícuos estudos e discussões –, parte-se da compreensão que atualmente se empresta aos direitos da personalidade, do seu enquadramento jurídico, de sua posição e de sua proteção perante a Constituição Federal, bem como das tensões perante outros direitos e da forma de enfrentamento e solução destes atritos. Por fim, far-se-á uma análise pontual do entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal em julgados paradigma envolvendo os limites dos direitos à intimidade, à honra e à privacidade de um lado e, de outro, o direito à informação e a liberdade de manifestação do pensamento. O tema, de seu turno, ostenta relevância e atualidade, na medida em que o crescente e acelerado acesso à informação tem o condão alterar a dinâmica outrora consolidada entre os direitos da personalidade e os direitos – de cariz social – referentes à informação. Nesta esteira, bem compreender o tratamento atualmente dado à matéria é essencial para que novos embates – que a cada dia se tornam mais comuns no Poder Judiciário – possam ser solucionados de modo consentâneo às regras postas pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direitos Fundamentais. Jurisprudência.

---

[78] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduação *lato sensu* em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP).

[79] Artigo de autoria exclusiva do autor.

Abstract: The aim of this article is to deal, briefly, with the contours of the debate regarding an alleged right to be forgotten in the Brazilian legal system. Without the audacity of exhausting the theme – which generated and still generates fruitful studies and discussions –, it starts from the understanding that currently lends itself to the rights of the personality, its legal framework, its position and its protection before the Federal Constitution, as well as as well as the tensions before other rights and the way of confronting and solving these frictions. Finally, a punctual analysis will be made of the understanding established by the Superior Court of Justice and by the Federal Supreme Court in paradigm judgments involving the limits of the rights to intimacy, honor and privacy on the one hand and, on the other, the right to information and freedom of expression of thought. The theme, in turn, is relevant and up-to-date, as the growing and accelerated access to information has the power to change the once consolidated dynamics between personality rights and rights – of a social nature – referring to information. In this wake, a good understanding of the treatment currently given to the matter is essential so that new clashes – which are becoming more common in the Judiciary Power every day – can be resolved in a manner consistent with the rules established by the Federal Constitution.

Keywords: Right to be Forgotten. Fundamental rights. Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

Em um contexto em que o acesso à informação é facilitado, especialmente pelo avanço da internet e dos meios de comunicação, é natural que o interesse social no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, um direito fundamental, venha a se chocar com o interesse particular decorrente da proteção à vida privada, à intimidade e à privacidade – direitos da personalidade de igual estatura constitucional.

Nesta toada, é possível se abordar a existência de um pretenso direito ao esquecimento no ordenamento jurídico por meio de uma singela pergunta: a inevitável passagem do tempo, por si só, tem o condão de tornar o exercício da liberdade de informação jornalística um ilícito?

A resposta ao questionamento perpassa necessariamente pelo tratamento jurídico-constitucional emprestado aos direitos da personalidade, assim como pelos limites impostos a estes direitos e o seu inter-relacionamento com outros institutos igualmente tutelados em âmbito constitucional.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

Pondera a doutrina que, "no direito brasileiro, a ausência de normas que definissem conceitualmente os direitos da personalidade não inibiu a atividade da doutrina e da jurisprudência para identificar o conteúdo e o modo de proteção da personalidade humana"[80]. De fato, a análise do ordenamento jurídico – em especial do Código Civil – revela que os direitos da personalidade, embora caracterizem instituição contemplada pelo Direito pátrio, não são por ele conceituados – embora, é importante que se sublinhe, haja incontáveis passagens normativas inequivocamente ligadas ao tema.

Dentro da evolução histórica dos direitos da personalidade, é possível se constatar que, em um primeiro momento, houve inclusive quem defendesse a inexistência de uma categoria autônoma que se pudesse rotular de *direitos da personalidade*, podendo-se citar, a propósito, Savigny[81].

Pontes de Miranda, de seu turno, destaca que os direitos de personalidade seriam "direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo; é aquele poder *in se ipsum,* a que juristas do fim do século XV e século XVI aludiam, sem ser, propriamente, o direito sobre o corpo, *in corpus suum potestas*"[82].

Não se deixando de lado a existência de diversas elaborações que pretendem bem definir os direitos de personalidade, chegou-se à conclusão de que a *personalidade* corresponde ao "conjunto de

[80] MIRAGEM, Bruno. Teoria geral do direito civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 164.
[81] TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Teoria geral do direito civil, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 145.
[82] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo VII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 12.

características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção prioritária por parte do ordenamento jurídico"[83]. É possível se notar, com clareza, a inserção, nesse conceito, do indivíduo como sujeito de proteção; é uma derivação direta da máxima kantiana de vedação à objetificação do ser humano. Daí se concluir, portanto, que os direitos da personalidade buscam proteger a esfera mais íntima e peculiar do ser humano, levado em sua essência – seja como indivíduo, seja como ser social.

Esta compreensão acerca dos direitos da personalidade[84] revela se tratar de instituto que guarda substancial proximidade com outras categorias de direito: direitos humanos e direitos fundamentais[85]. Em realidade, a proximidade é tanta que "o conteúdo destas distintas categorias tem largos espaços em que se sobrepõem, mas não se confundem"[86].

Há direitos, a propósito, que também podem ser enquadrados simultaneamente em mais de uma categoria. É justamente o que ocorre – e com especial relevância para o presente artigo – com a intimidade e com a privacidade. São direitos da personalidade, tratados pelo Código Civil (a exemplo de seu art. 21), mas que também possuem raízes constitucionais (art. 5º, X, CF). A proximidade destes direitos e sua relevância para o tema em estudo impõem melhor divisá-los.

A privacidade é compreendida como "a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito,

[83] TEPEDINO; OLIVA, op. cit., p. 146.
[84] Enfatize-se que os direitos da personalidade, como categoria jurídica, permanecem sendo objeto de intenso debate doutrinário. A ausência de parâmetros legais, positivados, que permitam a objetiva identificação dos direitos da personalidade dificulta sobremodo a classificação destes direitos e, por vezes, seu próprio reconhecimento. Assim, para os fins do presente artigo, evita-se adentrar com maior profundidade no fértil campo doutrinário que é o relativo ao estudo e compreensão dos direitos da personalidade. Assim, e com a exclusiva finalidade de contextualizar o tema aqui tratado – direito ao esquecimento –, adota-se a compreensão de que os direitos da personalidade refletem uma categoria de direitos relativos aos atributos e características ínsitos à pessoa.
[85] MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonet (org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.
[86] MIRAGEM, op. cit., p. 167.

deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão"[87]. Noutro vértice, a intimidade possui âmbito de proteção ainda mais restrito do que a privacidade. Deveras, "o objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas"[88].

Como se nota, a privacidade e a intimidade – direitos da personalidade e fundamentais – guardam íntima relação com a vida privada; com a pretensão do particular de ver a salvo do conhecimento público fatos que, por sua natureza, devem permanecer inacessíveis a terceiros de modo geral. É conhecida a expressão "direito de ser deixado em paz"[89]. Essa pretensão repousa no fato de que:

> A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.[90]

A intimidade e a privacidade são, nessa ordem de ideias, elementos essenciais ao desenvolvimento da personalidade – não como direito, mas como dimensão existencial de todo indivíduo.

---

[87] FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito – USP, v. 88. 1993. p. 440.

[88] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315.

[89] SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 54.

[90] MENDES; BRANCO, op. cit., p. 315-316.

3. LIMITES À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE[91]

Assentada – ainda que brevemente – a natureza e conteúdo dos direitos à intimidade e à privacidade, ou vida privada, cumpre destacar que, como direitos que são, não são tomados por um viés absoluto (no sentido de não comportarem restrições). A dogmática moderna se inclina pela "não absolutização"[92] dos direitos fundamentais, firme na compreensão de que o reconhecimento da inflexibilidade destes direitos por vezes resultaria na aniquilação de outros valores igualmente caros à sociedade. É da própria essência do ordenamento jurídico – *sistema* que é – que as diversas espécies normativas dialoguem entre si. O direito não é formado pela incidência isolada de normas individualizadas; é decorrente, antes, sobretudo em uma ordem jurídica que se proponha legítima, da aplicação dinâmica de seus diversos preceitos, que se interrelacionam.

De um lado se convencionou, a partir das lições de Dworkin, que as regras – espécie normativa – são aplicadas pela chamada *regra do tudo ou nada*: se a hipótese de incidência de uma regra se faz presente, então a consequência dessa norma deve ser inevitavelmente aplicada; se não o for, é porque a norma é inválida[93]. Essa dinâmica, como se pode depreender de uma rápida leitura, não se mostra compatível com a natureza dos direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos fundamentais são dotados de uma "fundamentalidade material"[94] (além da formal). Quer-se dizer, com isso, que os direitos fundamentais representam as escolhas essenciais – *fundamentais* – na própria formação do Estado; representam os valores e diretrizes eleitos pelo povo como estruturantes de sua organização social. Disso decorre a compreensão de que os direitos fundamentais, por sua

[91] A análise dos limites aos direitos fundamentais passa, inequivocamente, pelo estudo dos *limites aos limites*, ou *teoria dos limites aos limites*, que busca delimitar a extensão das restrições que podem ser impostas àqueles direitos. O tema, conquanto essencial, foge aos limites e propósitos expositivos do presente artigo, razão pela qual optou-se por não o abordar de modo detido.

[92] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 377.

[93] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45.

[94] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 76

materialidade, são dotados de alta carga valorativa e axiológica; não prescrevem, como fazem as regras em sentido estrito, condutas predeterminadas e consequências únicas. Representam, em verdade, um programa, um objetivo que se deve alcançar. Aproximando os direitos fundamentais dos princípios, afirma-se que estes

> [...] são, portanto, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.[95]

Neste diapasão, portanto, é que os direitos da personalidade não comportam aplicação pelo método *tudo ou nada*. Sua textura mais aberta – valorativa – serve de norte interpretativo ao aplicador do direito e, ao mesmo tempo, representa também a obrigatoriedade de consecução e proteção dos valores por eles representados.

Mas o que ocorre na hipótese em que, em uma mesma situação fática, concorrerem diversos direitos fundamentais? Não há, por certo, que se cogitar em sacrifício completo de um ou outro direito ou interesse tutelado constitucionalmente, na medida em que não há hierarquia propriamente dita entre as normas constitucionais. Isso deriva da unidade do texto constitucional[96]. Como consequência, um dos *topoi* interpretativos no âmbito dos direitos fundamentais é o da *concordância prática*, pela qual "o intérprete deve ponderar os bens jurídicos em tensão, realizando uma redução proporcional de modo que a aplicação de uma norma não implique sacrifício ou extirpação total de outra norma"[97].

[95] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90.
[96] MENDES; BRANCO, op. cit., p. 106.
[97] FERNANDES, op. cit., p. 191.

4. VIDA PRIVADA E DIREITO À INFORMAÇÃO

Sucintamente abordado o tema do direito à intimidade e à privacidade, é possível se observar, com naturalidade, que a contraface desses direitos é justamente o exercício da liberdade de comunicação. Afinal, busca-se, com aqueles direitos, pôr a salvo da opinião pública aspectos da vida de um indivíduo; aspectos sobre os quais não há interesse ou utilidade públicos que justifiquem sua divulgação, resguardando-se, com isso, a esfera privada do indivíduo.

Ocorre que o direito à informação é também ostenta caráter fundamental, como consta textualmente do art. 5º, XIV, da Constituição Federal. Pontua-se que "o direito de expressar o próprio pensamento, indo adiante de sua clássica manifestação como liberdade de imprensa, agregou componentes funcional-democráticos e coletivos, desdobrando-se em duplo sentido: muito semelhante àquela liberdade de imprensa (direito individual ou profissional) e direito de ser informado, direito público ou coletivo à informação"[98].

Com isso, nota-se que a informação é de extrema valia tanto sob a perspectiva do indivíduo quanto da coletividade. De fato, "o indivíduo, isolado, alheio aos acontecimentos, não tem como eficazmente desenvolver-se"[99]. Nesse sentido, o direito à informação é instrumental ao próprio desenvolvimento da personalidade.

A informação, de outro lado, não é apenas um reflexo da liberdade individual de se expressar; assume ela, igualmente, verniz público, na medida em que a informação passa a ser também de interesse da coletividade. Deveras,

> No direito de ser informado é patente a dimensão política democrática, a par da sua referência individual. É que só o cidadão bem informado está em situação de construir seu próprio juízo e de

[98] SAMPAIO, op. cit., p. 387-388.
[99] DE GODOY, Cláudio Luiz Bueno. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001. p. 63.

> participar no processo democrático de maneira pretendida pela Constituição.[100]

Buscando dar ares ainda mais democráticos ao direito à (de) informação, a Constituição Federal dispõe, ainda, ser vedada a censura prévia sobre as manifestações de expressão (incluindo-se os veículos de comunicação), consoante se depreende de seu art. 5º, IX.

Diante da relevância social e política do direito à informação, é natural que se questione: até que ponto o direito à vida privada – englobando intimidade e privacidade – deve ceder ao direito público à informação e ao direito subjetivo de se informar[101]?

Os tribunais pátrios têm com frequência se debruçado sobre o tema, e sob as mais variadas formas. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF, por exemplo, ao reconhecer a essencialidade do direito à informação e a relevância da liberdade de imprensa na sociedade contemporânea, fixou orientação que vem servindo de tônica pelo próprio STF e pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

A título exemplificativo – e talvez se trate de um dos exemplos mais paradigmáticos sobre o assunto – tem-se a célebre decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF, que tratou da possibilidade de divulgação de biografias sem que, para tanto, exigisse-se autorização dos biografados. Conquanto liberdade de imprensa (ADPF 130) não se confunda com a liberdade de expressão abordada na ADI n. 4.815/DF, é certo que, ao fundo, a temática se repete: a tensão existente entre a informação e a vida privada; o limite entre o interesse público e o particular. Por sua didática e concisão, transcreve-se trecho do acórdão:

[100] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 476.
[101] MACHADO, op. cit., p. 478.

> 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.[102]

Especificamente quanto à publicação de matérias jornalísticas – e novamente voltando-se à ADPF 130/DF –, a Reclamação n. 18.638/CE fornece parâmetros que, uma vez obedecidos, asseguram a liberdade de imprensa e não configuram, de outro lado, ofensa a direitos individuais:

> (i) veracidade dos fatos; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii)

[102] STF – ADI n. 4.815 / DF – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 10.06.2015

> personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.[103]

É farta a jurisprudência pátria sobre temas correlatos – os limites da informação e as fronteiras da vida particular. Conquanto a análise pontual de casos concretos se revele fundamental ao estudo, na medida em que fornece maiores subsídios e parâmetros cada vez mais sólidos na análise dos direitos individuais frente ao interesse público e ao direito da informação, os precedentes aqui citados, emblemáticos, já fornecem seguro respaldo teórico e normativo: a informação deve ser prestigiada quando verídica e quando o objeto ou pessoa tratada atraiam o interesse público. O interesse público, aqui, não se confunde – embora por vezes se aproxime – com a noção empregada ao termo pelos administrativistas, mas se reporta a uma característica, ínsita ao sujeito ou objeto, que justifica o escrutínio e crítica públicos; há interesse público, nesse sentido, sempre que a informação for relevante à sociedade. Esse entendimento, a propósito, não conflita com os direitos individuais, na medida em que toda vida privada apresenta, em maior ou menor medida, facetas públicas[104].

5. DIREITO AO ESQUECIMENTO

É na constante tensão existente entre o direito à informação e os direitos individuais que se insere o direito ao esquecimento. Retoma-se, aqui, o questionamento feito no início deste artigo: a passagem do tempo tem aptidão de, por força própria, retirar o interesse público na apreciação

[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 18.638/CE. Reclamante: Três Editorial LTDA. Reclamado: Juíza de Direito da Comarca de Fortaleza. Rel. Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, 02 de maio de 2018.
[104] DE GOGOY, op. cit., p. 45.

de um determinado tema, resguardando-se, com isso, os interesses dos particulares envolvidos?

A questão, que é palpitante na chamada *sociedade da informação*, ganhou grande repercussão com o caso envolvendo o programa Linha Direta: Justiça, da Rede Globo, que retratou as circunstâncias do assassinato de Aida Curi, em 1958. O caso gerou grande comoção social à época, sendo amplamente divulgado pelos veículos de comunicação em massa.

No início dos anos 2000, entretanto, o caso foi revisitado pelo programa televisivo, cujo propósito era abordar crimes de grande repercussão, dando-lhes, todavia, uma narrativa "mais livre, mais literária e mais ficcional"[105]. Os irmãos de Aida Curi (a vítima do crime) propuseram ação indenizatória em face da emissora, arvorando-se no argumento de que o fato noticiado não gozava de contemporaneidade, razão pela qual não poderia ser exibido de forma ampla. A ausência da contemporaneidade, portanto, no entender dos autores da demanda, tornaria o assunto essencialmente privado.

Após longo trâmite o caso finalmente foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, reconheceu a Repercussão Geral relativa ao tema, considerando se tratar de matéria que frequentemente, sob as mais variadas roupagens, se apresenta ao Poder Judiciário.

Ao longo dos anos, notadamente considerando a facilidade de acesso, por meio de mecanismos de busca, a conteúdos jornalísticos de arquivo disponíveis em portais de notícias, multiplicaram-se demandas judiciais que buscavam a exclusão de matérias jornalísticas que, em tese, não mais seriam dotadas de contemporaneidade ou mesmo a condenação dos veículos de comunicação ao pagamento de indenizações.

A tese dos requerentes destas demandas era desenvolvida no sentido de que o decurso do tempo desde os fatos jornalísticos que ensejaram o exercício do direito de informar seria suficiente para afastar o interesse público que ampararia a mitigação dos direitos da personalidade. Assim, nasceria um direito ao esquecimento, o qual, conforme constou do voto do Min. Dias Toffoli no recurso extraordinário n. 1010606/RJ, seria "a

[105] OLIVEIRA, Dannilo Duarte. Jornalismo policial na televisão brasileira: gênero e modo de endereçamento. Vitória da Conquista: Edições UESB, 2014, p. 175.

pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante"[106].

Como anteriormente destacado, a orientação firmada quando do julgamento da ADPF 130/DF serviu de fio-condutor, ao menos até que o Supremo Tribunal Federal fixasse o entendimento acerca do direito ao esquecimento, para a apreciação de casos relativos a estas demandas que discutiam o exercício do direito à informação atingido pelo passar do tempo. Prestigiou-se a informação diante de sua irrecusável importância para o desenvolvimento individual e para o interesse público. O desenvolvimento da personalidade só se dá com amplo acesso à informação; o interesse coletivo na informação, de seu turno, é próprio de regimes democráticos e serve de instrumento de controle e participação social.

O julgamento do recurso extraordinário n. 1010606/RJ foi um verdadeiro marco na interpretação dos limites da liberdade de informação jornalística em nosso país. Veja-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em maioria, ao consignar que "a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito"[107], privilegia o exercício do direito de informar tanto na esfera da manutenção de acesso dos arquivos digitais de veículos de comunicação pela sociedade quanto na possibilidade de rememoração de fatos de interesse público já passados.

É de se destacar o entendimento do Min. Dias Toffoli de que "a passagem do tempo induz ao surgimento de um dever social de perdão. Nenhuma lei pode estipular obrigações afetivas ou cognitivas. Ninguém, assim, é obrigado a se desfazer de seu direito à informação para permitir a terceiros uma vida livre do conhecimento de seus erros passados".[108]

No mesmo sentido, o Min. Alexandre de Moraes consignou que "a história não se apaga. Estaríamos interferindo - o Poder Judiciário estaria interferindo - breve e diretamente na liberdade jornalística ao pretender

[106] STF – RE 1010606/RJ – Rel. Min. Dias Toffoli – J. 10.02.2021.
[107] Ibid.
[108] STF – RE 1010606/RJ – Rel. Min. Dias Toffoli – J. 10.02.2021.

definir o formato, o conteúdo de um programa, restringir, proibir a própria narrativa"[109].

Ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese (Tema 786) para fins de Repercussão Geral:

> É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Atualmente, portanto, não se cogita a restrição ao direito à informação – aqui empregado de modo amplo, a abranger as liberdades de expressão e de imprensa, assim como as liberdades de informar e de ser informado etc. – pelo mero decurso do tempo. Outrossim, reforçou-se o entendimento também já consagrado na jurisprudência do STF no sentido de que essa liberdade informacional não é irrestrita; embora não possa ser objeto de censura prévia, eventuais excessos podem e devem ser coartados, assegurando-se a tutela de direitos individuais porventura afetados.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por manter, mesmo após a aprovação do tema 786 pelo Supremo Tribunal Federal, por, em negativa do exercício de juízo de retratação, manter a condenação da Rede Globo acerca de outro capítulo do programa Linha Direta, este tratando da chamada "Chacina da Candelária"[110], tendo

[109] Ibid.

[110] O autor da demanda havia sido indicado como um dos autores ou partícipes do crime, mas foi absolvido por negativa de autoria pelo Tribunal do Júri. O programa,

entendido o voto vencedor, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, que, "mesmo tendo sido absolvido de forma unânime pelo Tribunal do Júri e depois de ter passado por uma verdadeira *via crucis* para se restabelecer, o autor, apesar de advertir a emissora da gravidade da situação, ainda assim foi novamente envolvido como um dos possíveis autores do bárbaro crime da "chacina da Candelária" e foi assim retratado no programa"[111] – reconhecendo um exercício abusivo do direito de informar pela emissora.

O entendimento não foi unânime, tendo o Min. Raul Araújo consignado em voto divergente que

> Assim, a divulgação do nome e imagem do recorrido, sem sua autorização, em programa documentário razoavelmente fiel aos fatos narrados não caracteriza, por si só, conduta ilícita, notadamente por ser tratar de evento marcante e amplamente divulgado na época dos fatos, inclusive na mídia internacional e com fartos registros publicados em revistas, jornais e livros. Tratou-se de episódio de grande notoriedade e interesse público que integra a história do país, de modo que não seria obrigatório realizar-se o documentário sem informar dados considerados elementares, como a injusta acusação contra o recorrido, sua indevida prisão e posterior absolvição, fatos que, ao lado de outros também reportados na mesma divulgação, compõem substancialmente o evento narrado.[112]

A questão será novamente submetida ao Supremo Tribunal Federal, pois houve a interposição de recurso extraordinário pela emissora de televisão. Novamente, portanto, os Ministros integrantes da Suprema Corte terão a oportunidade de apreciar questões relevantes e atuais acerca do

veiculado após a absolvição, tê-lo-ia incluído como um dos envolvidos na chacina, o que ensejou a ação indenizatória sob julgamento. Suscitando um direito ao esquecimento, o autor

[111] STJ - REsp 1334097 / RJ - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - J. 09.11.2021.

[112] Ibid.

exercício da liberdade de informação jornalística em conflito com os direitos da personalidade. Tratar-se-á de mais um julgamento paradigmático desta matéria que deverá ser acompanhado de perto por diversos setores da sociedade.

CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que o direito ao esquecimento surge de uma constante tensão entre direitos fundamentais; de um choque entre direitos individuais e o interesse público.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal historicamente se alinha no sentido de conferir maior prestígio ao direito à informação, considerada a sua dimensão de fundamentalidade no desenvolvimento da personalidade, bem como diante de sua relevância para a sociedade.

Com a edição de tema de Repercussão Geral se recusou, em princípio, a compatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal. A matéria, entretanto, ainda encontrará novos capítulos, a serem analisados também pela Corte Suprema, do mesmo modo que fomenta constante debate no meio jurídico diante de farta produção acadêmica e incontáveis contextos fáticos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DE GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: JusPodivm, 2019.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito – USP, v. 88. 1993.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do direito civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 164.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonet (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Dannilo Duarte. **Jornalismo policial na televisão brasileira: gênero e modo de endereçamento**. Vitória da Conquista: Edições UESB, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo VII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria geral do direito civil**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

O ACESSO À JUSTIÇA E O ENCAMINHAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

ACCESS TO JUSTICE AND ADEQUATE REFERRAL OF CONFLICTS

Francisco Bruno Nobre de Melo[113]

Resumo: Apesar de ser cada dia mais incidente no ordenamento jurídico brasileiro, a popularização dos mecanismos extrajudiciais de pacificação de conflitos ainda sofre impasses em função da visão tradicional do acesso à justiça no país. O **problema** apresentado nesta seara reside no fato de muitos brasileiros acreditarem que o acesso à justiça só é concretizado a

[113] Francisco Bruno Nobre de Melo tem 24 anos de idade, é Advogado (OAB/CE 44.674), com graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR - 2020.1), sendo atualmente acadêmico do curso de especialização / Pós-Graduação em Direito Processual Civil (UNIFOR) e sócio proprietário do Escritório de Advocacia "Bruno Melo Advocacia, Assessoria e Consultoria Jurídica". Cursou Língua Portuguesa em 2017 (IMPARH-FORTALEZA) e no primeiro semestre do ano de 2018 cursou licenciatura (Intercâmbio Acadêmico Internacional) em Direito e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em Portugal, onde representou o Brasil - em oportunidade - no evento denominado "Sessões Culturais Internacionais - União Europeia 2018", momento no qual ministrou palestra com temas atinentes ao País. Em setembro de 2018 foi convocado e nomeado como Estagiário Jurídico da Justiça Federal no Ceará, por meio de concurso, onde fora lotado na 21° Vara Federal, permanecendo nesta instituição até a colação de grau em bacharel em Direito (setembro/2020). No final do segundo semestre de 2018, foi também convocado e nomeado como Estagiário Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por meio de concurso, onde fora lotado na 6° Vara Criminal da Comarca de Fortaleza. Estagiou, ainda, no escritório de advocacia "Fortaleza Advogados Associados", situado na Capital Cearense, lá permanecendo até o final do ano de 2020, quando, logo após, inaugurou o seu Escritório de Advocacia. Tem experiência na área de Direito e Processo Constitucional, Previdenciário, Criminal e Cível, bem como na Administração de empresas, gestão e lideranças, tendo como lema de vida a seguinte frase: “bom mesmo é ir à luta com determinação, abraçar a vida com paixão, perder com classe e vencer com ousadia, porque o mundo pertence a quem se atreve e a vida é muito para ser insignificante”. - Augusto Branco.

partir de sentenças proferidas por magistrados, que sejam regadas de formalismo judicial. **Questiona-se**, portanto, se a solução extrajudicial de demandas é violadora do princípio constitucionalmente consagrado do acesso à justiça. O encaminhamento adequado dos conflitos para as vias de soluções alternativas mostra-se um mecanismo hábil a proporcionar o acesso à justiça ao cidadão brasileiro? Neste contexto, estuda-se o acesso à justiça sob uma ordem jurídica justa, efetivado a partir das soluções pacíficas de conflitos e a relação desta proposta com a longa crise jurisdicional enfrentada pelo Poder Judiciário interno. Como **metodologia,** utiliza-se estudo descritivo-analítico, através de pesquisa bibliográfica, legislativa e documental, adotando-se como marco teórico o 'Acesso à Justiça' de Cappelletti e Garth (1988). **Conclui-se** que o acesso à justiça a partir de uma ordem jurídica justa não está vinculado a sentenças judiciais, mas sim a forma adequada de resolução de conflitos, que leva em consideração as necessidades dos envolvidos e, consequentemente, se faz um mecanismo hábil a proporcionar tanto o acesso à justiça, quanto a razoável duração do processo.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Tratamento Adequado de Conflitos. Crise do Poder Judiciário. Duração Razoável do Processo.

Abstract: Despite being more and more incident in the Brazilian legal system, the popularization of extrajudicial conflict pacification mechanisms still suffers from impasses due to the traditional view of access to justice in the country. The problem presented in this area lies in the fact that many Brazilians believe that access to justice is only achieved through sentences handed down by magistrates, which are sprinkled with judicial formalism. It is therefore questioned whether the extrajudicial solution of demands violates the constitutionally enshrined principle of access to justice. Does the proper routing of conflicts to alternative solutions prove to be a skillful mechanism to provide access to justice for Brazilian citizens? In this context, we study the access to justice under a fair legal order, carried out from the peaceful solutions of conflicts and the relationship of this proposal with the long jurisdictional crisis faced by the domestic Judiciary. As a methodology, a descriptive-analytical study is used, through bibliographic, legislative and documentary research, adopting as a theoretical framework the 'Access to Justice' by Cappelletti and Garth (1988). It is concluded that access to justice based on a fair legal order is not linked to judicial sentences, but to an adequate form of conflict resolution, which takes into

account the needs of those involved and, consequently, a skillful mechanism is made to provide both access to justice and a reasonable length of process.

Keywords: Access to justice. Proper Handling of Conflicts. Judiciary Crisis. Reasonable Duration of the Process.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça pode ser entendido como sendo a faculdade que possui o cidadão de pleitear providências jurisdicionais, a fim de resguardar direito próprio que se encontram violados ou ameaçados de violação. Ocorre que, durante muitos anos, vigorou no ordenamento jurídico brasileiro o pensamento tradicional do acesso à justiça, acreditando que este direito somente poderia ser auferido a partir de sentenças proferidas por magistrados e repletas de todo formalismo judicial.

Essa visão ultrapassada do acesso à justiça é comumente apontada como uma das causas motivadoras da infindável crise judicial, que assola o país há longos anos. Isto porque, é inevitável que a crescente judicialização dos problemas sociais acabe sobrecarregando o já abarrotado Poder Judiciário brasileiro.

É neste cenário de crise judicial que os mecanismos de solução extrajudicial de conflito tornam-se tão atrativos, pois possibilitam a resolução de demandas de forma célere e adequada às necessidades e particularidades dos envolvidos. Ocorre que por serem vias extrajudiciais, muito se questiona acerca da possibilidade destes mecanismos violarem o direito constitucional do acesso à justiça.

Frente a esta questão indaga-se a seguinte problemática: o encaminhamento adequado dos conflitos para as vias de soluções alternativas mostra-se um mecanismo hábil a proporcionar o acesso à justiça ao cidadão brasileiro, sob uma ordem jurídica justa?

Sob este prisma, o presente estudo tem como objetivo geral conhecer qual a relação existente entre o direito constitucionalmente consagrado de acesso à justiça e do encaminho adequado dos conflitos às

vias conciliatórias, demonstrando as vantagens desta ação tanto para os envolvidos na demanda, como para a jurisdição interna, de forma geral.

De forma específica busca-se expor a realidade do Poder Judiciário no Brasil, demonstrando como problemas por ele enfrentados impedem o acesso à justiça sob a ótica de uma ordem jurídica, discorrer sobre os mecanismos de resolução pacifica de conflitos em especial a conciliação e a mediação, e demonstrar como a escolha pela via extrajudicial pode beneficiar tanto as partes diretamente interessadas, quanto o sistema jurídico como um todo.

O tema se justifica e demonstra ser de suma importância pois trata de um dos assuntos mais relevantes da modernidade, qual seja, a infindável crise do Poder Judiciário brasileiro e a consequente violação do direito ao acesso à justiça. Ademais, o presente tema leva à análise de importantes questões, como as vantagens proporcionadas pelas vias conciliativas extrajudiciais, tanto para as partes quando para a jurisdição interna, e sua efetiva aferição do acesso à justiça sob a ordem jurídica justa.

A presente pesquisa se realizou mediante uma abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, tendo feito uma compilação dos assuntos mais relevantes a proposta. Englobando os mais diversos estudos já realizados acerca do tema, a pesquisa se embasou pelo uso de documentos escritos, como livros, periódicos, revistas, artigos, materiais online, entre outros, bem como, pelos entendimentos jurisprudenciais já firmados pelos tribunais superiores nacionais.

1 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

O Poder Judiciário é um dos três poderes que compõem o do Estado moderno, sendo o único entre eles que não é originado a partir da soberania popular efetivada pelo voto, mas pela estruturação de profissionais devidamente qualificados para lidar com as questões sociais advindas da função julgadora (EDP, 2020). Acerca das prerrogativas e funções deste poder, é possível auferir que:

> Cabe ao Poder Judiciário garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver os conflitos entre cidadãos, entidades e Estado. Tais órgãos têm autonomia administrativa e financeira garantidas pela Constituição Federal. É um dos três poderes do Estado e se constitui por ministros, desembargadores, promotores de justiça e juízes, e tem como principal função, defender os direitos de cada cidadão, promovendo a justiça e resolvendo os conflitos que surgem na sociedade (SOARES, LOPES, 2019, p. 35).

De forma simplificada, pode-se dizer que o Poder Judiciário é o responsável por resolver os conflitos sociais, efetivando a tutela Estatal para solução destas demandas. Conforme preceituam Lilian Sales e Emmanuela Chaves (2014, p. 394), "tradicionalmente, nas sociedades modernas, esses conflitos são resolvidos, em geral, pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, ao qual as Constituições brasileiras conferiram o monopólio jurisdicional".

A regulamentação contemporânea máxima do Poder Judiciário brasileiro é efetivada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê independência e harmonia da jurisdição em relação aos demais poderes que compõem o Estado, quais sejam, Executivo e Legislativo, conferindo ao judiciário interno a principal função de "aplicar as leis para resolver conflitos e garantir os direitos dos cidadãos" (TJDFT, 2019, *online*).

Ao fazer uma análise comparativa entre a Constituição do Brasil e alguns diplomas internacionais, Gilmar Mendes e Gustavo Branco (2013) evidenciam que a CF/88 pode ser considerada um dos documentos legais mais avançados do mundo no que tange à normatização do Poder Judiciário, especialmente pelo fato de conferir à jurisdição brasileira integral autonomia regulamentar, administrativa e financeira

Ocorre que, na prática, a esfera judiciária nacional precisa lidar diariamente com uma série de problemas que assolam desde sua estrutura básica, até a formação geral de seus preceitos e composição. Esta realidade confere grande descrédito à tutela jurisdicional brasileira e,

consequentemente, resulta em uma prestação de serviços insatisfatória aos cidadãos nacionais que necessitam, cada vez mais, desta atuação Estatal.

Conforme já doutrinavam Mauro Capelletti e Bryant Garth ainda no ano de 1988, "nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica" (1988, p.7). Sendo assim, o Poder Judiciário não é exceção à regra. A esfera julgadora brasileira vem sendo alvo de duras críticas ao longo dos anos. Neste sentido:

> Convém destacar a necessidade de haver um diagnóstico sobre os principais problemas que explicam o mau funcionamento do sistema judicial no Brasil. De forma bastante sintética, podemos afirmar que esses principais problemas são os seguintes: Lentidão na tramitação dos processos judiciais[...], Pouca transparência [...], Obsolescência administrativa [...], Dificuldade de acesso [...], Complexidade estrutural [...], Concentração de litigiosidade [...], Desarticulação institucional [...] (RENAUT, 2005, p. 127)

Segundo Petrônio Calmon (2008), não é possível eleger com precisão apenas um problema que explique a longa crise do poder judiciário nacional, nem tão pouco a forma correta de resolvê-la. No entanto, o autor alega existir um ponto de concordância entre os estudiosos do tema que justifica a incidência do problema, qual seja, a assimetria entre o que oferece o Poder Judiciário em relação ao serviço prestado e quantidade exorbitante de demandas que lhes são endereçadas.

Esta desproporção existente entre oferta e demanda gera um grave problema que aflige o Poder Judiciário no Brasil há longos anos, sendo capaz de gerar uma série de consequências negativas ao cidadão brasileiro, qual seja, a morosidade processual. Além de ser extremamente incomôda para as partes, que necessitam de celeridade no provimento jurisdicional, essa ineficiência por parte da Administração Pública compromete a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, como o seu acesso à justiça.

1.1 O Acesso à justiça

O acesso à justiça é um direito humano fundamental consagrado há bastante tempo, tanto em âmbito interno, quanto internacionalmente. A sua normatização na seara do Direito Internacional se deu a partir da primeira Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada em 22 de novembro de 1969.

Também conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assentou em seu artigo oitavo, responsável por prever algumas das mais relevantes garantias judiciais, que todo cidadão possui o direito de ser ouvido em juízo, buscando pelo provimento estatal que disponha acerca das acusações que lhes forem inerentes, sejam elas de qualquer natureza. Restou garantido, assim, o acesso à justiça. *In verbis*:

> ARTIGO 8
>
> Garantias Judiciais
>
> 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
>
> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
>
> a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

> b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
>
> c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
>
> d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
>
> e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
>
> f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
>
> g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
>
> h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
>
> 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
>
> 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
>
> 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça (CIDH, 1969).

Nos dias atuais, o acesso à justiça pode ser considerado um princípio fundamental inerente à toda sociedade moderna, pelo o qual os Estados buscam dar suporte à sua população, garantindo mecanismos

capazes de facilitar a acessibilidade ao Poder Judiciário. Assim, é papel do Estado brasileiro garantir que o cidadão nacional tenha condições justas e iguais de exercer o seu direito ao acesso à justiça.

Buscando consolidar este ideal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a dispor em seu artigo 5°, inciso XXXV que "a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL,1988). Sob esta simples prerrogativa, o ordenamento jurídico interno passou a normatizar o acesso à justiça no Brasil.

A partir desta disposição constitucional o acesso à justiça ganhou caráter de direito fundamental, e de princípio basilar da República Federativa do Brasil, responsável por outorgar o direito de o cidadão resolver seus litígios e reivindicar suas garantias sob os auspícios do Estado, efetivando, assim, a tutela jurisdicional por parte deste.

Conceituando de uma maneira mais ampla e explicativa o que vem a ser esta garantia constitucional do 'acesso à justiça', assim como a forma em que ela se consolidada na sociedade atual, os grandes doutrinadores do tema, Mauro Cappelletti e Bryandt Garth, posicionam-se brilhantemente da seguinte forma:

> A expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (1988, p.8).

Conforme estabelecem Cappellet e Garth (1988, p.11), o acesso à justiça passou por profundas reformulações conceituais durante a evolução humana, deixando de ser uma doutrina individualista de direitos, para se tornar um "requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".

Esta vertente moderna e igualitária do acesso à justiça tornou indispensável o reconhecimento, por todos os operadores do direito, de que o sistema jurídico tem o dever de satisfazer a coletividade da forma mais isonômica e célere possível. O primeiro passo para alcançar referido objetivo é demonstrar "que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada" (CAPPELLET; GARTH, 1988, p.11).

Foi justamente neste cenário que surgiu a valorização e encorajamento de outras alternativas ao sistema judiciário clássico, que buscassem beneficiar positivamente a coletividade, gerando impactos sociais relevantes, e possibilitando um real, efetivo e concreto acesso à justiça. Sob este prisma funda-se o ideal que insere o acesso à justiça a uma ordem jurídica justa.

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA

Os diversos problemas que sustentam a crise do Poder Judiciário interno acabam, muitas vezes, prejudicando o cidadão brasileiro que necessita da tutela Estatal na análise de seu caso concreto. Isto porque, um sistema em crise possui grandes chances de atender demandas de forma insuficiente, inadequada e intempestiva.

É justamente frente a esta problemática que se embasa o ideal defensor do acesso à justiça sob o prisma de uma ordem jurídica justa. Ou seja, de nada adianta ter acesso à justiça se a prestação jurisdicional, em função da sua sobrecarga e demais problemas internos, não atende a população de forma justa. Neste cenário, as vias conciliativas ganham força e relevância.

Nas palavras de Anne Caroline Pereira Soares e Marcelo Leandro Pereira Lopes:

> [...] o direito de acesso à justiça implica em acesso à resolução adequada dos conflitos, propõe estímulos que viabilizem ao cidadão utilizar um sistema de múltiplas portas. Esse sistema multiportas deverá ofertar meios extrajudiciais, formas (autocompositivas e heterocompositivas) e métodos (consensuais e adversariais) consistentes nos mecanismos da negociação, da mediação, da conciliação e da arbitragem (2019, p.36).

O maior problema enfrentado pelos meios alternativos de solução de conflito encontra-se no fato de o formalismo judicial ser uma tradição muito dominante no Brasil, o que prejudica a visão da população brasileira a respeito das vias conciliativas e, consequentemente, a atuação destas no país.

Isto é, no ordenamento jurídico interno "o acesso à justiça foi por muito tempo compreendido como sinônimo de recorrer ao Poder Judiciário, dificultando o conhecimento adequado dos mecanismos consensuais de solução de conflitos e da consequente implementação de um sistema de múltiplas portas" (SALES, CHAVES, 2014 p. 400).

Visando sanar esse problema o Conselho Nacional de Justiça instruiu a Resolução nº 125 de 2010, com intuito de promover uma reestruturação do pensamento social ao aproximar a atuação do Poder Judiciário pátrio as equivalentes jurisdicionais, que atuam na solução de conflitos.

Uniformizando e Organizando os mecanismos de resolução pacífica de conflitos ao Poder Judiciário, a Resolução nº 125/2010 buscou demonstrar a viabilidade da prestação destes serviços no país, e seu potencial em prover o acesso à justiça como uma ordem jurídica justa ao cidadão nacional.

2.1 O encaminhamento adequado dos conflitos: conciliação e mediação

Dispõe a Resolução nº 125/2010, *in verbis,* que "Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade" (CNJ, 2010).

A partir de sua entrada em vigor, em 29 de novembro de 2010, tornou-se obrigatório o oferecimento de "outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação" (CNJ, 2010), antes mesmo da solução adjudicada mediante sentença.

A doutrina majoritária aponta três principais métodos na solução de conflitos, sendo eles a autotutela ou autodefesa, a heterocomposição e a autocomposição. A autodefesa, apesar de bastante utilizada ao redor do mundo, é uma prática vedada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerada crime por usar "de força (física, moral, econômica) por uma parte e submissão da outra" (REIS, 2017, *online*).

A heterocomposição, por sua vez, é um mecanismo que se utiliza de uma terceira pessoa com poder de decisão sobre a lide. Neste método destacam-se a própria jurisdição, que conta com a figura do juiz, e a arbitragem, com a figura do árbitro. Acerca da arbitragem, pode se dizer que:

> [...] esse meio tem alguma semelhança com o processo judicial, pois as partes estabelecem que a disputa será decidida de modo discricionário por uma terceira pessoa. A principal diferença é que a arbitragem não enfrenta a morosidade do Judiciário, ocorrendo em uma Câmara Arbitral. Dessa forma, o árbitro — eleito pelos litigantes — atua nessa espécie de "tribunal particular", conduzindo a demanda de maneira impositiva. A escolha da arbitragem como forma de resolução do conflito ocorre por meio de cláusula de

> compromisso contratual previamente acordada entre os contratantes (EBRADI, 2012, *online*).

Por fim, a autocomposição é um método que abrange as técnicas de mediação e conciliação, comumente utilizadas como sinônimo. No entanto, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, "no Brasil a conciliação e mediação são vistos como meios distintos de solução de conflitos" (CNJ, 2019, *online*).

Segundo Cabral (2017, p.369), a mediação nada mais é que "um instrumento com o qual as partes litigantes buscam um auxílio para resolução de seus conflitos através de um terceiro imparcial". Esta terceira pessoa atua de forma imparcial a fim de auxiliar os interessados na tomada de decisão que seja adequada e satisfatória a todos.

Buscando conferir segurança jurídica e maior valoração ao instituto, este opera sobre a proteção de diversos princípios orientadores, como o princípio da isonomia, oralidade, informalidade, imparcialidade, boa-fé, dentre outros que também orientam a jurisdição. Nas palavras de Patrícia Coutinho, a mediação é:

> [...] o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador não tem poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos. (COUTINHO, 2017).

A conciliação, por sua vez, também se perfaz em um "meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-

las na construção de um acordo" (MELLO, BAPTISTA, 2010, p. 109). A diferença encontra-se, portanto, na atuação do conciliador.

Aqui, o terceiro que atua como conciliador é uma pessoa da sociedade que opera, "de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações" (MELLO, BAPTISTA, 2011, p. 109).

Para compreender melhor esta diferenciação existente entre o instituto da conciliação e o da mediação, é necessário atentar ao que dispõe o art. 165 do Código de Processo Civil e seguintes:

> Art. 165. 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.
>
> § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.
>
> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
>
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015).

Nota-se que o legislador impõe à figura do conciliador uma atuação mais incisiva no litigio, preferencialmente naqueles onde não houver vínculo anterior entre as partes. Já o mediador, de forma contrária, atua preferencialmente nos casos onde houverem vínculos anteriores entre os interessados, auxiliando na compressão de questões sem, no entanto, influir em suas decisões.

Neste sentido, dispõe o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios acerca das diferenças entre conciliação e mediação:

> Apesar de serem métodos muito similares, o Código de Processo Civil, em seu artigo 165, faz uma diferenciação entre mediadores e conciliadores judiciais. Segundo o CPC, o conciliador atua preferencialmente nas ações, nas quais não houver vínculo entre as partes, e pode sugerir soluções. Já o mediador atua nas ações na quais as partes possuem vínculos, com objetivo de restabelecer o diálogo e permitir que elas proponham soluções para o caso (TJDFT, 2020, online).

Aufere-se, de forma geral, que enquanto o mediador atua com objetivo de tornar mais fácil o acordo que será integralmente formulado entre as partes, o conciliador tem uma participação mais incisiva nesta negociação, podendo sugerir soluções e direcionar as partes para uma possível resolução do problema.

Acerca da necessária distinção entre os institutos, Márcia Ayres (2019, p.8) acredita ser "importante não confundir mediação e conciliação, já que a primeira é um meio de solução de conflitos e a segunda é o fim, resultado dos meios alternativos de resolução de conflitos, ou seja, o acordo entre as partes".

Desta forma, é possível perceber que tanto a mediação como a conciliação são importantes instrumentos na resolução de conflitos

extrajudiciais, pois possibilitam uma forma auto compositiva de sanar divergência entre as partes, por meio de um diálogo, sem a necessidade do provimento jurisdicional.

A partir destes mecanismos as partes estabelecem parâmetros adequados e satisfatórios a todos os envolvidos na tomada de decisão, sendo auxiliadas pela figura de um terceiro desinteressado. Este cenário torna possível que a resolução das questões controversas ocorra de forma mais célere e justa, efetivando, na prática, tanto o direito de acesso à justiça quando o prazo razoável de duração do processo.

3 A ESCOLHA PELO CONSENSO PELA VIA EXTRAJUDICIAL OU JUDICIAL COMO FORMA DE EFETIVAR A SATISFAÇÃO DO CIDADÃO E O TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Conforme amplamente demonstrado nesta pesquisa, o grande mal da justiça no Brasil sempre esteve relacionado ao paradigma de decisões justas e celeridade processual por parte do Poder Judiciário, que quando não consegue fazer a entrega das prestações jurisdicionais em um lapso temporal que seja viável, encontra-se em crise.

A morosidade judiciária é uma realidade que gera enorme insatisfação em toda a população brasileira, a inconveniente demora na tramitação do processo causa inúmeras discussões, principalmente nos dias atuais, onde o judiciário encontra-se sobrecarregado e não consegue atender as demandas no ritmo necessário.

Foi pensando nisso que a reforma do judiciário ocorrida em 2004 pela Emenda Constitucional nº 45 inseriu no corpo do art. 5°, o inciso LXXVIII, que assegura a todos no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988). Ou seja:

> [...] O excessivo retardamento no curso dos processos configura um mal em si mesmo, isto é, independentemente do resultado final da demanda,

> na medida em que uma resposta judiciária proferida a destempo já é, de per si, deficiente e insatisfatória, por infligir um prejuízo autônomo à parte que tinha razão, mormente nos casos em que a pretensão era evidentemente fundada. Demais disso, da parte do Estado, a dilação indevida acarreta ainda uma inconstitucionalidade por omissão, já que dentre os "direitos e garantias fundamentais" (CF, art. 5º) a EC 45/2004 inseriu "a razoável duração dos processos e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (MANCUSO, 2020, p. 579).

Segundo o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos (2017), o objetivo da Emenda nº. 45, em incluir a razoável duração do processo no ordenamento jurídico brasileira, é a busca pela celeridade, transparência e controle da atividade jurisdicional e deve ser entendida como uma vitória de suma importância a população nacional.

Nota-se, portanto, que razoável duração do processo por meios que garantam a celeridade de sua tramitação, é um direito constitucional, fundamental e infestável, que se encontra consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possuindo valor inestimável ao ordenamento jurídico pátrio (BULOS, 2017).

Ocorre que, assim como tantos outros princípios e garantias constitucionalmente consagrados, o direito a uma razoável duração do processo também sofre impasses em conseguir, de fato, aplicar na realidade prática o que está nobremente disposto na teoria do ordenamento brasileiro.

Isto porque, garantir um processo com duração razoável não significa a garantia de uma resolução rápida a ele, por não ser possível estipular prazos para solução de processos. É necessário levar em consideração, portanto, que "cada processo tem sua complexidade característica e para que não haja injustiça na decisão é preciso que o julgamento seja feito de forma correta e cautelosa no prazo mais célere possível, o que não significa que seja um prazo curto" (MACIEL, LUTZKY, 2021, p. 8).

Conforme explica Alexandre Câmara acerca da aplicação prática do princípio consagrador da razoável duração do processo:

> Não se pode, pois, considerar que o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional sirva de base para a construção de processos instantâneos. O que se assegura com esse princípio constitucional é a construção de um sistema processual em que não haja dilações indevidas. Em outros termos, o processo não deve demorar mais do que o estritamente necessário para que se possa alcançar os resultados justos visados por força da garantia do devido processo. Deve, porém, o processo demorar todo o tempo necessário para que tal resultado possa ser alcançado (2020, p.183).

Aufere-se, portanto, que apesar de ser constitucionalmente resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a razoável duração do processo não consegue garantir a resolução destes em um prazo satisfatório. Se o Poder Judiciário é ineficiente no cumprimento de sua função básica de resolver os conflitos submetidos ao seu julgamento, acaba violando toda a proteção que defende o direito do cidadão em ter suas demandas resolvidas com celeridade (CÂMARA, 2020).

Sob este prisma, nota-se que a solução tardia das lides judiciais continua causando diversos danos à população brasileira, mesmo sob a ótica do princípio da razoável duração do processo. A ineficácia da prestação jurisdicional resulta em consequências irreparáveis a toda esfera jurídica, em especial pela não consolidação dos preceitos constitucionalmente consagrados à população.

A partir desta constatação torna-se notória a relação existente entre acesso à justiça e a morosidade processual, uma vez que um processo lento resultado de uma justiça tardia e ineficaz, obviamente impede de se exercer a ideia do acesso à justiça, podendo-se dizer inclusive que esse não foi concedido (NETO, 1988).

Não adianta em nada o cidadão conseguir exercer o direito de peticionar em juízo, exercendo assim seu direito de acesso à justiça, mas não obter a tutela jurisdicional dentro de um tempo considerado justo. Por esse motivo entende-se que uma justiça morosa constitui a negativa do direito ao acesso à justiça (NETO, 1998).

Sendo assim, os denominados 'meios alternativos de resolução de conflitos' surgem como uma possível solução para atenuar e amenizar a infindável crise que assola o Poder Judiciário nacional, principalmente no que tange a morosidade vigorante na prática, e a consequente lesão ao acesso à justiça.

É possível dizer que a "desconfiança e insatisfação geradas na sociedade pela incapacidade do Estado de desempenhar sua função de forma célere deram abertura para que tais métodos se tornassem mais interessantes no momento em que se busca resolver um litígio" (MACIEL, LUTZKY, 2021, p. 11).

Conforme evidenciam Rafael Alves de Almeida, Tânia Almeida e Maria Hernandez Crespo:

> [...] todos têm, hoje, plena consciência da grave crise que afeta a nossa Justiça, em termos principalmente de morosidade, efetividade e adequação de suas soluções. Estamos, mais do que nunca, convencidos de que, entre as várias causas dessa crise, que são inúmeras, uma delas é a adoção pelo nosso Judiciário, com quase exclusividade em todo o país, do método adjudicatório para a resolução dos conflitos a ele encaminhados, vale dizer, solução dada autoritativamente, por meio de sentença, pela autoridade estatal, que é o juiz. A mentalidade predominante, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, é a que vê na sentença a forma mais sublime e correta de se fazer justiça, considerando os chamados meios alternativos de solução de conflitos – como mediação, conciliação, arbit ragem e outros – formas atrasadas e próprios de povos pouco civilizados" (2012, p. 87)

Desta forma, a escolha pelo consenso efetivado através da via extrajudicial atende de forma mais íntegra a satisfação do cidadão, que ao decidir não adentrar à espera judicial gozará de mais celeridade na resolução do seu impasse, e também contribui positivamente para a concretização do princípio da razoável duração do processo, por configurar uma demanda a menos a ser analisada pela sobrecarregada esfera jurisdicional.

Segundo Thaisa Fernanda da Cruz, a popularização dos meios pacíficos para solução de conflitos possui o condão de contribuir "veemente para diminuição dos processos em andamento, e via de consequência, adequando a eficácia da legislação em relação a princípios constitucionais e processuais historicamente consagrados" (2016, p.7).

Vale ressaltar que a conciliação/mediação não devem ser resumidas a uma solução para o desaforamento do Poder Judiciário, sendo esta visão errônea e extremamente prejudicial a estes mecanismos de solução consensual de conflitos. É necessário, portanto, evidenciar que estes institutos atuam de forma complementar ao Poder Judiciário, com intuito exclusivo de "tratar os conflitos adequadamente, dando-lhes a abordagem correta, a depender do tipo de conflito e da relação existente entre as partes" (SALES, CHAVES, 2014, p.402).

Sob este prisma se posicionam Lilia Maria de Morais Sales e Cilana de Morais Soares Rabelo:

> A solução consensual, participativa, com senso de autorresponsabilidade das partes envolvidas permite o cumprimento espontâneo da decisão dada ao litígio, eliminando a morosa fase de execução de sentença e colocando verdadeira luz sobre o que se pode definir de duração razoável do processo. Além da redução da quantidade de atos processuais, a fim de dar cabo a uma decisão imposta, esses mecanismos alternativos estimulam a democracia e favorecem o empoderamento das pessoas envolvidas, pois são protagonistas na construção de uma solução (2009, p. 204).

Neste cenário, a maior efetividade do Poder Judiciário que torna possível a concretização do princípio da razoável duração do processo devido a diminuição de demandas na seara jurídica do país, é apenas uma consequência positiva do objetivo principal dos mecanismos de solução consensual de conflitos, qual seja, conferir ao cidadão nacional acesso à justiça a partir de uma ordem jurídica justa, satisfazendo seus anseios de forma integral e em tempo razoável.

Para alcançar este objetivo se faz necessária uma verdadeira reformulação do pensamento tradicional vigorante no país, com intuito de demonstrar aos cidadãos que o acesso à Justiça não reside unicamente na sentença proferida por um magistrado, mas sim na pacificação da demanda de forma adequada, satisfazendo as partes interessadas no menor tempo possível, sendo esta uma realidade mais facilmente auferida por meio dos mecanismos de solução consensual de conflitos.

3.1 Dados sobre a conciliação no Brasil

Para finalizar este estudo imprescindível se faz necessária a demonstração de dados estatísticos que aludem a evolução dos procedimentos alternativos de solução de conflitos no Brasil desde sua origem no país.

No ano de 2020 a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça completou 10 anos de vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Este marco legal representou um grande avanço ao Poder Judiciário interno por ter "determinado aos tribunais a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) e dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs)" (OTONI, 2020, *online*), responsáveis por estruturar e fortalecer as unidades destinadas ao atendimento dos casos de conciliação.

A evolução destes mecanismos foi extremamente satisfatória nos últimos anos. Segundos dados proferidos pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2014 haviam apenas 362 centros de conciliação em atividade no Brasil. No entanto, "em 2015, a estrutura cresceu 80,7% indo a

654 unidades, em 2016 saltou para 808. Já em 2017 os centros eram 982 e, em 2018, chegaram a 1.088" (OTONI, 2020, online). Já no ano passado:

> As conciliações atingiram a marca de 2,3 milhões entre janeiro e junho de 2021. O resultado é mais que o dobro das 924,2 mil feitas no mesmo período em 2020, com um aumento de 32% em relação às soluções consensuais de conflito firmadas em todo o ano de 2019. Os dados foram apresentados na última semana pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. A conciliação foi o dado mais positivo, até o momento, no cumprimento das metas nacionais assumidas pelos órgãos do Judiciário de políticas estratégicas de aperfeiçoamento dos serviços jurisdicionais (IDBFMA, 2021, online).

Mediante os dados estatísticos apresentados é possível perceber que os meios alternativos de solução de conflito vêm demonstrando, especialmente nos últimos anos, um crescimento e popularização exponencial no ordenamento jurídico brasileiro. Esta realidade, além de atingir o seu objetivo principal, que é atender de forma satisfatória o cidadão brasileiro, ainda consegue gerar consequências positivas à jurisdição interna, desoprimindo o tão sobrecarregado Poder Judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Mediante análise de todo conteúdo exposto foi possível auferir que o Poder Judiciário nacional é assolado por crises que se estendem a longos anos em função, principalmente, da desproporção entre a oferta e demanda de seus serviços. Neste cenário, restou demonstrado que apesar das vias conciliadoras extrajudiciais se mostrarem grandes aliadas à resolução dos problemas que assolam judiciário interno, este não é o principal objetivo dos mecanismos de solução pacífica de conflitos.

A proposta da solução extrajudicial de demandas é se apresentar como uma ferramenta complementar da jurisdição pátria, capaz de solucionar conflitos de forma mais célere e satisfatória, preocupando-se em observar as particularidades e necessidades de todos os envolvidos na demanda.

Sob este prisma, é inegável que os mecanismos de solução de conflitos são hábeis a proporcionar o acesso à justiça aos cidadãos nacionais, pois este direito não pode ser unicamente vinculado as sentenças de magistrados, mas sim à satisfação das partes em resguardarem seus direitos da melhor forma possível e dentro do menor lapso temporal permitido.

Ficou evidente, portanto, que a efetiva melhora do Poder Judiciário interno é apenas uma consequência positiva advinda da utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, que atuam para oferecer acesso à justiça sob uma ordem jurídica justa.

Por fim, demonstrou-se também que o acesso à justiça não é o único princípio constitucionalmente consagrado que é efetivado pela escolha das vias extrajudiciais de pacificação de demandas, visto que a diminuição das lides à cargo do Poder Judiciário permite que este atue de forma mais célere, cumprindo a entrega dos processos dentro de um prazo razoável.

Neste cenário, o princípio da razoável duração do processo também se mostra positivamente afetado pelo consenso realizado pela via extrajudicial, tanto por estes mecanismos permitirem que a satisfação das partes se dê em um tempo adequado, quanto por retirar demandas da seara jurídica e, consequentemente, possibilitar uma melhor apresentação dos serviços judiciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Maria Hernandez. **Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

AYRES, Márcia Maria T. **A Mediação no Direito de Família**. Disponível em:<https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20191204164106.pdf >. Acesso em: 06 mar. 2022.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A evolução da conciliação e da mediação no Brasil.** Revista FONOMEC, v. 1, p. 368-383, 2017.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2008

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 183

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant**. Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CIDH, **Convenção Americana sobre Direito Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156. Acesso em: 09 mar. 2022.

Conselho Nacional de Justiça. CNJ. **Qual a diferença entre conciliação e mediação.** Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e- mediacao-

portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/85619-qual-a-diferenca-entre-conciliacao-e-mediacao>. Acesso em: 06 mar. 2022.

COUTINHO, Patrícia Martins Rodrigues. **A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça**: por um Agir Comunicativo. UNIEURO, Brasília, 2017.

CRUZ, Thaisa Fernanda da. **A Conciliação como Garantia da Efetividade do Princípio da Celeridade Processual no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoanterior/Sumario/2016/2016/5.pdf. Acesso em: 09 mar. 2022.

EBRADI. **Quais são os meios adequados de solução de conflitos?** Disponível em:<https://www.ebradi.com.br/coluna-ebradi/solucao-de-conflitos-meios-adequados/>. Acesso em: 07 mar. 2022.

EDP, Escola Paulista de Direto. **Quais são as funções do Estado e seus 3 poderes.** Disponível em: https://www.epd.edu.br/blog/quais-sao-as-funcoes-do-estado-e-seus-3-poderes/. Acesso em: 08 mar. 2022.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Conciliações dobraram de 2020 a 2021; índice entre janeiro e junho foi maior que em todo ano de 2019.** Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/8865/#:~:text=Em%202021%2C%20ultrapassamos%20dois%20milhões,com%20alto%20nível%20de%20judicialização. Acesso em: 15 mar. 2022.

MACIEL, Ana Beatriz Kessler; LUTZKY, Daniela Courtes. **Da Obrigatoriedade da Audiência de Conciliação: reflexões acerca do princípio da razoável duração do processo e a teoria da justiça multiportas.** Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/08/ana_maciel.pdf. Acesso em: 09 mar. 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Mediação e Conciliação no Judiciário**: dilemas e significados. In.: Revista de

Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 4 - no 1 - JAN/FEV/MAR 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paul Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, José Cichocki. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Juruá, 2017.

REIS, Mariana Costa. **Formas de Resolução de Conflitos**: mediação, conciliação e arbitragem. Disponível em:<https://marianareis.jusbrasil.com.br/artigos/526614514/formas-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso em: 06 mar. 2022.

RENAUTL, Sérgio Rabello Tamm. **A Reforma do Poder Judiciário sob a Ótica do Governo Federal.** In.: Revista do Serviço Público, Brasília 56 (2): 127-136 Abr/Jun 2005.

SALES, Lilia Maia de Morais; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Conflito, **Poder Judiciário e os Equivalntes Jurisdicionais:** mediação e conciliação. In.: Revista da AJURIS – v. 41 – n. 134 – Junho 2014.

SALES, Lilia Maria de Morais Sales; RABELO, Cilana de Morais Soares. **Meios consensuais de solução de conflitos:** instrumentos de democracia. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF: Senado Federal, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

SOARES, Anne Caroline Pereira; LOPES, Marcelo Leandro Pereira. **Arbitragem como instrumento de solução de conflitos patrimoniais disponíveis em relação ao poder judiciário brasileiro com base nas Leis nº 9.307/1996 e nº 13.129/2015.** In.: Novas Perspectivas Jurídicas, vol. 1, Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

OTONI, Luciana. **Justiça cidadã de conciliação e mediação completa 10 anos.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-cidada-de-conciliacao-e-mediacao-completa-10-anos/. Acesso em: 15 mar. 2022.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Funcionamento da Justiça.** Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/funcionamento-da-

justica#:~:text=O%20artigo%202º%20da%20Constituição,garantir%20os%20direitos%20dos%20cidadãos. Acesso em: 08 mar. 2022.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Mediação X Conciliação X Arbitragem.** Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/mediacao-x-conciliacao-x-arbitragem#:~:text=Apesar%20de%20serem%20métodos%20muito,partes%2C%20e%20pode%20sugerir%20soluções. Acesso em: 09 mar. 2022.

AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC: NATUREZA DO ROL

INTERLOCUTORY APPEAL IN THE NEW CPC: NATURE OF THE LIST

Victor Kellesson Sales Rodrigues

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a decisão proferida pela Corte Especial do STJ, em dezembro de 2018, no julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.696.396/MT, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 988), que versou expressamente sobre a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC, que trata das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, criando a expressão 'taxatividade mitigada', bem como as implicações decorrentes desta decisão.

Palavras-chaves: Agravo de instrumento; natureza do rol; taxatividade mitigada.

Abstract: The present work aims to analyze the decision handed down by the Special Court of the STJ, in December 2018, in the judgment of the Special Appeal (REsp) 1.696.396/MT, under the rite of repetitive appeals (Topic 988), which dealt with expressly on the nature of the role of article 1.015 of the CPC, which deals with the hypotheses of appropriateness of the interlocutory appeal, creating the expression 'mitigated taxation', as well as the implications arising from this decision.

Keywords: Instrument grievance; nature of the role; mitigated taxation.

Sumário: 1 Introdução; 2 Apresentação do caso; 3 Revisão da jurisprudência; 4 Entendimento doutrinário; 5 Normas que regulamentam a matéria; 6 Análise crítica; 7 Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

O agravo de instrumento, na vigência do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, tinha uma aplicação bastante ampla (muito embora a Lei nº. 11.187/2005 limitasse em apenas três as hipóteses de cabimento), sendo admissível sempre que a decisão recorrida era suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, o que era severamente criticado por parte dos juristas, por considerar uma das principais causas do abarrotamento do Poder Judiciário.

Com o advento da Lei nº. 13.105/2015 (Novo CPC), o legislador optou por elencar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, surgindo, a partir daí, inúmeras discussões no meio jurídico sobre a natureza deste rol, se numerus clausus ou numerus apertus, o que levou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a se manifestar sobre o tema, criando a expressão 'taxatividade mitigada'.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar a decisão proferida pela Corte Especial do STJ, em dezembro de 2018, no julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.696.396/MT, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 988), que versou expressamente sobre a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC, que trata das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, bem como as implicações decorrentes desta decisão.

No decorrer deste trabalho, pretende-se expor, além do acórdão paradigma, os diferentes posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema, bem como o entendimento doutrinário, a fim de apresentar com precisão os diferentes enfoques que pairam sobre a matéria. Ainda, buscaremos demonstrar o arcabouço normativo aplicável, fazendo-se uma análise crítica e concluindo com uma síntese do que foi demonstrado com a pesquisa.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO

Antes de adentrar no mérito da decisão paradigmática (REsp 1.696.396/MT), convém fazer uma breve digressão sobre o contexto fático

que ensejou na prolação do acórdão a ser debatido, bem como expor as principais alegações das partes.

No caso em apreço, tratava-se de uma ação de reintegração de posse, ajuizada por Alberto Zuzzi em face de Ivone da Silva, na qual aquele alegou que cedeu, em comodato verbal, um apartamento de sua propriedade, e que ela, apesar de regulamente notificada a tanto, se recusava a desocupar e restituir o bem.

O Juiz de primeiro grau rejeitou, na vigência do CPC/15, a impugnação ao valor da causa que havia sido ofertada pela requerida na vigência do CPC/73, sendo que o Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, mantendo a decisão unipessoal que não conheceu do agravo de instrumento interposto pela parte ré, sendo que esta, irresignada, interpôs recurso especial.

O processo foi afetado ao rito dos recursos repetitivos, tendo sido admitida a intervenção da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP e da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, como *amicus curiae*, ofertando manifestação pela possibilidade de interpretação extensiva das hipóteses contidas no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/15. Ainda se manifestaram a União, a Defensoria Pública da União, o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e o Ministério Público Federal.

Adentrando no voto vencedor, observa-se que a Ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, faz uma contextualização histórica inicial antes de examinar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial que se instalou sobre a natureza jurídica do rol previsto no art. 1.015 do CPC/2015.

Após exarar as conflitantes posições doutrinárias, a magistrada passa a sustentar que existem diversas situações urgentes não contempladas pelo legislador e que, se examinadas apenas por ocasião do recurso de apelação, tornariam a tutela jurisdicional sobre a questão incidente tardia e, consequentemente, inútil, chegando a citar o exemplo de situação envolvendo a decisão que porventura indeferir o pedido de decretação de segredo de justiça.

Afirma inclusive que, tendo por base o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal e no art. 3º do CPC/15, seria inconcebível que apenas

algumas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador pudessem ser objeto de imediato enfrentamento.

Apesar de demonstrar seu posicionamento no sentido de afastar a taxatividade decorrente da interpretação restritiva do rol previsto no art. 1.015 do CPC, a Ministra deixa claro em seu voto que não deve ser acolhido o entendimento de que tal rol é meramente exemplificativo, pois essa interpretação conduziria à repristinação do art. 522, *caput*, do CPC/73, contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir.

O que ela propõe (e foi a tese vencedora, por maioria) é que, preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica, seria possível a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias não elencadas no texto processual, sempre em caráter excepcional, reconhecendo que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada.

Para melhor visualização, transcrevo a íntegra da ementa:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.
>
> 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de

> instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.
>
> 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.
>
> 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar à questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato.
>
> 9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018)

Por fim, a ministra conclui dizendo que a adoção da tese jurídica de que o rol do art. 1.015 do CPC possui taxatividade mitigada é mais benéfica ao jurisdicionado e ao sistema recursal do que àquela consubstanciada na criação de extensões ou de analogias, mas deixa consignado um regime de transição modulando os efeitos da decisão, para que o entendimento seja aplicado somente às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que a fixar.

Esclareço ainda que tal proposição constou também do REsp 1.704.520/MT, cujo julgamento foi feito conjuntamente, por ter sido afetado como representativo da controvérsia e, apenas para fins didáticos, não

analisarei as especificidades do contexto fático neste feito, uma vez que a conclusão adotada foi idêntica, inclusive com aplicação da mesma tese, com pequenas adequações na ementa em razão do caso concreto.

3 REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Não obstante a tese defendida pela Ministra Nancy Andrighi tenha sido vencedora, importante ressaltar a divergência inaugurada pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, para fixar a tese de que *"somente tem cabimento agravo de instrumento nas hipóteses previstas expressamente no art. 1.015 do CPC"*, que foi acompanhada por outros quatro ministros, o que evidencia como o tema era controverso.

A Min. Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto, foi clara ao defender a taxatividade do rol das hipóteses de acabimento do agravo de instrumento, fazendo menção à exposição de motivos do estatuto processual, no qual acata a opção feita pelo legislador, sustentando que o Tribunal da Cidadania não poderia agir a *contrario sensu*, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Ainda, sustentou que a fixação de uma tese tão aberta, como defendida pela Ministra relatora Nancy Andrighi, ensejaria em uma análise subjetiva a cada magistrado, o que frustraria a pretensão de pacificação e uniformização da aplicação do direito federal.

Seguindo a divergência instaurada, o Ministro João Otávio de Noronha versou que a ampliação do que é taxativamente enumerado significaria uma *"quebra dos limites estabelecidos dentro do que se pretendeu delimitar"*. Nesse sentido, sustentou a taxatividade do art. 1.015 do CPC, razão pela qual apenas as decisões interlocutórias relacionadas no referido dispositivo é que seriam impugnáveis via agravo de instrumento.

Por sua vez, o Min. Og Fernandes critica a interpretação extensiva do rol do art. 1.015 do CPC, trazendo uma problemática em relação ao sistema de preclusões, já que a parte não teria nenhuma segurança jurídica quanto ao instituto, pois ficaria nas mãos da parte adversa

prejudicada pela decisão interlocutória a escolher alegar a urgência de imediato ou impugnar o *decisum* apenas no momento do apelo.

Nesse sentido, afirmou que a adoção da tese da relatora ocasionaria a interposição de agravos de instrumento em praticamente todos os casos, pois a parte sempre tentaria indicar a urgência da situação, razão pela qual acompanhou a divergência inaugurada pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, fazendo apenas uma sugestão de acréscimo redacional, para fixar a tese jurídica no sentido de que *"somente tem cabimento agravo de instrumento nas hipóteses previstas expressamente no art. 1.015 do CPC e em outros casos expressamente referidos em lei"*.

O Ministro Herman Benjamin, também vencido no julgamento do REsp 1.696.396/MT, já havia demonstrado anteriormente seu entendimento pela taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/2015, tanto é que transcrevo, nesta oportunidade, a ementa de um julgado de sua relatoria, no qual foi aplicada a tese de que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do agravo de instrumento:

> PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DECISÃO SOBRE ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ROL TAXATIVO. APLICAÇÃO DO ART. 1.015 DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO.
>
> 1. O recorrente sustenta que os arts. 489 e 1.022, II, do CPC/2015 foram violados, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assevera apenas ter oposto Embargos de Declaração no Tribunal a quo, sem indicar as matérias sobre as quais deveria pronunciar-se a instância ordinária, nem demonstrar a relevância delas para o julgamento do feito.
>
> 2. A discussão sobre a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015 e a possibilidade de interpretá-lo

> extensivamente para admitir a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória relativa às hipóteses não abrangidas expressamente nos incisos referidos no aludido dispositivo foi afetada ao rito dos repetitivos e está submetida à Corte Especial (REsp 1.704.520/MT, REsp 1.696.396/MT, REsp 1.712.231/MT, REsp 1.707.066/MT e REsp 1.717.213/MT). A despeito de tal afetação, a Corte Especial decidiu pela não suspensão dos demais processos, modulando os efeitos do inciso II do art. 1.037 do CPC/2015.
>
> 3. A interpretação do art. 1.015 do CPC/2015 deve ser, em regra, restritiva, por entender que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento.
>
> 4. Questiona-se matéria que está fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015, pois não é referente à redistribuição do ônus da prova, como alega o recorrente. No caso, a controvérsia diz respeito ao adiantamento de honorários periciais, não se enquadrando na hipótese do inciso XI. Não se trata de questão relativa ao mérito do processo, nem há previsão expressa em lei para o cabimento do Agravo de Instrumento em situações como a presente.
>
> 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1740305/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 26/11/2018)

No caso supratranscrito, o Min. Relator Herman Benjamin considera que a interpretação do art. 1.015 do CPC deve ser, em regra, restritiva, não sendo possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente, por entender ser este o posicionamento que mais se coaduna com o espírito do novo Códex, que visa prestigiar a celeridade e a razoabilidade da marcha processual.

Não obstante a controvérsia instaurada sobre o instituto ao tempo do julgamento do REsp 1.696.396/MT, pode-se dizer que, atualmente, há uma certa consolidação do entendimento pela Corte Cidadã, existindo julgados posteriores em que se adotou a tese fixada no julgamento repetitivo, para acolher hipóteses de interposição de agravo de instrumento não previstas no texto legal.

Cito como exemplo o que restou decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no EREsp 1.730.436-SP, julgado em 18/08/2021, que, por unanimidade, acolheu os embargos de divergência e reafirmou o entendimento segundo o qual cabe agravo de instrumento para impugnar decisão que define competência, ou seja, mesmo aqueles Ministros contrários a tese fixada no Tema 988 votaram de acordo com a relatora Laurita Vaz, admitindo a ampliação do rol.

Além deste precedente, há inúmeros outros admitindo a interposição de agravo de instrumento em distintas hipóteses não contempladas pelo art. 1.015 do CPC, de modo que a ampliação jurisprudencial foi tamanha que, sem dúvidas, daria um artigo específico sobre a temática. Como não é o objeto deste estudo, limito-me a citar alguns precedentes do STJ em que houve a flexibilização da regra legal[114], ficando ao leitor a sugestão de leitura.

4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Discorrido sobre os diferentes posicionamentos jurisprudenciais, resta oportuno analisar como a doutrina vem se manifestando sobre o tema, expondo posicionamentos distintos, a fim de propiciar uma melhor compreensão acerca da controvérsia jurídica.

Debruçando-me sobre diversas obras de Direito Processual Civil publicadas após a entrada em vigor da Lei nº. 13.105/2015, observa-se

[114]REsp 1717213-MT; REsp 1817205-SC; REsp 1853458-SP; REsp 1798939-SP; REsp 1827553-RJ; REsp 1757123-SP; REsp 1803925-SP; REsp 1736285/MT; REsp 1798975-SP**;** REsp 1729110-CE; REsp 1724453-SP; REsp 1752049-PR**;** REsp 1738756-MG; REsp 1772839-SP; REsp 1702725-RJ; REsp 1746337-RS; REsp 1745358-SP; REsp 1797991-PR.

uma maior aceitação dos doutrinadores pela interpretação restritiva do rol legal de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento, excepcionando apenas àquelas hipóteses trazidas pelo próprio Código de Processo Civil, além daquelas existentes nas legislações extravagantes.

Nesse sentido, Elpídio Donizetti (2017, p. 1328) aduz que o legislador optou por um rol taxativo, sendo que somente nos casos previstos no art. 1.015 do CPC e em outros expressamente previstos em lei é que pode a parte interpor agravo de instrumento.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1688) também segue este entendimento, fazendo, contudo, uma interessante observação no tocante à possibilidade de popularização do mandado de segurança (remédio constitucional utilizado para proteger direito líquido e certo) nas hipóteses em que não for cabível, de imediato, a interposição de agravo de instrumento.

Justamente por temer a generalização do mandado de segurança é que Cassio Scarpinella Bueno mostra-se favorável a uma interpretação ampliativa, por extensão ou por analogia, das hipóteses do art. 1.015, nos seguintes termos:

> No máximo, será bem-vinda, justamente para não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal, interpretação ampliativa, por extensão ou por analogia, das hipóteses do art. 1.015, sempre conservando, contudo, a razão de ser de cada uma de suas hipóteses para não generalizá-las indevidamente. (Bueno, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1131)

Seguindo a linha da interpretação ampliativa, existem doutrinadores que, embora concordem que o art. 1.015 do CPC estabeleça um rol taxativo, vão um pouco além, sustentando a necessidade de se utilizar a analogia e a interpretação analógica no caso concreto, de forma a não se valer tão somente da redação literal do Código de Processo Civil, o

que se aproxima com o que restou decidido no caso paradigma, em que se buscou mitigar a taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Acerca da necessidade de utilização da interpretação extensiva ou analógica:

> Agravo de instrumento é o recurso adequado para impugnar algumas decisões interlocutórias, expressamente indicadas em lei como sendo recorríveis *em separado*. O art. 1.015 estabelece um rol taxativo (mas não exaustivo, já que há uma cláusula de encerramento no inciso XIII que prevê a possibilidade de outras disposições legais preverem outros casos de cabimento de agravo de instrumento). Assim, só é impugnável por agravo de instrumento a decisão interlocutória que, proferida por juízo de primeira instância, venha a se enquadrar em alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.015 ou que seja declarada agravável por alguma outra disposição legal. Registre-se, porém, que a existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais "abertas" –, interpretação extensiva ou analógica. (Câmara, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 448)

Na mesma linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> *2.* Rol taxativo. A fim de limitar o cabimento do agravo de instrumento, o legislador vale-se da técnica da enumeração taxativa das suas hipóteses de conhecimento. Isso não quer dizer, porém, que

> não se possa utilizar a analogia para interpretação das hipóteses contidas nos textos. Como é amplamente reconhecido, o raciocínio analógico perpassa a interpretação de todo o sistema jurídico, constituindo ao fim e ao cabo um elemento de determinação do direito. O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação. (Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3ª edição rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais, 2017, p. 1091)

Logo, infere-se que, ainda que não haja consenso na doutrina sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, pode-se afirmar, com precisão, que a maioria dos processualistas brasileiros são adeptos da utilização de técnicas de interpretação no que tange às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o que evidencia como o caso paradigma, ao trazer a expressão 'taxatividade mitigada', apresentou ao aplicador do Direito algo completamente novo, uma vez que propõe a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias não elencadas no texto processual, desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica.

5 NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA

Na parte especial do Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015), Livro III, Título II, Capítulo III, nos artigos 1.015 a 1.020, encontra-se a normatização sobre o agravo de instrumento, sendo que o dispositivo legal sobre o qual paira a presente controvérsia está assim redigido:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O Código de Processo Civil não exauriu as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no art. 1.015, uma vez que o inciso XIII do referido artigo prevê a admissão de tal recurso em outros casos expressamente referidos em lei.

A título de exemplo, podemos citar o art. 354, parágrafo único, do CPC[115], que dispõe que contra a decisão terminativa que diminui objetivamente a demanda, caberá agravo de instrumento. A decisão proferida no julgamento antecipado parcial do mérito também será impugnável por agravo de instrumento, conforme art. 356, §5º, do CPC[116].

Há outras inúmeras previsões no Novo Código de Processo Civil, a saber: art. 101, *caput*, CPC[117]; art. 1.027, §1º, CPC[118]; art. 1.037, §13, inc. I, CPC[119].

[115]Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

[116]Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. […] § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

[117]Art. 101. Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação. […]

[118]Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário: I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão; II - pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; b) os processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. § 1º Nos processos referidos no inciso II, alínea "b", contra as decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do art. 1.015. […]

[119]Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

Da legislação extravagante, podemos citar, dentre infindas hipóteses existentes, os artigos 16, §9º, 17, §§9º-A, 17 e 21, todos da Lei nº. 8.429/92[120], que preveem o cabimento de agravo de instrumento em quatro distintas situações, no âmbito da ação de improbidade administrativa.

Importante ressaltar ainda a alteração do regime das preclusões, contida no art. 1.009, §1º, CPC[121], pelo qual as decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecorríveis, ou seja, não precluem imediatamente, podendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso.

6 ANÁLISE CRÍTICA

Após expor os diferentes posicionamentos jurisprudenciais, a doutrina e a legislação aplicável ao caso, mostra-se oportuno o posicionamento deste autor no tocante ao tema ora debatido.

Conforme dito desde a introdução do presente trabalho, a intenção do legislador, ao menos *a priori*, parece clara, no sentido de reduzir

[…] § 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá: I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; [...]

[120]Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito. […] § 9º Da decisão que deferir ou indeferir a medida relativa à indisponibilidade de bens caberá agravo de instrumento, nos termos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). [...] Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. […] § 9º-A Da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação caberá agravo de instrumento. […] § 17. Da decisão que converter a ação de improbidade em ação civil pública caberá agravo de instrumento. […] § 21. Das decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento, inclusive da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação.

[121]Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º 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. […]

as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, talvez em uma tentativa, ainda que indireta, de descongestionar o trâmite processual na 2ª instância.

Todavia, alguns juristas perceberam que a opção do legislador poderia gerar injustiças no caso concreto, e passaram a fazer uma interpretação ampliativa do rol do art. 1.015 do CPC, no sentido de aplicá-lo às hipóteses não previstas taxativamente na lei processual, o que resultou na prolação do acórdão paradigma, que trouxe a famosa expressão da 'taxatividade mitigada'.

O brilhantismo do voto prolatado pela Ministra Nancy Andrighi, atrelado a evolução jurisprudencial do tema, faz com que adira com suas razões, no sentido de reputar adequado a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias não elencadas no texto processual, sempre em caráter excepcional, desde que preenchido o requisito urgência.

Tal raciocínio não implica dizer que o rol das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento seria meramente exemplificativo, pois essa interpretação contrariaria frontalmente a intenção do legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir.

A opção do legislador no momento da elaboração do Novo Código de Processo Civil deve ser analisada teleologicamente pelo intérprete, uma vez que a adoção de um rol restritivo, sob o argumento de privilégio à celeridade, eficiência e economia processuais, pode-se traduzir em efeito diverso do esperado.

Exemplificando, a decisão que define a competência não foi abarcada pelo legislador dentre as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e, caso houvesse uma interpretação literal, o processo tramitaria por um longo período perante um juízo incompetente e, somente por ocasião do julgamento da apelação, é que se poderia suscitar tal questão.

Portanto, me alinho ao posicionamento da Ministra Nancy Andrighi, por entender que o art. 1.015 do CPC traz um rol de taxatividade mitigada, sendo possível, excepcionalmente, a interposição de agravo de instrumento fora das hipóteses legais desde que preenchido um requisito objetivo: a urgência.

CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor da Lei nº. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), o legislador optou por elencar no art. 1.015 do texto processual as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o que gerou imenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca na natureza deste rol, se taxativo ou exemplificativo.

Após analisar com acuidade o Recurso Especial 1.696.396/MT, verificou-se que restou vencedora a tese de que, preenchido o requisito urgência, seria possível a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias não elencadas no texto processual, sempre em caráter excepcional, reconhecendo que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada.

Para tanto, a relatora do acórdão, Ministra Nancy Andrighi, sustentou que existem diversos exemplos de situações urgentes não contempladas pelo legislador e que, se examinadas apenas por ocasião do recurso de apelação, tornariam a tutela jurisdicional sobre a questão incidente tardia e, consequentemente, inútil. Ainda, afirma ser inconcebível que apenas algumas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador pudessem ser objeto de imediato enfrentamento, tendo por base o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal e no art. 3º do CPC/15.

Apesar da controvérsia que pairava sobre o instituto, o que pode ser extraído do próprio julgamento do acórdão paradigma, parece-me que, atualmente, houve a consolidação do entendimento pela Corte da Cidadania, existindo julgados posteriores em que se adotou a tese fixada no julgamento repetitivo, para acolher hipóteses de interposição de agravo de instrumento não previstas no texto legal.

Os doutrinadores, por sua vez, apresentam ideias divergentes, não havendo consenso sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC. No entanto, a maior parte deles defende a taxatividade trazida pelo legislador, sem desprezar a utilização de técnicas de interpretação no que tange às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

No tocante à legislação aplicável, o tema encontra-se quase que em sua totalidade inserto no Novo Código de Processo Civil, não somente nos arts. 1.015 a 1.020, mas em todo o código, além de previsões por diversas legislações extravagantes.

Evidenciados os diferentes posicionamentos jurisprudenciais, a doutrina e a legislação aplicável ao caso, posicionamo-nos em consonância com a tese vencedora no Superior Tribunal de Justiça, de ser possível, em caráter excepcional, a interposição de agravo de instrumento em hipóteses não elencadas no texto processual, desde que preenchido o requisito urgência.

Por fim, ressalte-se que o presente trabalho não tem o condão de exaurir toda a matéria relativa a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC. Pelo contrário, considerando-se que a contemporaneidade do objeto deste artigo carece sempre de novos estudos, mostra-se necessário recorrer à doutrina e à jurisprudência na medida da evolução do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. **Atos de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 18 de julho de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de julho de 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado** – 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3ª edição rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 9ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado** – Volume único. 1ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1696396/MT**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea >. Acesso em: 17 de julho de 2023.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1740305/SP**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 26/11/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801072093&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea >. Acesso em: 17 de julho de 2023.

ACESSO À INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA EM FACE DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE DOS INDIVÍDUOS ENVOLVIDOS

CCESS TO INFORMATION, TRANSPARENCY IN THE FACE OF THE INTIMACY AND PRIVACY OF THE INDIVIDUALS INVOLVED – CALIBRATING THE MISMATCH BETWEEN LAI AND LGPD

Raimundo Nonato Cunha[122]

Resumo: O presente trabalho aborda a possibilidade de uso da Lei geral de Proteção de Dados – LGPD para negar o acesso a informações públicas com base na Lei de Acesso à informação – LAI, identifica a matriz constitucional das normas em conflito e busca critérios para a compatibilização dos princípios em rotas de colisão. Listam-se as características históricas e visão geral da LAI e LGPD. São apresentados casos de tentativa de ocultação de dados públicos, no âmbito federal e modos de solução dos conflitos. O método utilizado foi o lógico-dedutivo, mediante consulta bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, com abordagem livre e exploratória sobre a temática.

Palavras-chaves: Constitucional; Judicial; Publicidade; Intimidade; Conflitos**.**

Abstract: The present work addresses the possibility of using the General Data Protection Law – LGPD to deny access to public information based on the Access

[122] Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1993); Suficiente investigador pela Universidade de Burgos/Espanha; Especialista em Direito Previdenciário pela UFCAM (2022); Especialiista em Combate à Corrupção pela Universidade de Fortaleza em convênio com a Escola Superior do Ministério Público; MPCE; Promotor de Justiça; Email: nonatocunha@mpce.mp.br.

to Information Law – LAI. It identifies the constitutional matrix of the rules in conflict and seeks criteria for the compatibility of the principles on collision routes. The historical characteristics and overview of LAI and LGPD are listed. Cases of attempted concealment of public data at the federal level and ways of resolving conflicts are presented. The method used was the logical-deductive one, through bibliographical, doctrinal and jurisprudential consultation, with a free and exploratory approach on the theme.

Keywords: Constitutional; Judicial; Advertising; Intimacy; Conflicts.

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Acesso à Informação completou onze anos de sua eficácia em 16 de maio de 2023 e regulamentou um direito a todos assegurado há, pelo menos, trinta e cinco anos, ou seja, com a Constituição de 1988.

Desde que foi editada, essa norma vem sofrendo ataques e pressões de quem deveria defendê-la, os hierarcas dos poderes constituídos, sendo invocada, por último, com fundamento na Lei Geral de Proteção de Dados, para negar acesso a informações públicas em face de alegada violação da intimidade e privacidade de agentes públicos, um direito também fundamental, bem como indeferir a divulgação, *e.g*., do Cadastro Unificado de Fornecedores da administração pública.

Há suporte jurídico para tanta resistência? Há conflito real ou apenas aparente de princípios ou regras veiculadas?

Como sabido, o direito à informação pública tem em vista a transparência da gestão, a fiscalização social e a efetivação da democracia. O direito à intimidade, por outra banda, visa proteger o indivíduo em face dos abusos do Estado, de entes privados e da própria sociedade.

2 FUNDAMENTOS INTERNACIONAIS DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Mesmo em sociedades dotadas de cultura participativa, um dos fatores que desestimulam o exercício do controle social é a falta de acesso à informação pública, daí porque há uma preocupação, inclusive mundial, em eliminar toda e qualquer barreira à transparência dos atos, da gestão e dos documentos públicos. A publicidade vem sendo proclamada como regra e o sigilo, como exceção.

No plano internacional, o Direito à Informação está previsto pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992[123].

Consta do artigo 19 do citado Pacto, *verbis*:

> 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
>
> 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
>
> 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
>
> a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

[123] BRASIL. Decreto 592, de 06 de julho de 1992. D*isponível em* www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 22 jun 2023.

> b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

De igual modo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto nº 5.687/2006, em seu art. 10, dispõe de medidas necessárias para o combate da corrupção, visando aumentar a transparência na Administração Pública, contemplando o Direito à informação, *in verbis:*

> Artigo 10 - Informação pública: Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas:
>
> a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público;
>
> b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e
>
> c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública.

Assim, temos que o acesso à informação no Brasil está fundamentado nesses tratados internacionais que também passaram a fazer parte do rol de direitos fundamentais, por força do § 2º do artigo 5º da Carta Magna[124].

3 DIREITO À INFORMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

No plano nacional, nossa Constituição Federal elenca a publicidade como princípio informativo da administração pública[125] e trata o tema do acesso à informação dele decorrente como um direito humano fundamental, seja a matéria de interesse particular ou público. As exceções ao acesso somente são admitidas quando imprescindíveis à segurança do Estado, da sociedade e também à preservação de outros direitos igualmente fundamentais, como acontece com o direito à privacidade e à intimidade das pessoas, sopesados no caso concreto pela autoridade administrativa ou judicial, em última instância, sendo o caso.

Desta forma, observa-se que com relação à gestão, a Constituição que nos governa prescreve, nesse aspecto, que a administração pública deve ser norteada pelo princípio da publicidade, devendo o direito de acesso a informações ser disciplinado através de lei, como restou regulamentado, resguardados, apenas, os raros casos de sigilo.

Quando trata da ordem social, referindo-se em especial à cultura, a CF/88 também prescreve, em regra, a abertura da documentação pública para as necessárias consultas.

---

[124] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, [2023]. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Disponível em http://planalto.gov.br. Acesso em 22 jun 2023.

[125] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, [2023]. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência. Disponível em http://planalto.gov.br. Acesso em 22 jun 2023.

Dito de forma direta, a publicidade está prevista no inciso II do § 3º do art. 37, da Carta magna, garantindo-se "o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII".

Com efeito, o constitucionalista garante a publicidade, mas manda observar, de logo, também o inc. X que trata da proteção da intimidade e da vida privada e o XXXIII, que excepciona apenas o sigilo para preservar a segurança particular ou nacional, como adiante se verá.

O princípio da publicidade, presente no regime jurídico-administrativo e constitucional, acarreta a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, de modo que a lei só poderá restringir a publicidade quando a defesa da intimidade ou do interesse social assim o exigirem.

Dada a sua relevância para a democracia, a Constituição Federal Brasileira trata o acesso à informação como um direito humano fundamental, eis que previsto no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, seja a matéria de interesse particular ou público, prescrevendo, *verbis*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […]
>
> XIV - é assegurado a todos o **acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; […]
>
> XXXIII - todos têm **direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral,** que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (g.n.).

De fato, o direito à informação tem uma dupla dimensão, isto é, a dimensão objetiva, em que se extrai o seu valor no contexto de Estado Democrático de Direito, permitindo um maior controle e uma cidadania ativa e consciente; e a dimensão subjetiva, a qual se refere ao direito de não lhe ser negado o acesso à informação (SARLET *et al*, 2022, p. 250).

De outra banda, no que se refere a documentos públicos, arquivos etc., a Carta magna veicula no § 2º do art. 216 da Constituição Federal[126] que:

> Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foram publicadas leis e decretos que versam acerca do acesso à informação, entre elas: a Lei do Habeas Data (Lei nº 9.507/97), a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), a Lei da Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), e, em especial, a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527/2011).

4 DIREITO À INFORMAÇÃO COM BASE NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (Lei nº 12.527/2011 - LAI)

No Brasil, a LAI surgiu em 18 de novembro de 2011 para viger seis meses após sua publicação[127], ou seja, 16 de maio de 2012, dispondo acerca de mecanismos e prazos para a entrega de informações solicitadas pelos cidadãos.

[126] BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição **da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Art.216 § 2º. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

[127] BRASIL. [Leis ordinárias (2023)]. Lei nº 12.527/2011, art. 47º. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

Em seu texto, elenca normas gerais a serem obedecidas pelos entes e órgãos públicos, cabendo aos Estados e Municípios apenas definir regras específicas, principalmente aquelas referentes ao funcionamento do Serviço de Informação ao Cidadão (SIC) e as instâncias recursais.

A LAI trata da regulamentação do direito à informação e ainda altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto do Servidor Público Federal), regulando o dever de denúncia; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005 (Acesso a documentos) e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991 (Lei dos Arquivos Públicos e Privados), além de outras providências.

Esta lei se aplica à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, aos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Cortes de Contas. Aplica-se também a Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia mista, empresas controladas; e mais, a entidades sem fins lucrativos que recebam recursos públicos diretamente do orçamento, mediante subvenções sociais, contratos de gestão, termo de parceria, convênios, acordos, ajustes etc.

Os princípios norteadores da LAI são: 1) publicidade como preceito geral e sigilo como exceção. Princípio da máxima divulgação, com o fito de abranger todas as espécies de informações e órgãos possíveis, além de alcançar o maior número de indivíduos e tornar como preceito geral a publicidade, sendo o sigilo apenas uma exceção; 2) transparência ativa, de ofício (obrigação de publicar*)*, exceto para municípios de até 10 mil habitantes, obedecendo ao art. 73-B, da LC 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, referente à execução orçamentária e financeira; 3) utilização de internet, isto é, princípio da promoção de um governo aberto, com diretrizes que estimulem a criação de processos governamentais mais transparentes; 4) incentivo à cultura de transparência e, consequentemente, da mitigação da cultura do sigilo e 5) princípio do controle social da administração pública.

A LAI também prevê outros instrumentos de acesso: 1) Serviço de Informação ao Cidadão – e-SIC (transparência passiva); 2) Recursos contra negativa ao acesso[128]; 3) Disciplinamento de casos excepcionais de

[128] BRASIL. [Leis ordinárias (2023)]. Lei nº 12.527/2011, arts.15º a 20º. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

sigilo[129]: com graus ultrassecreto, secreto e reservado, com respectivos prazos de 25, 15 e 5 anos; 4) tratamento de informações pessoais.

Destaca-se na referida lei, a proibição de ser negado o acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais e à comprovação de violação de direitos humanos[130].

Quanto às responsabilidades[131] para eventuais casos de violação, a LAI prevê sanções por ato de improbidade administrativa, crime de responsabilidade e infração disciplinar (para agentes públicos).

Também entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos poderão estar sujeitas a sanções administrativas de advertência, multa, rescisão do vínculo, suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por até dois anos, além de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública.

Ressalta-se ainda que, no tocante a entidades privadas sem fins lucrativos, só serão submetidas à exigência de publicidade, informações que se refiram àquela parcela dos recursos públicos recebidos em específico e à sua destinação.

Assim, esta lei regulamentou o direito de acesso à informação, abarcando todos os órgãos e entidades Federais, Estaduais, Municipais e Distritais; todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário; e toda a administração pública direta ou indireta – órgãos públicos, autarquias, fundações empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente. Ademais, tem o poder de alcançar entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos, seja diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contratos de gestão, termo de parceria, convênios, acordos e ajustes.

[129] ...arts. 21º a 31º.
[130] ...arts. 21.
[131] ...arts. 32º a 34º.

5 DIREITO À INTIMIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O direito fundamental à privacidade e à intimidade encontra-se previsto no art. 5º, incisos X e LXXIX, da Constituição Federal de 1988, a saber:

> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> LXXIX - assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

Os doutrinadores J. J. Gomes de Canotilho e Vital Moreira[132] (CANOTILHO, MOREIRA, 2007, p.467) lecionam que são observadas as seguintes características no direito à intimidade:

> Direito à reserva da intimidade, da vida privada e familiar, dos direitos de resistência: a) direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; e b) direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem.

A informação pessoal, constante de bancos de dados mantidos pela administração pública e pela iniciativa privada, compreende toda informação relacionada à vida particular e à intimidade de pessoas, devendo

[132] CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora: 2007.

o órgão ou a entidade detentora dessa informação restringir o seu acesso, por expresso mandamento constitucional.

Nessa esteira, a Lei Federal nº 13.709[133] de 14 de Agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – **LGPD**), no tocante aos dados pessoais, acentuou, como não poderia deixar de ser, o respeito à privacidade e resguardou o direito à informação, além de outros princípios contidos no art. 2º do citado diploma legal, nos seguintes termos:

> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
>
> I - o respeito à privacidade; ...
>
> IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

Para a informação mantida pela gestão pública, a regra é a publicidade; outrossim, para dados armazenados e tratados pela iniciativa privada, em especial os chamados *dados sensíveis*, despertou-se a preocupação diante de casos de vazamentos e utilização indevidos.

Segundo o Art. 5º, inc. II, dessa norma, dado pessoal sensível[134] é:

> dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a

[133] BRASIL. [Leis ordinárias (2023)]. **Lei nº 13.709/2018**. Brasília, DF. Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

[134] BRASIL. [Leis ordinárias (2023)]. **Lei nº 13.709/2018**. Brasília, DF. Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

> sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Efetivamente, a modernidade exigiu e a LGPD foi editada com o fito de proteger a intimidade, na medida em que regulamenta o uso de dados pessoais em situações que envolvam conexões digitais e com vistas a instrumentalizar a proteção a direitos fundamentais relacionados à privacidade de indivíduos e resguardados pela Carta Constitucional.

Essa norma foi promulgada, portanto, com fim de efetivar os direitos fundamentais tanto de liberdade quanto de privacidade, dispondo sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive no meio digital, feito por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado.

Os dados são originariamente brutos, não tratados. O art. 5º., inc. X, da LGPD, assim define o que vem a ser tratamento:

> X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Recorde-se que a LAI também prevê o "tratamento de informações pessoais"[135], devendo observar que deve ser realizado de forma

[135] BRASIL. [Leis ordinárias (2023)]. **Lei nº 12.527/2011**, art.31. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023 "Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais".

transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

De fato, o art. 4º., inc. V, da LAI, assim define tratamento da informação:

> V - tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;

Nesse passo, observa-se que a própria LAI também prevê que as informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão restrição de acesso a agentes públicos legalmente autorizados e sigilo garantido pelo prazo máximo de 100 (cem) anos, ao prescrever: "terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, aos agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem.[136]

Tratamento de dados, portanto, significa qualquer ação realizada com os dados de um indivíduo.

De fato, não remanesce dúvida de que os entes públicos detêm legitimidade para o tratamento de dados pessoais, com o escopo de atender a finalidades públicas e também de adotarem a publicidade como um dever, garantindo o acesso à informação, seja por meio de uma transparência ativa (*ex officio)* ou passiva (por provocação ou solicitação).

Todavia, o tratamento destas informações, principalmente em relação àquelas que tenham teor pessoal e privado, deve ser pautado em lei, atribuindo-se responsabilidade ao agente público e privado que as detém e

[136] BRASIL. [Leis ordinárias (2023)]. **Lei nº 12.527/2011**, art.31.I. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

realiza o tratamento, por eventuais transgressões ou incidentes, como vazamentos involuntários.

Convém observar, assim, que a LAI e a LGPD objetivam resguardar direitos fundamentais distintos, sendo que ambas abordam a questão de tratamento de dados, resguardando a proteção da intimidade e vida privada de pessoas envolvidas, tanto em relação a informações armazenadas por órgãos e entidades da administração pública quanto por entes da iniciativa privada.

A lógica normativa de ambas as leis consiste na ideia de permitir que o indivíduo tenha acesso ao que diz respeito a dados pertinentes a cada finalidade e necessidade, devendo as informações de interesse público serem transparentes em decorrência da LAI, tanto de ofício quanto a requerimento da parte; já as informações particulares devem ser privadas e intransferíveis, segundo a LGPD, ainda que mantidas ou armazenadas por entes da iniciativa privada. Nessa seara, o titular dos dados pessoais tem o direito de acesso a informação para ciência e obtenção de seus dados pessoais em entidades públicas por força da LAI ou privadas, em decorrência da LGPD.

O problema, muitas vezes, sucede quando informações públicas estão associadas com informações privadas, pelo que a publicização pode violar a intimidade, privacidade e até a honra de pessoas eventualmente ligadas a tais informações.

Sobrevém, naturalmente, a ideia do interesse público que, como cediço, é um conceito aberto, indeterminado, havendo uma margem de ponderação de valores nos diversos casos concretos, mormente por definir a priorização dos anseios e das necessidades de uma sociedade, a partir de critérios circunstanciais, para que as escolhas possam sejam dirigidas para a concretização dos direitos fundamentais da sociedade. Para a doutrina, temos que:

> O interesse público é a expressão dos valores indisponíveis e inarredáveis assegurados pela Constituição, sob o signo inarredável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana

> (personalização da ordem constitucional). Não se deve, pois, buscar o interesse público (singular), mas os interesses públicos consagrados no texto constitucional, que inclusive podem se apresentar conflitantes na conformação do caso concreto, o que exige necessariamente uma ponderação de valores, a fim que resolver o conflito entre princípios no problema prático. [137].

Para DI PIETRO[138] (2023, p. 115), na medida em que houver conflito entre o direito fundamental à intimidade e o direito à informação ou à imprensa, invoca-se o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), observando o trinômio de necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido restrito). Em outras palavras, salienta a autora, "a medida deve trazer o mínimo de restrição ao titular do direito, devendo preferir os meios menos onerosos (regra da necessidade); deve ser apropriada para a realização do interesse público (regra da adequação); e deve ser proporcional em relação ao fim a atingir (regra da proporcionalidade em sentido estrito)".

Neste diapasão, a jurisprudência vem se inclinando a apontar uma aparente (e falsa) antinomia entre os direitos garantidos pela Lei de Acesso à Informação (LAI) e Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), quais sejam, o direito à informação e à proteção de dados pessoais, destacando que o interesse geral e republicano da publicidade deve prevalecer sobre o particular da privacidade, mormente em casos de agentes públicos.

---

[137] CRISTÓVAM, J. S. da S. (2013). **O conceito de interesse público no estado constitucional de direito**. *Revista Da ESMESC*, *20*(26), 223–248. https://doi.org/10.14295/revistadaesmesc.v20i26.78.

[138] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo** – 36ª. Ed. Rio de Janeiro; Ed. Forense, 2023, E-book. ISBN 978-65-596-4678-4 Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/epubcfi/6/28[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml14]!/4/2/232/1:103[gaç%2Cão%20] Acesso em 15 jun 2023.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal[139] tem compreendido e firmado teses segundo as quais a divulgação de informações relativas a nomes de servidores e sua remuneração não viola a privacidade, *verbis*:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. PUBLICAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, DO NOME DE SEUS SERVIDORES E DO VALOR DOS CORRESPONDENTES VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. 1. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido (ARE 652777 Relator(a): Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 PUBLIC 01-07-2015).

.De igual modo, o STF[140], sete anos antes da edição da LGPD, já acentuava que não cabia falar-se em violação de intimidade ou à vida privada, pois os dados objeto da divulgação do nome, cargo e remuneração de servidores públicos dizem respeito a agentes públicos **mesmos**, acentuando que é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano, consoante o brilhante voto do Min. Ayres Britto, assim:

> Ementa: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO

[139] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 652777** . Relator(a): Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno Disponível em www.jurisprudencia.stf.jus.br/pages/. Acesso em 22 jun 2023.

[140] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. na suspensão de segurança. Relator(a): Min. Ayres Brito. Disponível em www.jurisprudencia.stf.jus.br/pages/. Acesso em 22 jun 2023.

OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA ***PUBLICIDADE*** ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À ***PRIVACIDADE***, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo "nessa qualidade" (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da ***publicidade*** administrativa outra coisa não é

> senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O "como" se administra a coisa pública a preponderar sobre o "quem" administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da ***publicidade*** administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos. (SS 3902 AgR-segundo / SP - SÃO PAULO. Segundo AG.REG. na suspensão de segurança. Relator(a): Min. Ayres Brito. Julgamento: 09/06/2011 Publicação: 03/10/2011 Órgão julgador: Tribunal Pleno).

Mais recentemente, quando provocado acerca do cotejamento de norma da LGPD em conflito com a LAI, o STF[141] manteve o firme entendimento de que o **princípio da *publicidade*** *é* um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações para toda a sociedade, ao assentar, *verbis*:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES GENÉRICAS E ABUSIVAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS

[141] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6347, 6351 e 6.353. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Disponível em www.jurisprudencia.stf.jus.br/pages/. Acesso em 22 jun 2023.

> PRINCÍPIOS DA *PUBLICIDADE* E TRANSPARÊNCIA. SUSPENSÃO DO ARTIGO 6º-B DA LEI 13.979/11, INCLUÍDO PELA MP 928/2020. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. 1. A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da *publicidade* como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade. 2. À consagração constitucional de *publicidade* e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. 3. O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de *publicidade* e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade. 4. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6347, 6351 e 6.353. Medida cautelar referendada. (ADI 6347 MC-Ref /DF - DISTRITO FEDERAL REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 30/04/2020 Publicação: 14/08/2020 Órgão julgador: Tribunal Pleno).

Para TAVARES[142] (2023, p. 222), a Emenda Constitucional nº 115/2022 incluiu a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais,

[142] TAVARES, Andre R. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625792. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/. Acesso em: 07 jun. 2023.

entre os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, positivando um direito fundamental que já vinha sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI 6.387 e que já estava regulamentado pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018), senão vejamos:

> EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). **COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS**, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. **Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)**, como fundamentos específicos da **disciplina da proteção de dados pessoais.** 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, **o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados.** 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de

Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a **garantia de que os dados pessoais manipulados sejam "adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito" e "conservados apenas pelo tempo necessário.**" (artigo 45, § 2º, alíneas *b* e *d*). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpre as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. **Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada.** 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados

> pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada. [(ADI 6387 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020) (**destaquei)].**

Portanto, não remanesce dúvida acerca da preponderância do princípio da publicidade, transparência e acesso a informações a toda a sociedade, não se reconhecendo violação de privacidade ou intimidade, nos casos de divulgação nominal de remuneração de agentes públicos, com restrição apenas a dados como endereço, CPF e documento de identificação para mitigação da segurança pessoal de envolvidos.

6 CASOS DE NEGATIVAS DE ACESSO À INFORMAÇÃO DE CARÁTER PÚBLICO

Na administração pública, compreende-se que, sendo a publicidade um dever, deve-se priorizar a transparência de dados e

informações, observadas as prescrições da LAI, inclusive no respeitante à intimidade e privacidade.

Com o surgimento da LGPD, dúvidas foram lançadas a respeito do conflito entre a transparência e a proteção de dados, tendo sido utilizado esse diploma legal como pretexto para dificultar ou negar o acesso a informações que antes eram disponibilizadas pela LAI. Assim, diversos casos sinalizam que a LGPD vem sendo manejada para negar acesso a informações públicas, revelando-se um retrocesso preocupante e inaceitável. Consta que em 2021, ao menos 79 (setenta e nove) pedidos de acesso à informação foram negados com base na LGPD e chegaram à instância da Controladoria-Geral da União (CGU), em grau de recurso[143].

De fato, a incidência de casos em que a LGPD tem sido utilizada para negar acesso a informações públicas mostra-se exorbitante e o uso indevido desta lei provoca instabilidade ao direito fundamental de acesso à informação pública contemplado pela LAI, o que resulta inadmissível retrocesso.

Para apurar tal incidência, em 2022, foi produzida uma ficha técnica pela "Agência de Dados Fiquem Sabendo" em parceria com o "INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa, com a colaboração do Programa de Transparência Pública da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e financiamento pela Fundação Heinrich Böll, acerca dos impactos da LGPD nos pedidos de LAI ao governo federal.

Em relatório[144], constatou-se que a cada 4 (quatro) pedidos analisados que usam a LGPD como argumento, pelo menos um tem indício de estar em desacordo com a legislação.

Ademais, o documento trouxe exemplos com a finalidade de demonstrar quais os tipos de argumentos utilizados indevidamente pelo governo federal.

---

[143] **A LAI é 10** [livro eletrônico]: o Brasil após uma década da Lei de Acesso à Informação / organização Fórum de Direito de Acesso a informações Públicas. 1ª. Ed. - São Paulo. Abraji. 2022.PDF, págs.18 e 23. Disp.em:www.cgu.gov.br.

[144] Disponível em: https://br.boell.org/pt-br/2022/05/10/impactos-da-lgpd-nos-pedidos-de-lai-ao-governo-federal#:~:text=O%20relat%C3%B3rio%20constata%20que%20a,forma%20alarmante%20em%20termos%20quantitativos.

Um dos casos apresentados consistiu em pedido de acesso ao cadastro de fornecedores da Administração Pública, que restou negado sob a justificativa de que, em relação aos nomes das empresas, contato e e-mail, as informações solicitadas estavam protegidas pela LGPD, ainda que se refiram a pessoas jurídicas. Ocorre que, pela supramencionada lei, deveriam ser restritos apenas os dados sensíveis, sendo evidente o fato de que o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores possui informações de interesse público, nada tangenciando a questão da intimidade ou vida privada de quem quer que seja.

Não é demais recordar que assuntos relacionados à administração pública e aos agentes envolvidos são de interesse geral, sendo irrelevantes questões como intimidade, honra ou imagem de eventual servidor ou entidade que perceba recursos públicos.

Nesse contexto, torna-se evidente que tem havido um desconhecimento legal, má vontade ou, até, má-fé de servidores públicos quanto aos limites e abrangência da LGPD em cotejo com as garantias da LAI, tendo em vista um quantitativo exorbitante de solicitações negadas com fundamentos equivocados.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, procurou-se demonstrar a problemática dos conflitos e tensões ocorrentes entre os direitos fundamentais de acesso à informação em rota de colisão com privacidade/intimidade de pessoas e entes envolvidos.

A LGPD (2018) e a LAI (2011) possuem concepções semelhantes sobre o que vem a ser dado pessoal, preservando, por expresso mandamento constitucional, as informações pessoais dos titulares em relação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem e os chamados dados pessoais sensíveis definidos no art. 5°, inc.II da LGPD, sendo tais dados restritos aos titulares e aos agentes de tratamento de tais informações pessoais, que têm o dever de sigilo. De modo geral, a LGPD tem em mira assegurar a privacidade de dados, enquanto a LAI tem em vista promover a publicidade.

Revisitaram-se as peculiaridades da Administração Pública, salientando que deve observar a publicidade, transparência e acesso à informação, de caráter público ou particular, sem perder de vista o respeito aos direitos individuais de pessoas eventualmente afetadas em face da condição de agente público, evidenciando o fortalecimento da democracia e compatibilização dos direitos fundamentais.

Questão trazida à baila foi também a atuação do Judiciário em face da ponderação dos direitos em querela através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade aplicáveis à solução de antinomias constitucionais e entre a LAI e LGPD, resultando a compreensão de que deve preponderar o interesse público traduzido pelo primado da transparência das informações públicas com vistas à fiscalização por parte da sociedade e moralização da administração.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE DADOS FIQUEM SABENDO. **Impactos da LGPD nos pedidos de LAI ao governo federal**. Relatório, v. 2. 2022. Disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/2022-05/Relat%C3%B3rio%20LAI%20x%20LGPD%20v.2.0.pdf. Acesso em: 06 jun. 2023.

BIONI, Bruno Ricardo; SILVA, Paula Guedes Fernandes da; Martins, Pedro Bastos Lobo. **Intersecções e relações entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI)**: análise contextual pela lente do direito de acesso. Cadernos Técnicos da CGU - Coletânea de Artigos da Pós-graduação em Ouvidoria Pública, v. 1, 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/article/view/504/284. Acesso em: 07 jun 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

BRASIL. [Leis ordinárias (2023)]. **Lei nº 12.527/2011**. Brasília, DF. Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

BRASIL. [Leis ordinárias (2023)]. **Lei nº 13.709/2018**. Brasília, DF. Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br. Acesso em: 06 junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 652777**-RJ. Relator: Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 23/04/2015, Data de Publicação: 01/07/2015. Disponível em:https://stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS 3902 AgR-segundo / SP**. Segundo AG.REG. na suspensão de segurança. Relator: Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 09/06/2011, Data de Publicação: 03/10/2011. Disponível em:https://stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6387 MC**-Ref /DF. Relator: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 07/05/2020, Data de Publicação: 11/11/2020. Disponível em:https://stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 22 jun. 2023.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora: 2007.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios.** Brasil Transparente. 1ª Ed., Abril de 2013. Disponível em: https://acessoainformacao.cidadeocidental.go.leg.br/res/docs/manual_lai_estadosmunicipios.pdf. Acesso em: 07 jun 2023

CRISTÓVAM, J. S. da S. (2013). **O conceito de interesse público no estado constitucional de direito**. *Revista da ESMESC*, *20*(26), 223–248. https://doi.org/10.14295/revistadaesmesc.v20i26.78.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo** – 36ª. Ed. Rio de Janeiro; Ed. Forense, 2023, E-book. ISBN 978-65-596-4678-4 Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/e

pubcfi/6/28[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml14]!/4/2/232/1:103[gaç%2Cão%20] Acesso em 15 jun 2023

FÉLIX, Syngryd Nonato Freire Queiroz; NETO, Daniel Antonio de Aquino. **Análises das antinomias entre a lei de acesso à informação (LAI) e a lei geral de proteção de dados (LGPD) na prática da administração pública**. Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA - ISSN: 2675-5394, [S.l.], v. 8, n. 1, mar. 2023. ISSN 2675-5394. Disponível em: <http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/article/view/2823>. Acesso em: 06 jun. 2023.

GRUMAN, M. **Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo**. Revista Debates, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 97, 2012. DOI: 10.22456/1982-5269.34229. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/34229. Acesso em: 5 jun. 2023.

JARDIM, J. M. **A lei de acesso à informação pública**: dimensões político-informacionais. Encontro Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Ciência da Informação, 13., 2012, Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/181085. Acesso em: 05 jun. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/. Acesso em: 07 jun. 2023.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/. Acesso em: 07 jun. 2023.

SILVA NETO, Carlos Eugênio da; TEIXEIRA, Maria Luiza Firmino. **Estaria o acesso à informação ameaçado pela proteção de dados pessoais? Uma falsa antinomia normativa,mas uma insegurança fática no âmbito das instituições federais de ensino superior**. Cadernos Técnicos da CGU – Conferência Internacional de Comissários de Acesso à Informação – ICIC, v. 2, 2022. Disponível

em:https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/article/view/470/291. Acesso em: 07 jun 2023.

TAVARES, Andre R. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625792. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/. Acesso em: 07 jun. 2023.

O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR E SUA CONFIGURAÇÃO NA APROVAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 COM ANÁLISE DAS ADIS Nº 4887, 4888 E 4889

THE UNCONSTITUTIONAL VICTURE DUE TO BREACH OF PARLIAMENTARY DECORUM AND ITS CONFIGURATION IN THE APPROVAL OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT No. 41/2003 WITH AN ANALYSIS OF ADIS No. 4887, 4888 AND 4889

João Henrique de Brito Marinho

RESUMO: O presente estudo visa examinar a suposta inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003 por vício decorrente de quebra de decoro parlamentar. Para tanto, faz-se uma análise do controle de constitucionalidade a que as Emendas à Constituição devem se submeter. Delimita-se, ainda, os conceitos de bloco de constitucionalidade e de decoro parlamentar, bem como de seus aspectos constitucionais e a construção da teoria de Lenza acerca da existência da inconstitucionalidade, por quebra no dever de decoro parlamentar. Essa teoria ganhou notoriedade com o comprovado esquema de compra de votos na Ação Penal nº 470, para que projetos de lei fossem aprovados de acordo com os interesses do governo à época. Serão citadas e examinadas as ADIs nº 4887, 4888 e 4889, casos concretos em que o STF terá de se manifestar pela primeira vez sobre essa espécie de vício de inconstitucionalidade. Nas considerações finais, defendemos a declaração de inconstitucionalidade da Reforma da Previdência de 2003,

sugerindo a modulação de seus efeitos, de modo que restem conciliados os interesses social, jurídico, político e econômico envolvidos na causa.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Compra de votos. Inconstitucionalidade por vício decorrente de quebra de decoro parlamentar.

ABSTRACT: This paper aims to examine the alleged unconstitutionality of Constitutional Amendment No. 41/2003 for addiction due to breaking parliamentary decorum. Therefore, it is an analysis of judicial that the Amendments to the Constitution must be submitted. Wraps are also the concepts of constitutional block and parliamentary decorum, as well as their constitutional aspects and construction of Lenza theory about the existence of unconstitutionality, for breach of the duty parliamentary decorum. This theory gained notoriety with the proven vote-buying scheme in Criminal Case No. 470, that the bills were approved in accordance with the interests of the government at the time. It will be cited and examined the academically ADIs No. 4887, 4888 and 4889, where in particular the Supreme Court will have to speak for the first time on this new form of unconstitutionality. In the concluding remarks, we advocate a declaration of unconstitutionality of the Welfare Reform 2003, suggesting the modulation of their effects, so that the interests reconciled avoidance social, legal, political and economic involved in the cause.

KEYWORDS: Control of Constitutionality. Direct Action of Unconstitutionality. Vote buying. Unconstitutional by Parliamentary decorum.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Controle de Constitucionalidade e seus elementos identificadores. 2.1 Definição e relevância do controle de constitucionalidade para o ordenamento jurídico. 2.2 Classificações e suas espécies normativas: breves considerações. 2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.3.1 Conceito. 2.3.2 Elementos essenciais do controle de constitucionalidade via ADI. 2.3.3 Objeto da Ação. 2.3.4 Procedimento da ADI. 2.3.5 Controle de constitucionalidade das Emendas Constitucionais. 3 Dever de decoro parlamentar e o controle de constitucionalidade decorrente de sua ausência. 3.1 Conceito de decoro parlamentar. 3.2 Princípios ofendidos pela quebra do decoro parlamentar.

3.3 Hipóteses de quebra de decoro parlamentar. 3.4 Das penalidades aplicáveis por conduta violadora do dever de decoro. 4. Discussão acerca da Inconstitucionalidade da EC nº 41/2003 por vício de decoro parlamentar – ADIs nº 4887, 4888 e 4889. 4.1 Análise da ADI nº 4887. 4.2 Análise da ADI nº 4888. 4.3 Análise da ADI nº 4889. 4.4 Fundamentos jurídicos favoráveis à constitucionalidade e inconstitucionalidade da EC nº 41/2003 por quebra de decoro parlamentar. 5 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho sobre a suposta inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41/2003 por vício decorrente de quebra de decoro parlamentar, emenda esta que é atualmente objeto das ADIs n° 4887, 4888 e 4889, ainda aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal.

O tema será abordado sob a perspectiva do controle de constitucionalidade a que todas as leis e os atos normativos (Emenda Constitucional, *in casu)* estão sujeitos, tomando como ponto de partida um breve estudo sobre o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, com ênfase na Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.

Entretanto, será feita uma análise jurídica diversa das tradicionalmente estudadas inconstitucionalidades formais e materiais, qual seja, sob o prisma da inconstitucionalidade por vício decorrente da quebra de decoro parlamentar.

Posteriormente, será objeto de estudo o conceito de decoro parlamentar, ao passo que serão levantadas as penalidades aplicáveis aos parlamentares que infringirem o dever de decoro.

Ademais, serão demonstradas algumas condutas em que estes parlamentares atuariam de maneira incompatível com o decoro parlamentar, além das hipóteses previstas nos regimentos internos das casas legislativas, com especial destaque para o abuso das prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional e a percepção de vantagens indevidas (CRFB/88, Art. 55, § 1º), caracterizando desrespeito ao regular andamento dos trabalhos legislativos em flagrante ofensa à ética parlamentar.

Por fim, será feita uma análise sobre a viabilidade de se realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos sob o vício de inconstitucionalidade decorrente da quebra de decoro parlamentar, com apresentação de fundamentos jurídicos favoráveis à constitucionalidade ou não da Emenda Constitucional n° 41/2003, que tratou da popularmente conhecida "Reforma da Previdência".

O objetivo deste trabalho visa, consequentemente, realizar um estudo sobre a viabilidade do controle de constitucionalidade decorrente de quebra de decoro parlamentar, tese de Pedro Lenza (2013, p. 273-274), a qual, apesar de não guardar consenso doutrinário, é de extrema relevância, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal terá de se manifestar sobre o assunto, face a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n° 4887, 4888 e 4889, que estão atualmente aguardando julgamento.

Essas ações têm como fundamento a quebra de decoro parlamentar comprovada na Ação Penal n° 470, tendo em vista as irregularidades demonstradas na fase de votação e de aprovação da Emenda Constitucional n° 41/2003, por meio de esquema de compra de votos de parlamentares comprometidos com o esquema denominado "mensalão".

Tais atitudes revelam nítida mácula à essência do voto e aos princípios constitucionais da representatividade popular e da moralidade, razão pela qual se faz necessária a declaração de inconstitucionalidade da chamada "Reforma da Previdência".

Ademais, não nos faltam exemplos de leis federais, estaduais e municipais em nosso cenário político que foram comprovadamente aprovadas sob interesses escusos, que já foram inclusive objeto de diversas matérias jornalísticas. Tais denúncias só corroboram a relevância do presente estudo, pois tais diplomas legislativos não merecem prosperar em nosso ordenamento jurídico, uma vez que não encontram seu fundamento de validade na Constituição Federal.

De fato, o tema que ora se analisará é de interesse de toda a sociedade brasileira e não somente dos operadores do Direito, pois a lesão provocada pelo vício apontado acima compromete o conceito de democracia representativa.

Face sua complexidade, passaremos então à análise e apresentação do tema, elaborado mediante pesquisa bibliográfica, com uma abordagem dos mecanismos de controle de constitucionalidade a que se

submetem os atos normativos, além de destacar a necessária conduta ética do parlamentar, em especial, quando da elaboração e aprovação de normas com *status* constitucional, e as possíveis decorrências de sua infringência ética parlamentar.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - ELEMENTOS IDENTIFICADORES

Inicialmente, como forma de adentrarmos no tema do nosso estudo, necessário se faz a abordagem de alguns pontos relativos ao nosso ordenamento jurídico até chegarmos ao controle de constitucionalidade, vez que as ações mencionadas no título desse trabalho são formas do exercício da jurisdição constitucional, logo, de defesa do Texto Maior.

Ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas compatíveis entre si e que guardam uma unidade, visto que, embora oriundas de inúmeras fontes, estão todas dedicadas a observar a estrutura básica constitutiva de cada Estado, unidade esta que é conferida pela Constituição.

Dessa forma, verifica-se ser esta uma lei superior que ordena as demais pelo princípio da supremacia da Constituição, servindo como fundamento de validade a todas as demais normas, sob pena de, em caso de contrariedade com os preceitos constitucionais, serem invalidadas.

É fácil observar, portanto, que as normas de um determinado ordenamento jurídico estão estruturadas de maneira escalonada, de modo que todas são fundamentadas direta ou indiretamente por outra.

Embora seja dada, no presente trabalho, maior ênfase a esta hierarquia constitucional sobre todas as outras normas, cumpre frisar que não há somente a supramencionada hierarquia constitucional, mas também há hierarquia das normas legais sobre as infralegais.

Ao lado da supremacia constitucional, outra premissa essencial à existência do controle de constitucionalidade seria a rigidez constitucional, senão vejamos o que ensina Luís Roberto Barroso (2012, p. 16):

> Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.
>
> A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle.

No tocante à supremacia da Constituição, Zeno Veloso (2003, p. 17) assim leciona:

> As normas constitucionais são dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Todas as normas devem se adequar, têm que ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (Lei das Leis). Porém, de nada adiantaria a rigidez constitucional, a soberania (paramoutcy) da Carta Magna, a natural e necessária ascendência de suas regras e princípios, se não fosse criado um sistema eficiente de defesa da Constituição, para que ela prevalecesse sempre, vencesse qualquer embate, diante de leis e atos normativos que a antagonizem.

Isso evidencia a fundamental importância que a Constituição tem para todo o ordenamento jurídico, visto que organiza em seu corpo todos os elementos essenciais do Estado.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2010, p. 37-38):

> [...] um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Assim, faz-se necessária, para que se respeitem os ditames da Lei Suprema, ou seja, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), a existência de um rígido controle de constitucionalidade, pelo qual todas as outras normas devem estar submetidas, para que se possa analisar a validade desses atos infraconstitucionais e de todo o nosso ordenamento, a fim de que se consiga preservar e restaurar a unidade ameaçada.

Face sua importância, passemos, a seguir, a uma análise pormenorizada sobre referido controle de constitucionalidade.

2.1. Definição e relevância do controle de constitucionalidade para o ordenamento jurídico

Como visto anteriormente, o controle de constitucionalidade é um dos mecanismos de proteção e de defesa da Constituição perante os atos do Poder Público, especialmente leis e demais atos normativos, merecendo censura todos os atos incompatíveis com a Constituição Federal.

Nesse contexto, cumpre frisar a presunção de constitucionalidade que gozam as leis e os atos normativos, porque eles,

uma vez aprovados e incorporados em nosso ordenamento, seriam, idealmente, fruto da legítima atuação e fundada na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e notadamente os que regem a Administração Pública.

Todavia, não é sempre assim que ocorre, razão pela qual se fazia necessário esse controle sobre a constitucionalidade dessas leis e atos normativos, para que se possa averiguar se estariam retirando ou não seu fundamento de validade da Constituição Federal.

Referido controle é deveras importante, tendo em vista que, do contrário, não haveria como falar em supremacia da Constituição, e qualquer ato normativo poderia contrariá- la impunemente.

Desta feita, vem aludido controle repousar sobre normas inconstitucionais para expurgá-las do ordenamento jurídico pátrio.

Sobre a importância da existência desse mecanismo para preservar a força obrigatória da Constituição, colaciono observações feitas por Kelsen *(apud* MENDES, 2010, p. 1157-1158):

> [...] é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. (...) É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória?

Imperioso, assim, registrar a relevância desse mecanismo de controle para se conferir força obrigatória e normativa à CRFB/88, ao se realizar uma análise sobre a constitucionalidade dos atos ou omissões dos Poderes Públicos, aplicando sanções àqueles com ela incompatíveis.

2.2. Classificações e suas espécies normativas: breves considerações

Para melhor identificar quando e como uma norma constitucional será objeto do controle de inconstitucionalidade, é salutar tecer breves considerações sobre algumas de suas classificações e características.

O controle de constitucionalidade se divide em três sistemas, a depender do órgão encarregado de seu exercício. São eles: o jurídico, o político e o misto.

O sistema jurídico é aquele realizado pelo Poder Judiciário, enquanto o político é incumbido a órgãos de natureza política, caso da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em que era exercido pelo *Presidium do Soviete Supremo.* Por sua vez, o controle por sistema misto propõe uma junção dos outros dois sistemas - político e jurídico - tal como ocorre na Suíça, em que, em regra, o controle das leis é exercido pelo Poder Judiciário, mas que, em se tratando de lei federal, é realizado de maneira política pelo Poder Legislativo.

Sobre o sistema jurisdicional, adotado atualmente no Brasil, acrescenta Paulo Bonavides (2006, p. 301-302):

> Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial - a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis.

Quanto às formas de exercício desse controle, dar-se-á de maneira difusa ou concentrada. Aquela confere um amplo poder aos juízes e ocorre sempre que há um questionamento incidental sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. É tarefa atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário com função jurisdicional, como os

juizes ou tribunais. Também conhecido por via de exceção, referido controle geralmente se configura como uma forma indireta de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei, visto que os efeitos dessa declaração são *inter partes,* claro, ressalvada a possibilidade de também ser atribuído o efeitos *erga omnes,* desde que reste configurado o procedimento disposto no Art. 52, X, CRFB/88[145].

Mauro Cappelletti (1984, p.67) ao discorrer sobre os órgãos incumbidos desse controle, destaca como esse se realiza:

> a) o "sistema difuso", isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e
>
> b) o "sistema concentrado", em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário.
>
> c)

O controle pela via concentrada, sobre o qual deteremos maior atenção, face sua maior incidência e relevância ao estudo realizado no presente trabalho, é aquele deferido somente ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial para ser o guardião da Constituição.

No Brasil, a análise abstrata da lei em face da Constituição Federal é de competência do Supremo Tribunal Federal.

O controle concentrado tem natureza objetiva, ou seja, e, diversamente do controle difuso, possui um reduzido rol de legitimados ativos, taxativamente previstos no Art. 103 da CRFB/88, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso

[145] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
omissis
X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A propósito, cumpre destacar que, em criação jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal dividiu esses legitimados ativos em dois grupos:

Os Legitimados Universais ou neutros, que são aqueles que presumimos o interesse de agir, ou seja, não precisam demonstrar pertinência temática. São eles: Presidente da República, Procurador Geral da República, mesa do Senado Federal, mesa da Câmara dos Deputados, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Partido Político com representação no Congresso Nacional. Há também os Legitimados Especiais ou interessados, que são aqueles que precisam demonstrar a pertinência temática, ou seja, o vínculo subjetivo entre as funções que desempenham e a norma que será impugnada. São eles: Mesa da Assembleia Legislativa, Governador de Estado, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ainda no tocante aos legitimados ativos, é relevante salientar que o Presidente da República, mesa do Senado Federal, mesa da Câmara dos Deputados, mesa de Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, a mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil têm capacidade postulatória para propor a ação direta de inconstitucionalidade. O Partido político com representação no Congresso Nacional, a Confederação Sindical e a Entidade de Classe em âmbito nacional, por sua vez, não possuem capacidade postulatória, necessitando de estarem representados por advogado para que a ação seja conhecida.

Referido controle pode ser realizado por meio das seguintes ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Representação Interventiva e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Todavia, dentre as ações acima epigrafadas, cumpre-nos dar destaque à Ação Direta de Inconstitucionalidade a ser julgada pelo STF, tema fundamental desse estudo, razão pela qual se passa agora à sua análise.

2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade

É a mais antiga de nosso ordenamento jurídico. Introduzida no Direito Brasileiro pela Emenda Constitucional n° 16, de 26 de novembro de 1965, com o nome de Representação, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é um dos instrumentos que materializa o controle de constitucionalidade concentrado, visando declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais que guardem contrariedade com a Constituição da República Federativa do Brasil, buscando sua invalidação.

2.3.1. Conceito

Conhecida doutrinariamente por ADI genérica, essa ação, regulamentada pela Lei n° 9.868/99, é um instrumento utilizado no chamado controle direto de constitucionalidade das leis e atos normativos frente à CRFB/88, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei contemporânea estadual ou federal que seja incompatível com a Constituição.

Sobre o tema, Marinoni; Sarlet; Mitidiero (2012, p. 905):

> A razão de ser de uma ação em que se pede exclusivamente declaração de inconstitucionalidade advém da necessidade de se eliminar da ordem jurídica norma que seja incompatível com a Constituição. Tutela-se, assim, a ordem jurídica. A decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes,* resultando inquestionável diante de todos, e, na mesma medida, a norma não mais aplicável.

Dessa forma, cumpre destacar que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por uma ação direta de inconstitucionalidade, atribui-se à decisão os efeitos *erga omnes, ex tunc* e

vinculante, em regra, em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.

É oportuno observar que, no que diz respeito ao efeito *ex tunc, é* facultada a modulação de referido efeito à nossa Corte Suprema, tema que será abordado com mais detalhes quando do estudo do procedimento da ADI.

2.3.2. Elementos Essenciais do controle de constitucionalidade via ADI

Repise-se que a proteção e a defesa da Constituição se configuram por intermédio de um exame de compatibilidade vertical de um ato infraconstitucional em relação ao parâmetro constitucional, também denominado bloco de constitucionalidade.

Cumpre observar que referido parâmetro consiste em um conjunto de normas da Constituição, que se toma como alicerce para que uma lei tenha, caso divergente com ele, sua inconstitucionalidade declarada.

Sobre esse parâmetro, é salutar frisar que há uma tendência a ampliar o conceito desse paradigma de confronto.

Face essa nova perspectiva, destacamos ser de extrema relevância a compreensão, em sua completude, da composição desse paradigma de controle, porque a delimitação de seu conceito nos indicará o que é constitucional ou não. Nesse sentido, afigura-se salutar determinar os elementos essenciais do controle de constitucionalidade (elementos temporal e conceitual de bloco de constitucionalidade), tema já explorado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, quando do julgamento da ADI n° 595-ES.

Sobre o tema, destaco trecho do voto do Ministro Celso de Mello em referida ADI, que pode ser verificado no Informativo n° 258/STF. Senão vejamos:

> [...] A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal,

> permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição. Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois (2) elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceituai, que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito.

No tocante ao elemento temporal, merece guarida o pacífico entendimento do STF no sentido de não admitir a interposição de ADI para atacar lei ou ato normativo revogado ou de eficácia exaurida, restando configurada a hipótese de prejudicialidade da ação direta. Cabem aqui algumas decisões, *in verbis:*

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 15.227/2006 do Estado do Paraná objeto de fiscalização abstrata. 3. Superveniência da Lei estadual 15.744/2007 que, expressamente, revogou a norma questionada. 4. Remansosa jurisprudência deste Tribunal tem assente que sobrevindo diploma legal revogador ocorre a perda de objeto. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada. (ADI 3885, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 27-06-2013 PUBLIC 28-06-2013)

> EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto n° 153-R, de 16 de junho de 2000, editado pelo Governador do Estado do Espírito Santo. ICMS: concessão de crédito presumido. Liminar deferida pelo pleno desta corte. Revogação tácita. Perda de objeto. 1. O Decreto n° 1.090-R/2002, que aprovou o novo regulamento do ICMS no Estado do Espírito Santo,

> deixou de incluir no rol das atividades sujeitas a crédito presumido do tributo "as operações internas e interestaduais com mercadoria ou bem destinados às atividades de pesquisa e de lavra de jazidas de petróleo e gás natural enquadrados no REPETRO", as quais eram objeto de impugnação na presente ação direta. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevêm a revogação da norma questionada. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada, em razão da perda superveniente de seu objeto. (ADI 2352, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-157 DIVULG 16-08-2011 PUBLIC 17-08-2011 EMENT VOL-02567-01 PP-00013)

Ademais, destaque-se que as normas pré-constitucionais e as normas constitucionais originárias também não são passíveis de controle de constitucionalidade via Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista que estas são fruto do poder constituinte originário, que é ilimitado e incondicionado juridicamente, enquanto aquelas são passíveis de revogação, caso sejam incompatíveis com os preceitos da nova ordem constitucional vigente.

Nesse sentido, Temer (2008, p. 50):

> A norma questionada na ação direta de inconstitucionalidade deve ser lei ou ato normativo federal ou estadual pós-constitucionais. O STF entende que eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a Constituição vigente deve ser resolvida pela jurisdição ordinária, de acordo com os princípios de direito intertemporal (lex posterior derrogat priori). No entanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental admite tal confronto (...) (grifo nosso).

Dessa forma, cumpre enfatizar que, além das normas de Constituições anteriores e das constitucionais originárias, as normas

constitucionais já revogadas ou as normas constitucionais do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que já tiveram sua eficácia exaurida, ou seja, já produziram todos os seus efeitos, não podem ser usadas como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Com relação ao elemento conceituai, há doutrinariamente duas posições: uma restritiva, que afirma que o parâmetro constitucional se limita às normas e princípios formalmente previstos no texto constitucional; e outra ampliativa, englobando não apenas as normas e princípios expressos na Constituição, mas também os princípios implícitos da ordem constitucional global e valores suprapositivos, que, segundo o Ministro Celso de Mello, ainda na ADI 595-ES, são:

> [...] considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

Tendo em vista ambas as perspectivas acima apontadas, cumpre destacar que o conceito majoritariamente aceito na doutrina e jurisprudência atual - inclusive do Supremo Tribunal Federal - de bloco de constitucionalidade é aquele composto apenas pelas normas formalmente constitucionais.

Como efeito, o parâmetro da ação direta de inconstitucionalidade não se restringe apenas à parte permanente da Constituição (Arts. 1º ao 250), tendo abrangência transcendente, utilizando-se, também, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Art. 1º ao Art. 100), Princípios Implícitos e Tratados Internacionais de Direitos Humanos com aprovação de 3/5, em dois turnos e nas duas casas legislativas (Art. 5º, §3° da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Nesse sentido, Juliano Taveira Bernardes *(apud* LENZA, 2013,

p. 328):

> [...] no direito brasileiro prevalece a restrição do parâmetro direto de controle que aqui poderia ser chamado de *bloco de constitucionalidade em sentido estrito* - às normas contidas, ainda que não expressamente, em texto constitucional (normas formalmente constitucionais).

Definido o que seria o parâmetro do controle de constitucionalidade sobre o qual as leis ou atos normativos devem guardar compatibilidade, passemos ao estudo do que pode ou não ser objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

2.3.3. Objeto da ação

Como demonstrado, o objeto da ADI será a lei ou o ato normativo federal ou estadual (Art. 102, I, *a*, CRFB/88[146]) supostamente conflitante, pós-constitucional, que supostamente não retirou seu fundamento de validade na Lei Maior.

De modo a esclarecer que leis e atos normativos seriam esses, expomos a seguir alguns exemplos do que pode ser objeto de ADI:

1) Espécies normativas previstas no Art. 59 da CF/88, quais sejam: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções e **Emendas Constitucionais;**
2) Regimentos Internos dos Tribunais;
3) Regimentos Internos das Casas do Poder Legislativo;
4) Decretos autônomos (Art. 84, inciso VI, CRFB/88);

[146] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

5) Tratados Internacionais e Convenções Internacionais.

Cumpre registrar que, no tocante aos tratados internacionais, não importa a sua natureza jurídica (se lei ordinária, norma constitucional[147] ou supralegal[148]), contra todas é possível a propositura de ADI.

Verificado o conjunto de atos passíveis de controle de constitucionalidade pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, trazemos abaixo um breve relato do procedimento dessa ação, a qual é regulada integralmente pela Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999.

2.3.4. Procedimento da ADI

A Lei n° 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, evidenciando todo o seu procedimento.

A petição inicial, nos termos do Art. 14, deve indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado, a causa de pedir e o pedido com suas especificações, sendo oportuno destacar que o STF não está adstrito à fundamentação jurídica exposta pelo autor, pela chamada causa de pedir aberta.

Todavia, o mesmo não ocorre em se tratando do pedido, salvo na hipótese de inconstitucionalidade por arrastamento ou consequencial, em que observada a dependência normativa de determinados atos, poderá o Supremo Tribunal Federal declará-los inconstitucionais, mesmo que não tenham sido relacionados com os expressamente impugnados na exordial.

Caso o relator entenda que essa inicial é inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, poderá ele indeferi-la liminarmente, sendo cabível a interposição de agravo dessa decisão no

[147] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[148] RE n° 466.343.

prazo de cinco dias, nos termos do Art. 4º, *caput,* e parágrafo único, da Lei n° 9.868/99.

Admitida a ADI, não será permitida a desistência da ação, e a petição será encaminhada aos órgãos ou às autoridades que produziram a lei ou o ato normativo impugnado, os quais deverão prestar informações no prazo de trinta dias, a contar do conhecimento formal da ação.

Posteriormente, será encaminhada, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, que terão de se manifestar no prazo de quinze dias.

Encerrados os prazos, o relator do processo enviará um relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento, conforme o Art. 9º da referida lei.

Esse mesmo Art. 9º, em seus § § 1º e 2º, contém inovações importantes ao possibilitar a apuração de questões fáticas no controle de constitucionalidade, práticas anteriormente vedadas no Supremo, o qual entendia que fatos controvertidos ou que necessitassem de alguma instrução probatória não poderiam ser apreciados em sede de ADI.

Superado esse entendimento, o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, fica autorizado a solicitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Resta facultado ao relator, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Sobre o tema, assim dispõe Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p. 1.125):

> Fica claro que o STF, na análise de uma ADI, não trabalha apenas com questões de **direito.** O STF passa a trabalhar, também, com questões de **fato,** que não são meramente técnicas, jurídicas.
>
> [...] O art. 9º da Lei n° 9.868/99 traz para o Brasil a lógica da **sociedade aberta dos** *intérpretes da*

> *Constituição (Peter Haberle).* O STF, literalmente, à luz da dicção legal, chama a sociedade para o debate, pois passa a reconhecer que existem outros intérpretes da Constituição que devem participar do jogo de concretização e de densificação da Constituição. Nesses termos, peritos, especialistas e interessados, como o *amicus curiae,* são chamados a participar da concretização das normas constitucionais. Embora, é bom que se registre, o intérprete oficial continue a ser o STF. (grifo original)

Concluída a instrução processual e chegada a data do julgamento, o relator, caso estejam presentes pelo menos oito ministros na sessão (Art. 22, Lei n° 9.868/99), lerá seu relatório e voto.

Os demais ministros presentes à sessão podem acompanhar ou divergir do voto do relator, sendo possível a qualquer deles, ainda, pedir vista do processo com o fito de estudá-lo, o que acarretará a suspensão do julgamento.

Ao final, será declarada a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, se houver votação de, no mínimo, seis ministros em um mesmo sentido (Art. 23, Lei n° 9.868/99). Caso contrário, será a sessão suspensa e marcada outra data para o prosseguimento do julgamento.

A declaração de inconstitucionalidade possui, em regra, efeitos *ex tunc*, sendo facultado ao Tribunal modular os efeitos de sua decisão, por maioria de dois terços de seus membros. Assim, poderá o Tribunal restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, conforme previsto no Art. 27 da Lei n° 9.868/99[149].

Essa decisão é irrecorrível, salvo por embargos de declaração, interpostos a fim de se eliminar uma aparente obscuridade, omissão ou contradição no acórdão recorrido.

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

Cumpre frisar que, de acordo com o Art. 21 da lei ora em comento, há a possibilidade de a inicial trazer também pedido de cautelar, ocasião em que haverá diferenças no trâmite acima exposto, principalmente nos prazos de manifestação, que serão reduzidos. Essas mudanças visam dar eficácia às cautelares, medidas essas requeridas em situações de urgência.

Assim, desde que comprovada a existência de seus requisitos essenciais *(fumus boni juris* e *periculum in mora),* pode ser deferida a cautelar pelo Supremo por decisão da maioria absoluta de seus membros.

A concessão dessa cautelar importa na suspensão do julgamento de qualquer processo em andamento perante o Supremo Tribunal Federal, até a decisão final na ação direta de inconstitucionalidade. Embora provisória, referida concessão será dotada, em regra, de efeitos *erga omnes* e *ex nunc,* salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa, por meio do mecanismo processual da modulação dos efeitos anteriormente explicado.

Outrossim, afigura-se essencial destacar hipótese mais célere de tramitação do procedimento da ADI, prevista no Art. 12[150] da Lei n° 9.868/99, que permite ao relator, levando em consideração questões singulares do caso, submeter a matéria diretamente ao Tribunal.

É de extrema relevância evidenciar essa hipótese de trâmite diferenciado do Art. 12 da Lei n° 9.868/99, tendo em vista que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n° 4887, 4888 e 4889, importantes para o presente trabalho, estão em andamento no Supremo Tribunal Federal sob esse rito, conforme decisão monocrática da Ministra Relatora Carmem Lúcia. Senão vejamos:

> ADIs 4887,4888 e 4889: Min. Carmem Lúcia: "(...) 3. Adoto o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99 e determino sejam requisitadas, com urgência e prioridade, informações do Congresso Nacional, para que as preste

[150] Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

> no prazo máximo e improrrogável de dez dias. Na seqüência, dê-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, para manifestação, na forma da legislação vigente, no prazo máximo e igualmente improrrogável e prioritário de cinco dias cada qual (art. 12 da Lei n. 9.868/99). Publique-se".

Do exposto, como já determinados todos os ritos possíveis para o trâmite de uma ação direta de inconstitucionalidade, inclusive o adotado nas ações que interessam ao nosso estudo, passemos à análise do controle de constitucionalidade das Emendas Constitucionais.

2.3.5. Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais

As Emendas Constitucionais são uma das espécies normativas que podem ser objeto de uma ADI, ou seja, podem sofrer controle de constitucionalidade por via desta ação.

Frise-se que as famosas PECs (Propostas de Emendas à Constituição) não são passíveis de controle por meio de ADI, uma vez que só podem ser objeto dessa ação leis e atos normativos já editados e publicados. Porém, é viável, segundo o STF, a impetração de mandado de segurança por parlamentar, com a finalidade de ilidir proposta de emenda com procedimento incompatível com os preceitos constitucionais.

Conquanto normalmente ocorra o controle de constitucionalidade entre normas infraconstitucionais face à Constituição, é salutar destacar que as Emendas Constitucionais, mesmo dotadas de *status* de norma constitucional, são passíveis sim de apreciação no juízo de constitucionalidade, tendo em vista não serem oriundas do Poder Constituinte Originário.

As Emendas à Constituição são fruto do Poder de Reforma, o qual foi constituído para alterar nossa *Lex Legum* quando necessário, de modo a conformá-la com os anseios da sociedade, prevenindo assim um engessamento do texto constitucional e possíveis rupturas da ordem constitucional decorrentes de sua estagnação.

Criado pelo Poder Constituinte Originário, o Poder de Reforma está condicionado pelas regras impostas por aquele, haja vista se encontrar limitado pelas normas expressas e implícitas da Constituição de origem.

O Poder Constituinte Originário, este sim, detém poder ilimitado juridicamente, incondicionado[151] e autônomo, visto ser aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo com a ordem precedente.

Ao passo que o Poder de Reforma, que se dá por meio de Emendas e são a única forma de se alterar formalmente a Constituição vigente, encontra restrições na própria CRFB/88 estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário.

Nesse sentido, vejamos o que Luís Roberto Barroso (2012, p. 198) leciona sobre o tema:

> [...] pacífica a possibilidade de controle de constitucionalidade de emenda à Constituição. Sujeita-se ela à fiscalização formal — relativa à observância do procedimento próprio para sua criação (art. 60 e § 2º) — e material: há conteúdos que não podem constar de emenda, por força de interdições constitucionais denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). De parte isto, a Constituição prevê, também, limitações circunstanciais ao poder de emenda, que não poderá ser exercido na vigência de intervenção federal, de estado de defesa e de estado de sítio (art. 60, § 1º).

Cumpre ressaltar que as Emendas Constitucionais sofrem, pela CFRB/88, limitações formais ou procedimentais (Art. 60,1, II, III, e §§ 2º, 3º e 5º), circunstanciais (Art. 60, § 1º) e materiais (Art. 60, § 4º e todo o bloco de constitucionalidade).

Todavia, essas limitações de nada valeriam se não fosse possível o controle de constitucionalidade das Emendas Constitucionais

[151] J J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição,* 7. Ed., p. 81, em sentido contrário, observa que o poder constituinte originário "[...]é estruturado e obedece a **padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais** radicados na consciência jurídica geral da comunidade, nesta medida, considerados como 'vontade do povo'".

pelo Poder Judiciário.

Sobre o tema, preconiza Temer (2008, p. 146):

> Assim, projeto de emenda só pode converter-se em norma constitucional se obediente a processo legislativo especialmente previsto e abrigando conteúdo não destoante do texto constitucional.
>
> Evidentemente, se uma emenda constitucional trouxer modificação, por exemplo, do sistema tributário, vulnerando princípios, ou em desobediência à forma determinada para sua produção, não se admite sua introdução na Constituição. Se vier a introduzir-se, é passível de declaração de inconstitucionalidade.
>
> Convém notar que o texto constitucional abriga vedações explícitas e implícitas.
>
> [...]
>
> As implícitas são as que dizem respeito à forma de criação de norma constitucional bem como as que impedem a pura e simples supressão dos dispositivos atinentes à intocabilidade dos temas já elencados (art. 60, § 4º da CF).

Frente às demasiadas Emendas no ordenamento brasileiro e seu crescente número, afigura-se fundamental o mecanismo de controle de constitucionalidade, para que se possa expurgar de nosso ordenamento as Emendas contrárias aos fundamentos e princípios constitucionais e, com isso, se consiga manter incólume a unidade da Constituição.

Na vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já teve, algumas vezes, a oportunidade de apreciar a (in)constitucionalidade de Emendas à Constituição, tendo nossa Corte Suprema afirmado pacificamente sua competência para julgá-las via ADI.

Destacam-se a seguir apenas duas delas, a ADI 939/DF e a ADI 2395/DF.

A primeira ação declarou inconstitucional a EC n° 3/93 por

violação a princípios e normas imutáveis da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto a segunda foi julgada improcedente face à inexistência de afronta à forma federativa do Estado, cláusula pétrea. Senão vejamos:

> Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. **Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precipua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).** 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, **violou os seguintes princípios e normas imutáveis** (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributaria reciproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I,e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos politicos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periodicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequencia, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de

> 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755) Sic! (grifo nosso).

> EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional no 15/1996, que deu nova redação ao § 4o do art. 18 da Constituição Federal. Modificação dos requisitos constitucionais para a criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios. 3. Controle da constitucionalidade da atuação do poder legislativo de reforma da Constituição de 1988. 4. Inexistência de afronta à cláusula pétrea da forma federativa do Estado, decorrente da atribuição, à lei complementar federal, para fixação do período dentro do qual poderão ser efetivadas a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios. Precedente: ADI n° 2.381-1/RS, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001. 5. Ação julgada improcedente. (ADI 2395, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-092 DIVULG 21-05-2008 PUBLIC 23-05-2008 EMENT VOL-02320-01 PP-00122 RTJ VOL-00205-02 PP-00618).

Esses são apenas dois dos inúmeros precedentes do STF relacionados com o controle jurisdicional de emendas constitucionais.

Assim, resta clarividente que nossa Suprema Corte não tem encontrado problemas para analisar e, em concordando com o requerente, declarar a inconstitucionalidade de normas editadas pelo Poder Constituinte de Reforma.

Por essa razão, afigura-se plenamente possível o julgamento das

ADIs n° 4887, 4888 e 4889, em trâmite no Supremo — objetos do presente trabalho — vez que pugnam pela declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003, que tratou da chamada Reforma da Previdência.

3. DEVER DE DECORO PARLAMENTAR E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DE SUA AUSÊNCIA

O processo legislativo para a elaboração e formação das espécies normativas, dentre as quais merecem destaque as Emendas à Constituição, devem passar por um trâmite específico com as seguintes etapas: iniciativa, votação, promulgação e publicação.

Dentre elas, cumpre-nos destacar, face sua relevância para o desenvolvimento do tema do presente trabalho, a fase de votação, na qual, constatadas irregularidades em seu processo, maculam a lei aprovada por vício de inconstitucionalidade.

Em específico, neste trabalho, examinar-se-á a possibilidade de inconstitucionalidade por vício decorrente da quebra de decoro parlamentar.

Sobre o tema, Pedro Lenza (2013, p. 273) defende que a irregularidade na fase de votação implica em malferimento da prerrogativa parlamentar mais relevante, o voto, podendo, portanto, macular todo o processo legislativo de formação das Emendas.

Destarte, a quebra de decoro parlamentar ocasiona vício de inconstitucionalidade, ao se infringir os deveres parlamentares previstos no Art. 55, § Iº da CRFB/88 e diversos princípios constitucionais, como os da moralidade e da representação popular. Nesse sentido, assevera o autor:

> Como se sabe e se publicou em jornais, revistas etc., muito se falou em esquema de compra de votos, denominado “mensalão”, para votar de acordo com o governo ou em certo sentido.
>
> As CPIs vêm investigando e a Justiça apurando, e, uma

> vez provados os fatos, os culpados deverão sofrer as sanções de ordem criminal, administrativa, civil etc.
>
> O grande questionamento que se faz, contudo, é se, uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação das **emendas constitucionais** a ensejar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.
>
> Entendemos que **sim,** e, no caso, trata-se de **vício de decoro parlamentar,** já que, nos termos do art. 55, § Iº, "é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o **abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional** ou a **percepção de vantagens indevidas".**
>
> Dito isso, cabe lembrar que, no julgamento da **AP 470** (conhecida como **"mensalão"),** ficou demonstrado o **esquema de corrupção para compra de apoio político (matéria pendente).** (LENZA, 2013, p.273) (grifo original)

Assim sendo, destaca-se a importância da compreensão do conceito de decoro parlamentar, para que, em seguida, seja possível verificar a ocorrência de sua violação, o que ensejaria, segundo Lenza, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, notadamente as Emendas Constitucionais.

3.1. Conceito de decoro parlamentar

O decoro parlamentar traz a ideia de dignidade, decência, honestidade dos deputados e senadores no exercício parlamentar.

José Anacleto Abduch Santos (2008, p. 751), sobre o conceito de decoro parlamentar, assim leciona:

> [...] o decoro parlamentar é o "conjunto de princípios éticos e normas de conduta que devem orientar o

> comportamento do parlamentar no exercício de seu mandato". Logo, decoro parlamentar, como conduta exigível do parlamentar, é espécie do gênero decoro (conduta exigível de todas as pessoas que pretendem bem viver em sociedade, exercendo seus direitos e respeitando os direitos alheios).

Dessa forma, cumpre asseverar que os parlamentares estão sujeitos a um código de ética e decoro parlamentar, que estabelece os princípios éticos e as regras básicas que devem orientar a conduta dos que estejam no cargo de senador ou de deputado.

Nossa atual Constituição, em seu Art. 55, § 1º, estabelece que "é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas".

Ocorre que, muito embora as condutas que desvelam a quebra de decoro parlamentar estejam definidas na Constituição ou nos Regimentos Internos das Casas Legislativas, que por sinal não vão muito além da redação do dispositivo constitucional supratranscrito, seu conceito continua relativamente indeterminado.

Ao explicar o motivo para essa indeterminação, Carla Costa Teixeira (1996, p. 124) leciona que "o decoro parlamentar, como um código de honra, precisa se referir aos valores de uma época e de um grupo. Vem daí sua necessária imprecisão, sua natureza avessa à plena tradução em atos especificados juridicamente".

Todavia, apesar de indeterminado, é possível se depreender, conforme as palavras do Procurador do Estado do Paraná, José Anacleto Abduch Santos (2008, p. 751), que "o parlamentar deve guardar conduta compatível com a dignidade da função pública e do mandato recebido - o que deve ser interpretado em conformidade com os princípios constitucionais a que estão sujeitos os agentes públicos".

Do exposto, verifica-se que a conduta de todo parlamentar deve estar pautada em conformidade com um conjunto de princípios éticos e, sobretudo, constitucionais, de modo a permanecer dignificada a Instituição do Parlamento.

E uma dessas condutas claramente atentatórias ao dever de decoro parlamentar é a compra de votos de parlamentares, que deixam de prestar com dignidade sua função precípua para votar de acordo com interesses escusos, ferindo uma série de princípios constitucionais, conforme se verificará a seguir.

3.2. Princípios ofendidos pela quebra do decoro parlamentar

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Art. 1º, afirma nosso País como um Estado Democrático de Direito em que todo o poder é do povo, emana dele, e em seu nome é exercido, seja mediante sua participação direta ou por meio de representação política. *In verbis:*

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político.
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)**.**

Resta claro, assim, que nossa Constituição adota um regime de governo que se funda no princípio democrático, mais precisamente em uma democracia representativa e participativa, ou seja, semidireta, em que se configura a predominância das formas clássicas da democracia representativa sobre os mecanismos da democracia direta, expressos no Art. 14, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. *In verbis:*

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
>
> I - plebiscito;
>
> II - referendo;
>
> III - iniciativa popular.

Sobre o tema, José Afonso da Silva (2010, p. 131) assevera:

> A democracia, em verdade, repousa sobre *dois princípios fundamentais* ou *primários,* que lhe dão a essência conceituai: (a) o da *soberania popular,* segundo o qual o *povo é a única fonte do poder,* que se exprime pela regra de que *todo o poder emana do povo',* (b) a *participação, direta ou indireta,* do *povo no poder,* para que este seja efetiva expressão da *vontade popular,* nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da *representação,* (grifo do autor)

Todavia, resta lembrar que há inúmeras limitações impostas à participação popular, que acabam distanciando os cidadãos do processo legislativo, e toma os mecanismos de participação direta da população como, no mínimo, de difícil aplicação prática.

A maior prova disso é que, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição cidadã, aconteceram apenas duas consultas populares: o plebiscito de setembro 1993 (art. 2º, ADCT-CF), pelo qual o eleitorado definiu a forma e o sistema de governo; e o referendo de outubro de 2005, que decidiu pela não-proibição da comercialização de armas e munições no País.

O sistema eleitoral vigente privilegia os atuais mandatários e acaba por servir meramente como instrumento de legitimação superficial

dos governantes, que continuam a perseguir interesses julgados por eles importantes.

Destarte, poderiam ser levadas ao debate público as fases de elaboração e aprovação das leis, dando maior oportunidade de participação na produção de um consenso. Alavancava- se maior espaço para a cidadania, respeitando a vontade popular. Isso de maneira alguma afrontaria a democracia representativa, mas, na democracia semidireta, não se pode deixar a sociedade tão alheia às principais decisões, pois uma sociedade só se torna efetivamente democrática na medida em que o povo participe efetivamente das decisões políticas do Estado.

Note-se que, na representação política, deve haver delegação temporária por parte do povo de cota de seu poder soberano concretizada por mandato conferido aos seus representantes, os quais, eleitos pelo voto, detêm esse *múnus* público de legislar em nome do povo e segundo seus anseios.

Portanto, deve-se concretizar o **princípio da soberania popular,** pois o poder soberano do povo tem apenas o seu exercício transferido aos seus representantes, os quais, a seu turno, devem atender as necessidades da população.

A soberania popular é, portanto, corolário do exercício da democracia representativa, sem olvidar que a novel Constituição cuida também da democracia participativa pelos mecanismos acima explanados.

Os representantes do povo são escolhidos por meio de eleições periódicas, em que os vencedores são investidos em mandatos temporários para o exercício da função parlamentar.

E como já explanado, a conduta desses parlamentares deve estar norteada por princípios éticos e jurídicos, de tal forma que se respeitem e se cumpram os compromissos firmados quando de sua candidatura.

Todavia, no Brasil, tem-se verificado a crise desse modelo representativo, tendo em vista, principalmente, que seus postulados não vêm sendo obedecidos.

Hodiernamente, muitos parlamentares já não representam mais o povo, que, por sua vez, não participa ativamente do processo de tomadas de decisões políticas.

Deparamo-nos cada vez mais com tristes episódios que maculam a legitimidade da representação popular. Incidentes como o do "mensalão" acabam por desacreditar o sistema representativo.

Salvo raras exceções de parlamentares que prestigiam o sentido de democracia e que laboram com seriedade, vivemos atualmente sob uma ilusória representação popular.

Na lição de José Afonso da Silva (2010, p. 140), citando Luís Carlos Sáchica:

> A representação é montada sobre o mito da "identidade entre povo e representante popular" que tende "a fundar a crença de que, quando este decide é como se decidisse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo;...que, em tal suposição, o povo se autogoverna, sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos; o povo, destinatário das decisões, e o representante, autor, autoridade, que decide para o povo".

É nessa crise de representação que se localiza a raiz de todos os problemas do sistema representativo. Ela constitui um dos mais sérios obstáculos à consolidação da democracia no Brasil.

O parlamentar, uma vez eleito, sujeita-se a diversos princípios constitucionais e, como todo agente público, tem o dever de decoro, *in casu,* de decoro parlamentar, que seria a conduta exigível dos representantes atuantes nas casas legislativas.

Ora, é clarividente que os deputados e senadores, ao malversarem suas prerrogativas e deveres parlamentares, estão violando diversos princípios constitucionais, sendo um deles princípio pilar de nosso Estado Democrático de Direito, qual seja, o **princípio da representação popular.** Ao procederem sem a necessária ética em seu labor, estão por desrespeitar o povo em sua representatividade. Digo isso porque a representação popular não consiste em atribuir um poder absoluto ao parlamentar, mas uma representação do povo, em que o representante deve expressar o que o representado quer, de forma democrática.

Note-se, ainda, que qualquer ato atentatório ao decoro parlamentar está por ofender o **princípio da democracia,** haja vista que, ao deixarem de exercer suas funções devidamente, ou seja, deixando de buscar a satisfação dos interesses de seus representados para procurar concretizar interesses escusos, estão esses parlamentares desrespeitando a própria democracia e, porque não dizer, o Estado Democrático de Direito como um todo.

Ademais, frise-se a ofensa a outros princípios constitucionais, quando há quebra do dever de decoro, tais como os **princípios da moralidade** e da **probidade administrativas,** também consagrados pelo Estado Democrático de Direito.

O princípio da moralidade, expressamente previsto no Art. 37 da Constituição, e o princípio da probidade administrativa são institutos que visam impedir as arbitrariedades e desonestidades estatais, visando sempre o bem comum.

Inobstante ser difícil estabelecer uma diferenciação entre esses conceitos, Larissa Freitas Carlos (2000, *online)* os diferencia estabelecendo que:

> A moralidade administrativa compreende o tipo de comportamento que os administrados esperam da administração pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma comunidade moral de valores, já a probidade na administração vem a ser o agir em consonância com tais valores, de modo a propiciar uma administração de boa qualidade. A moralidade é o genérico, do qual a probidade é uma especialização.

Por sua vez, sobre o dever do parlamentar de exercer com moralidade e probidade a sua função, José Anacleto Abduch Santos (2008, p. 752) assim leciona:

> O parlamentar, como todo agente público, tem o dever do decoro - dentro e fora do Parlamento! Tem o dever de, com sua conduta, transmitir aos seus outorgantes (o

> povo) uma mensagem clara de respeito aos padrões sociais contemporâneos de moralidade, ética, honestidade e probidade. O Parlamento é instituição fundamental e indispensável à democracia, e seus integrantes recebem a responsabilidade de exercer com dignidade e honra a função parlamentar e a de prestar contas quanto aos deveres outorgados junto com o mandato recebido - o que inclui o dever de observância das leis e normas vigentes, de retidão moral e de caráter.

Visando resguardar a moralidade e a probidade administrativa no exercício de mandatos públicos, foi criada a Lei Complementar n° 135, de 4 de junho de 2010, que estabelece, de acordo com o § 9º do Art. 14 da Constituição Federal[152], casos de inelegibilidade, prazos de cassação, dentre outras providências.

A supramencionada Lei Complementar ficou popularmente conhecida como "Lei da Ficha Limpa" e determina precipuamente que "aqueles que não possuírem vida pregressa e comportamento compatíveis com os princípios da Moralidade e da Probidade Administrativa tornam-se desonerados e incapacitados dessa árdua e relevante tarefa de definir os rumos da coletividade" (BELISCO, 2012, *online).*

Diante do exposto, resta patente que o parlamentar, ao desrespeitar seu dever de decoro, infringe uma série de princípios éticos e, sobretudo, jurídicos, estabelecidos em nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devendo, portanto, ser coibida a prática de conduta contrária ao decoro e seus desdobramentos.

[152] Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
(...)
§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n° 4, de 1994)

3.3. Hipóteses de quebra de decoro parlamentar

Embora seja difícil descrever com exatidão quando um parlamentar descumpre com seu dever de decoro, analisaremos e teceremos a seguir breves considerações sobre as três hipóteses previstas em nossa atual Constituição:

1) os casos previstos nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;

2) o abuso das prerrogativas asseguradas aos membros do Congresso;

3) a percepção de vantagens indevidas.

Nos regimentos internos das casas legislativas, as mesmas disposições da Constituição são repetidas, quase que de mesmo modo, nos Art. 240 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e Art. 32 do Regimento Interno do Senado Federal.

À guisa de exemplo, tomemos o regimento da Câmara dos Deputados e demais atos normativos, a fim de explicitar determinadas hipóteses de quebra de decoro e as medidas disciplinares que visam coibir tais práticas.

O Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara, por exemplo, alarga as possibilidades de quebra de decoro:

> Art. 4º - Constituem procedimentos incompatíveis com o decoro parlamentar, puníveis com a perda do mandato:
>
> I - abusar das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § Iº);
>
> II - perceber, a qualquer título, em proveito próprio ou de outrem, no exercício da atividade parlamentar, vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, §1°);
>
> III - celebrar acordo que tenha por objeto a posse do suplente, condicionando- a a contraprestação financeira ou à prática de atos contrários aos deveres éticos ou

> regimentais dos deputados;
>
> IV - fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação;
>
> V - omitir intencionalmente informação relevante, ou, nas mesmas condições, prestar informação falsa nas declarações de que trata o art. 18.
>
> Art. 5º- Atentam, ainda, contra o decoro parlamentar as seguintes condutas, puníveis na forma deste Código:
>
> I - perturbar a ordem das sessões da Câmara ou das reuniões de comissão;
>
> II - praticar atos que infrinjam as regras de boa conduta nas dependências da Casa;
>
> III - praticar ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara ou desacatar, por atos ou palavras, outro parlamentar, a Mesa ou comissão, ou os respectivos Presidentes;
>
> [...]

É salutar trazer à baila o Art. 25 do Regimento Interno do Senado, o qual estabelece que somente dentro do edifício do Senado Federal poderia o Senador ser responsabilizado pelo exercício de ato incompatível com o decoro parlamentar. Senão vejamos:

> Art. 25. Se algum Senador praticar, dentro do edifício do Senado, ato incompatível com o decoro parlamentar ou com a compostura pessoal, a Mesa dele conhecerá e abrirá inquérito, submetendo o caso ao Plenário, que sobre ele deliberará, no prazo improrrogável de dez dias úteis.

Todavia, cumpre frisar que há quem discorde do teor do supracitado dispositivo, como José Anacleto Abduch Santos (2008, p.752), que sobre o tema assim assegura:

> O parlamentar não é parlamentar apenas entre as quatro paredes do prédio do Parlamento. No Parlamento, exerce a função pública, mas não se despe da condição de parlamentar ao se retirar dele. (...) A conduta do titular de mandato eletivo deve ser exemplar, seja nos trabalhos realizados no exercício da função pública, seja na conduta privada, sob pena de tornar a expressão "decoro parlamentar" uma contradição em termos.

Nesse mesmo sentido, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro (2007, *online*):

> [...] decoro parlamentar visa a assegurar e preservar a própria imagem que se tem do Poder Legislativo. E esta imagem, desenganadamente, pode ser afetada por atos de congressistas que não guardem qualquer relação com o efetivo exercício do mandato parlamentar.
>
> Nesta linha, no extremo, pode o Congresso Nacional entender que a permanência, na Casa, de parlamentar acusado de estupro afeta, sim, a própria honorabilidade do Parlamento. Trata-se, portanto, de ato completamente destacado da atividade parlamentar (suposta prática de estupro), mas, ainda assim, potencialmente apto a danificar a honra objetiva do Parlamento.
>
> Outros exemplos poderiam ser dados, todos eles evidenciadores de que tanto atos públicos, praticados por parlamentares enquanto tal, como atos de índole meramente privada, são virtualmente capazes de atingir o Congresso Nacional. Tanto é assim, que as vedações constitucionais impostas aos parlamentares também se referem a atos que não guardam qualquer relação com o mister congressional. Veja-se, por exemplo, que, desde a expedição do diploma, Deputados e Senadores não poderão firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa

> concessionária. Típica limitação que, inspirada pelo princípio da moralidade administrativa, atinge a esfera privada, negociai, empresarial, do parlamentar (CF, art. 54,1, "a"). Sic!

Quanto à questão do abuso das prerrogativas parlamentares, Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 243) afirma que "o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional seria o equivalente a abusar das imunidades outorgadas ao parlamentar para o bom e independente desempenho de seu cargo".

E no que diz respeito ao que seria a percepção de vantagens indevidas, destacamos que essa pode ser entendida como qualquer benefício que o parlamentar aufira sem título legítimo do próprio Estado ou de um particular.

Cumpre frisar, ainda, que não é necessário que a conduta incompatível com o decoro parlamentar tenha se dado na vigência do mandato para que reste configurada violação ao decoro, pois práticas realizadas em períodos fora do mandato também enfrentam a sua censura.

Nessa perspectiva, destaco mais um entendimento de Pinheiro (2007, *online)* sobre o tema:

> Assim, é desnecessário, para a configuração da quebra de decoro parlamentar, qualquer relação de contemporaneidade entre a prática do ato tido como indecoroso e a titularidade do mandato ou, ainda, qualquer vínculo material de implicação entre a conduta desabonadora e o exercício das funções congressuais. Ao contrário disso, o processo de cassação por quebra de decoro pode validamente se instaurar sempre que a Casa Legislativa, num juízo que lhe é absolutamente privativo, entender que conduta imputada a parlamentar pode comprometer, por sua gravidade mesma, o prestígio social desfrutado pela Instituição.

Igualmente, ressalte-se que o momento em que referidas condutas indecorosas são praticadas não se mostra essencial para a

configuração de quebra de decoro e a perda do mandato daí advinda, uma vez que todas essas hipóteses supramencionadas não foram criadas com o fito de vigiar o exercício do mandato do parlamentar, mas sim de manter a honra objetiva do Parlamento.

3.4. Das penalidades aplicáveis por conduta violadora do dever de decoro

Para a concretização do regime democrático, é imprescindível, dentre outros requisitos, o fortalecimento dos padrões éticos e morais da sociedade, ante o exorbitante número de casos comprovados de corrupção em nosso País. Logo, faz-se necessária, para frear essas práticas indecorosas dos parlamentares, a criação de mecanismos de punição.

O Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a título de exemplo, estabelece, em seu Art. 10, sanções cabíveis aos parlamentares que infringirem seu dever de decoro:

> Art. 10. São as seguintes as penalidades aplicáveis por conduta atentatória ou incompatível com o decoro parlamentar:
>
> I - censura, verbal ou escrita;
>
> II - suspensão de prerrogativas regimentais;
>
> III - suspensão temporária do exercício do mandato;
>
> IV - perda do mandato.
>
> Parágrafo único. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a Câmara dos Deputados, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do infrator.

Consoante previsão constitucional, destaquem-se algumas situações que, excepcionalmente, podem acarretar a perda de mandato

parlamentar antes de findo o seu prazo, mais precisamente no Art. 55 da CRFB/88:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
>
> I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
>
> II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
>
> III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
>
> IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
>
> V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
>
> VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
>
> (...)
>
> § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Dentre os casos acima enumerados, cumpre-nos destacar, face sua relevância para o desenvolvimento de nossa pesquisa, a hipótese decorrente de procedimento incompatível com o decoro parlamentar.

Conforme especificado no § 2º do Art. 55, CRFB/88, essa sanção de perda do mandato é ato disciplinar de competência privativa da respectiva Casa Legislativa, a qual pode determinar a cassação do mandato

parlamentar como uma medida disciplinar, mediante votação secreta[153] e por quórum de maioria absoluta, após provocação da Mesa da Câmara ou do Senado, a depender do caso, ou de partido político com representação no Congresso Nacional.

No caso da Câmara dos Deputados, é de responsabilidade do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, criado em outubro de 2001, estabelecer a abertura de processo disciplinar para a aplicação de penalidades nos casos de descumprimento de normas relativas à quebra de decoro parlamentar.

Tramitou no referido Conselho apenas um processo disciplinar por quebra de decoro parlamentar, esse contra o deputado Natan Donadon, este que foi o primeiro caso de parlamentar a cumprir pena no exercício do mandato.

Esse deputado encontra-se atualmente preso na penitenciária da Papuda, em Brasília, em razão de ter sido condenado por sentença penal transitada em julgado no Supremo Tribunal Federal por crimes de formação de quadrilha e de peculato, tendo inclusive seu pedido de revisão criminal sido rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal recentemente.

Tendo em vista que a condenação criminal transitada em julgado não cassa automaticamente o mandato parlamentar, porquanto cabe ao Poder Legislativo dar a palavra final sobre a perda de mandato[154], o Partido Socialista Brasileiro (PSB) entrou com uma representação contra Donadon no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, visando à cassação de seu mandato por quebra de decoro parlamentar.

Essa representação visa resguardar a imagem da Câmara dos Deputados, uma vez que a manutenção do mandato de um condenado por

[153] Cumpre destacar a PEC 349/01, já aprovada com unanimidade pela Câmara e atualmente aguardando votação no Senado Federal, que, dentre outras medidas, visa dar fim às votações sigilosas, ou seja, a declaração de perda de mandato por falta de decoro e condenação criminal sujeita ã análise do Plenário, por exemplo, deverá ocorrer por votação aberta. Frise-se que, até o momento da elaboração desse trabalho, referida proposta de emenda à Constituição não foi votada no Senado.

[154] O Senado Federal aprovou recentemente, mais precisamente no dia 11 de setembro de 2013, em primeiro e segundo turnos, a PEC 18/2013, que determina a perda imediata do mandato de parlamentar condenado por penas superiores a quatro anos, em sentença definitiva, por improbidade administrativa ou crime contra a administração pública. A proposta encontra-se na Câmara e, até o momento, não foi aprovada.

crimes contra a Administração Pública macularia a integridade da Instituição Parlamentar.

Nesse sentido, o deputado Beto Albuquerque (2013, *online*), líder do PSB na Câmara dos Deputados, em sessão realizada no dia dois de setembro de 2013, reforçou a representação apresentada por seu partido político, pronunciando-se sobre o assunto da seguinte maneira:

> [...] Deputado Natan Donadon, que se encontra preso na Papuda, tendo sido condenado criminalmente, e havido transitado em julgado o processo.
>
> (...)
>
> A conveniência da quebra de decoro parlamentar está em ofensa à integridade da instituição, do Parlamento, de todos os Parlamentares. O que se julga não é o comportamento do Parlamentar em questão, mas, sim, o ferimento mortal do conjunto da instituição, do próprio Poder Legislativo.
>
> Então, o conceito abrangente de decoro parlamentar na Constituição se dá exatamente no sentido de que esta Casa tenha, de forma pertinente, o juízo de valor de julgar esse tipo de fato.
>
> Hoje, esta Casa não pode negar que está constrangida; não pode negar que está em desconexão com a sociedade brasileira; e não pode negar que há em curso um movimento no sentido de repulsa à decisão tomada.

É flagrante, portanto, que a manutenção do mandato de Natan Donadon ofendia a regra do decoro parlamentar, que, consoante outrora demonstrado, não tem como objetivo tutelar o exercício do mandato, mas, sim, a honra objetiva do Parlamento.

Sobre o tema, Pinheiro (2007, *online*):

> *A* idéia, portanto, em tema de cassação de mandato parlamentar por quebra de decoro, é a preservação da

> intangibilidade do bem jurídico que se pretende tutelar, qual seja, a respeitabilidade, a honorabilidade, da Instituição Parlamentar. (,..)velar pelo funcionamento das instituições democráticas e pela crença na democracia como o único regime capaz de assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais. Sic!

E foi nesse sentido que assim decidiu o Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, ao, em fevereiro de 2014, e por votação aberta, condenar o ex-deputado Natan Donadon por quebra de decoro parlamentar, finalmente cassando seu mandato.

Assim, as condutas praticadas por parlamentares que atentarem contra os deveres éticos inerentes ao decoro merecem a devida averiguação e punição, de modo que eles exerçam seu *múnus* público de maneira proba e, com isso, a vontade popular e, consequentemente, a democracia sejam respeitadas.

4. DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EC N° 41/2003 POR VÍCIO DE DECORO PARLAMENTAR - ADIs N°S 4887, 4888 E 4889

Inicialmente, cumpre frisar que, para a maior parte da doutrina, dentre eles José Afonso da Silva (2010, p. 47), a incompatibilidade, tecnicamente denominada de inconstitucionalidade, pode ocorrer de duas maneiras:

> (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição.

Contudo, merece destaque a hipótese peculiar de

inconstitucionalidade por quebra de decoro parlamentar, a qual desafia o controle jurisdicional de constitucionalidade, conforme tese idealizada e lançada por Pedro Lenza em 2005.

A tese de nova hipótese para o controle de constitucionalidade agora encontra respaldo para ser aplicada, em razão do julgamento do caso do "mensalão" na Ação Penal (AP) n° 470, oportunidade em que se concluiu pela existência de um esquema de compra de votos de sete parlamentares, para que projetos de lei fossem aprovados de acordo com os interesses do governo à época. Atualmente, a Ação Penal se encontra em sede de embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal, e seu mérito já foi amplamente discutido e analisado, tendo os Ministros se manifestado por diversas vezes no sentido de que houve, sim, a compra de votos na Câmara dos Deputados.

Consoante o *decisum* do STF, verifica-se a ocorrência de grave vício no processo legislativo da Emenda Constitucional n° 41/03. Entretanto, questão nodal a ser enfrentada pelo STF nas ADIs n°s 4887, 4888 e 4889 reside antes na possibilidade de controle de constitucionalidade por quebra de decoro parlamentar em face da comprovada existência de esquema de compra de votos.

Lenza entende ser possível o controle de constitucionalidade pelo Judiciário por vício decorrente de quebra do decoro parlamentar (2013, p. 273):

> (...) trata-se de **vício de decoro parlamentar,** já que, nos termos do art. 55, § I^{o}, "é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o **abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional** ou a **percepção de vantagens indevidas".**

Frise-se que, embora desde 2005 Lenza levante a possibilidade de controle de constitucionalidade por supramencionado motivo, somente agora o Supremo Tribunal Federal se manifestará sobre esse vício, uma vez que tramitam na Corte Suprema três ações sobre a matéria.

Nesse passo, é oportuno registrar que a Associação dos

Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), a Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizaram, respectivamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 4887, 4888 e 4889 no Supremo Tribunal Federal, tendo as três como relatora a Ministra Carmem Lúcia, todas com o fito de ver declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003.

Nesse sentido, Fonseca (2012, *online)* assevera que:

> Há algum tempo o Prof. Pedro Lenza vem levantando a discussão sobre a inconstitucionalidade decorrente da quebra de decoro parlamentar. Este assunto já foi até objeto de questionamento em concurso público. O tema é polêmico, não havendo consenso doutrinário sobre ele. Agora o STF terá a oportunidade de se manifestar sobre o assunto. Tratam-se de ADIs que questionam a Reforma da Previdência (EC n° 41/2003), sob a alegação de que foi aprovada por meio de votos de parlamentares comprados por réus condenados no Mensalão (AP 470).

Passemos agora a uma breve análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que estão com julgamento pendente no Supremo Tribunal Federal, atualmente conclusas à relatora Ministra Carmem Lúcia, ressaltando que, inobstante essas ADIs apresentem também outros vícios formais e materiais da Emenda Constitucional n° 41/03, no presente trabalho, deter-nos-emos nos argumentos que se referem a inconstitucionalidade por quebra de decoro parlamentar.

Ao final, destacaremos outros argumentos favoráveis à referida inconstitucionalidade dessa Emenda por esse vício, além de expor os argumentos contrários, os quais defendem a sua constitucionalidade.

4.1. Análise da ADI N° 4887

Ação ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, com pedido cautelar, pugnando pela inconstitucionalidade de toda a

Emenda Constitucional n° 41/2003, em especial do Art. 40, § 7º, I e II, CRFB/88, com as alterações trazidas pela emenda rechaçada, bem como pela totalidade da EC n° 47/2005.

Buscaremos, por enquanto, trazer alguns argumentos que militam em favor da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41/2003 por vício decorrente de quebra do decoro parlamentar.

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil sustentou na exordial que a Emenda Constitucional n° 41/2003 foi introduzida em nosso ordenamento jurídico mediante processo legislativo viciado, uma vez que restou comprovado, na Ação Penal n° 470, a existência de esquema de compra de votos de deputados federais por integrantes do Executivo à época, violando princípios como os da moralidade e da representatividade popular, assegurados por nossa Carta Magna. Senão vejamos:

> [...] afronta ao **princípio da moralidade** (C.F. art. 37, caput, tendo em conta que o processo legislativo foi, inequivocadamente, imoral e fraudado, como ficou já demonstrado nos presentes autos **(venda de votos).** Maculada, destarte, **"a essência do voto e o conceito de representatividade popular (C.F., art. Iº, § único)** (grifo original)

Ao ser aprovada por meio de procedimento viciado, em que parlamentares votaram pela aprovação da Emenda por interesses particulares, resta clarividente que houve vício decorrente da quebra de decoro parlamentar por ofensa ao Art. 55, § Iº, da CRFB/88, bem como a diversos princípios constitucionais, o que esvazia a legitimidade da aprovação da Emenda.

Por conseguinte, toma-se premente a necessidade de se expurgar a Emenda Constitucional n° 41/2003 de nosso ordenamento.

Nesse sentido, colaciono trecho da inicial em comento:

> Em suma, o vício ocorrido no processo legislativo demonstrado é inequívoco e, portanto, tornam os atos

> normativos impugnados *in totum* **inconstitucionais e nulos,** de forma chapada, *data vênia,* expressão utilizada, no cotidiano, pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, isto é, na espécie, a totalidade das Emendas Constitucionais 41/03 e 47/05. (grifo original)

Por sua vez, o Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita Estadual do Rio de Janeiro (SINFRERJ) e o Sindicato Nacional dos Servidores Federais Autárquicos nos Entes de Formulação, Promoção e Fiscalização da Política da Moeda e do Crédito (SINAL) requereram o ingresso no feito na condição de *amicus curiae,* conforme previsto no Art. 7º, § 2º, da Lei n° 9.868/99[155].

Cumpre trazer à baila o Parecer do Procurador-Geral da República, que reconheceu não haver dúvida de que houve vício na formação da vontade no procedimento legislativo, e que houve nítida violação aos princípios democrático e do devido processo legislativo. Todavia, ao final, alegou não ter havido comprovação de mácula na vontade de parlamentares em número suficiente para alterar o quadro de aprovação do ato normativo, e, em respeito ao princípio constitucional de presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CRFB/88), não poderia ser presumido esse esquema de compra e venda de votos e apoio político aos demais parlamentares envolvidos, razão pela qual deu parecer pela improcedência do pedido autoral.

Os autos de referida ação, até o momento do fechamento deste capítulo, estão conclusos à relatora. Aguardemos como o Supremo Tribunal Federal analisará essa nova hipótese de vício de inconstitucionalidade.

4.2. Análise da ADI N° 4888

Nesta ADI, a Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) afirmou a inconstitucionalidade dos Arts. Iº e 4º da Emenda Constitucional n° 41/2003 por contrariarem o disposto no Art. 55, § Iº da

[155] Art. *1-,* § 2- O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

CRFB/88, ao defender que "as normas em questão foram editadas em um contexto e em uma dinâmica **de vício insanável de decoro parlamentar, vedado expressamente no artigo 55. § 1°. da Constituição da República Federativa do Brasil".** (grifo original)

Na inicial, a parte autora revela a mácula no processo legislativo, votação da Emenda Constitucional n° 41/2003, ao descrever que:

> O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470, também já reconheceu a comprovação induvidosa da existência de crime contra a República Federativa do Brasil, crime de lesa-pátria alojado no lamentável fenômeno de quebra de decoro parlamentar à ocasião do processo legislativo de formação e votação da Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003, publicada no Diário Oficial da União, em 31/12/03, emenda essa que ensejou a malfadada "Reforma da Previdência", com redução de direitos previdenciários de servidores públicos e a privatização de parte do sistema político de seguridade.

A Confederação dos Servidores Públicos do Brasil destacou que as condutas criminosas dos parlamentares envolvidos no esquema organizado para ampliar a base de apoio do governo na Câmara dos Deputados acarretaram o malferimento da soberania popular, da moralidade e da probidade administrativas.

Ademais, a parte autora salientou a necessária existência de "instrumentos jurídicos capazes de inibir eventuais desvios de poder ou de conduta ocorridos quando do exercício da atividade parlamentar". Assim, uma vez caracterizada a prática de abuso ou desvio desse poder, deve o Judiciário agir, a fim de impedir que atos normativos sejam elaborados e aprovados mediante processo legislativo viciado.

Destaque-se que a inicial em comento assenta-se em decisão, inaugural no âmbito do Poder Judiciário sobre o tema, de lavra do magistrado mineiro Doutor Geraldo Claret de Arantes, que, ao julgar o Mandado de Segurança n° 002412129593-5, declarou, em 3 de outubro de 2012, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade da Emenda

Constitucional n° 41/2003 por vício decorrente da quebra de decoro parlamentar. Cópia integral da sentença encontra-se em anexo.

Colaciona-se excerto da decisão supracitada, *in verbis:*

> [...] EC 41/2003 foi fruto não da vontade popular representada pelos parlamentares, mas da compra de tais votos, mediante paga em dinheiro para a aprovação no parlamento da referida emenda constitucional que, por sua vez, destrói o sistema de garantias fundamentais do estado democrático de direito.

Aguardemos como o Supremo Tribunal Federal vai se manifestar sobre a matéria; atualmente, os autos se encontram conclusos à relatora, Ministra Carmem Lúcia.

4.3. Análise da ADI N° 4889

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4889 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) questiona a inconstitucionalidade da Reforma da Previdência, visto que restou comprovada a prática do crime de corrupção passiva de sete parlamentares, os quais venderiam seus votos para a aprovação de projetos importantes do governo em troca de benefícios financeiros.

Conforme a parte autora, estaria, dessa forma, evidenciado o vício de inconstitucionalidade por violação dos princípios da representação democrática e da moralidade.

Para reforçar o exposto, colacionam-se trechos da inicial desta ação:

> Está-se diante de uma conduta que comprovadamente afrontou o princípio da representação popular, na forma do quanto arguido. O vício de vontade dos

> parlamentares, para além de contaminar o de outros parlamentares, que seguiram a orientação do seu partido, num total de 108 votos, contaminou o próprio processo legislativo, que, não pode prevalecer face à patente inconstitucionalidade que o inquina.
>
> [...]
>
> Inegavelmente, a votação da PEC 40/2003 foi fraudada, corrompida, vilipendiada por dinheiro e razões outras escusas, por exercício de indevido poder político e por meios ilícitos e vedados que burlaram o devido processo legislativo e inconstitucionalmente fixada a Emenda - ferindo notadamente os princípios da moralidade, da ética, da democracia, da representação popular - art. Iº, Parágrafo único da CF/88, da boa-fé, da segurança jurídica, do devido processo legislativo - culminou na inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional 41/2003, razão pela qual se requer à essa Corte o controle de constitucionalidade abstrato para declarar a inconstitucionalidade da referida norma, retirando-a do ordenamento.

Por fim, em sucinta análise das três ADIs que estão aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal, todas versando sobre o vício de inconstitucionalidade por quebra de decoro parlamentar, destaca-se a condução dos processos pela relatora Ministra do STF, Carmem Lúcia, a qual fez por bem atribuir o rito abreviado do Art. 12 da Lei n° 9.868/99, determinando que sejam prestadas com urgência informações do Congresso Nacional sobre os dispositivos questionados, abrindo vista ao Procurador-Geral da República e ao Advogado- Geral da União para manifestação, além de levar a matéria diretamente ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, consoante trechos do seguinte despacho:

> **2.** Adoto o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99 e determino sejam requisitadas, com urgência e prioridade, informações do Congresso Nacional, para que as preste no prazo máximo e improrrogável de dez dias.
>
> Na seqüência, **dê-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador- Geral da República,** sucessivamente,

> para manifestação, na forma da legislação vigente, no prazo máximo e igualmente improrrogável e prioritário de cinco dias cada qual (art. 12 da Lei n. 9.868/99). (grifo original)

Frise-se que será a primeira vez que nossa Suprema Corte se manifestará sobre a inconstitucionalidade por quebra de decoro parlamentar, razão pela qual se mostra assaz relevante seu pronunciamento, seja para declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41/2003 por esse motivo.

4.4. Fundamentos jurídicos favoráveis à constitucionalidade e inconstitucionalidade da EC n° 41/2003 por quebra de decoro parlamentar

Nesse ponto, inicialmente, teceremos breves comentários sobre os argumentos a favor da constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41/2003, para somente depois destacar os fundamentos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade.

Um dos fundamentos contrários à inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41/2003 se baseia na competência exclusiva do Congresso Nacional para averiguar a ocorrência de quebra de decoro parlamentar de seus componentes, cuja matéria seria *interna corporis,* o que, por sua vez, impossibilitaria a apreciação pelo Judiciário.

Entretanto, em que pese a suposta competência exclusiva do Congresso Nacional para averiguar a ocorrência de quebra de decoro parlamentar, da análise dos autos da Ação Penal n° 470, não restam dúvidas acerca da atuação dos parlamentares condenados, que infringiram de forma aviltante e das mais variadas maneiras as disposições do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

Todavia, a conduta desses parlamentares também violou princípios expressos da CRFB/88, razão pela qual se faz necessária à apreciação pelo Poder Jurisdicional. Inviabilizar a análise dessa questão pelo Judiciário em casos tão flagrantes como esse, é atentar contra a soberania

popular, a moralidade administrativa e o Estado Democrático de Direito como um todo.

Frise-se que não se objetiva com isso, desconstituir a legitimidade ou mesmo minar a competência das casas legislativas para avaliar o decoro de seus próprios membros. O que se deseja esclarecer é que, ante a comprovada existência de compra de votos de parlamentares para aprovação de propostas de interesse do Governo à época, resta patente a ofensa a uma série de princípios constitucionais. Logo, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, deve protegê-la dessas "normas compradas".

É cediço que cabe somente à respectiva casa legislativa analisar a conduta atentatória ao decoro praticada por seus integrantes e puni-los quando necessário, mas - repise- se - o que se está a defender é a possibilidade de análise pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de uma norma em razão desse vício - corrupção dos membros do parlamento no processo legislativo.

Ademais, é salutar esclarecer que omitir-se quanto à tarefa de apreciar referida quebra de decoro parlamentar difere e muito do ato de declarar a inconstitucionalidade de uma norma em razão dessa comprovada violação.

Em outras palavras, o objeto de controle jurisdicional não repousaria sobre as condutas parlamentares em si mesmas consideradas, mas sim sobre o resultado final delas. A exemplo do que se defende nas ADIs n° 4887, 4888 e 4889, a Emenda Constitucional 41/2003, aprovada sob esse esquema de corrupção parlamentar, seria inconstitucional. Ou seja, não se trata de tarefa do Supremo Tribunal Federal julgar o ato do parlamentar em si, mas sim com relação à norma resultante deste. Se a malversação das prerrogativas parlamentares foi determinante para o advento da Emenda na ordem jurídica, deve, portanto, ser declarada inconstitucional, pois já nasceu maculada pelo vício volitivo representativo.

Outro argumento a favor da constitucionalidade dessa Emenda reside no fato de que apenas sete parlamentares, condenados na AP n° 470, estariam envolvidos nesse esquema de compra de votos. Para os defensores desse argumento, referido número de parlamentares corrompidos seria irrelevante frente ao total de votos necessários para a aprovação da Emenda.

Dessa forma, não seria tal violação suficiente para comprometer

as votações da PEC n° 40/2003, uma vez que, retirados os votos viciados, permaneceria respeitado o quórum de três quintos, necessários à sua aprovação.

Ocorre que, apesar do reduzido número de parlamentares investigados e condenados frente ao total de membros presente na Câmara, deduz-se que a atenção do corruptor se volta para peças importantes no jogo político, de modo que o "investimento traga resultados". Assim, embora não se possa afirmar qualquer desdobramento desse esquema de compra de votos com precisão, é de se inferir que, no mínimo, como alguns dos deputados condenados eram líderes de bancadas de seus partidos políticos, tenham eles influenciado os demais integrantes de seus partidos, no sentido de se ver aprovada a PEC n° 40/2003.

Mesmo que isso não tenha ocorrido, tomamos a dizer que a cormpção de uns poucos congressistas em sua função precípua, qual seja, votar pela aprovação de leis, já se afigura suficiente para embasar a declaração de inconstitucionalidade de norma decorrente dessa prática. Assim deve se dar, tendo em vista que o mais importante é a manutenção da ordem pública e do Estado Democrático de Direito, com o devido respeito aos mais diversos princípios constitucionais, como os da soberania popular, moralidade e representatividade popular.

Cumpre agora destacar alguns argumentos favoráveis à inconstitucionalidade da Reforma da Previdência de 2003, em decorrência do vício de quebra de decoro parlamentar.

Os que são contrários à constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41/2003 defendem não haver dúvidas da ocorrência da quebra de decoro parlamentar pelos deputados envolvidos no esquema de compra de votos e indiciados na Ação Penal n° 470, visto que a exigência constitucional do decoro, estatuída no Art. 55, § Iº, CRFB/88, representa justamente a fidúcia que deve existir entre o eleitor e o eleito, durante o mandato parlamentar.

Ora, resta claro que os condenados, ao venderem seus votos, deixaram de exercer seu mandato com a necessária moralidade administrativa, dignidade e respeito à coisa pública e à soberania popular.

Ao terem votado de acordo com interesses escusos, estão os deputados condenados abusando de seu poder, em nítido desvio de finalidade.

Isso macula não apenas os princípios da moralidade e probidade administrativa, mas o próprio modelo democrático traçado pela nossa Constituição atual como um todo, o que, consequentemente, retira a validade do processo legislativo de formação da Emenda Constitucional n° 41/2003.

Ante o exposto, torna-se evidente que permitir a subsistência da Emenda Constitucional n° 41/2003 implica em desrespeitar uma gama de princípios e valores estatuídos em nossa CRFB/88, razão pela qual reputamos essencial a declaração de inconstitucionalidade dessa Emenda pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que seja ela expurgada de nosso ordenamento.

Todavia, cumpre ressaltar que na decisão do STF pode ser aplicado o instituto de modulação dos efeitos, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria qualificada de 2/3 de seus Ministros, podendo-se restringir os efeitos dessa declaração ou decidir que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, conforme Art. 27 da Lei n° 9.868/99.

É de extrema relevância para o caso essa possibilidade de modulação de efeitos das decisões proferidas pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade, porque permite uma ponderação e conciliação dos interesses social, jurídico, político e econômico, de modo a se resguardar a segurança jurídica no ordenamento.

Por enquanto, só nos resta aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema nas ADIs n° 4887, 4888 e 4889.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de tudo quanto se expôs, não há como negar a relevância da futura análise pelo Supremo Tribunal Federal sobre a suposta inconstitucionalidade por vício decorrente de quebra do decoro parlamentar nas ADIs n° 4887, 4888 e 48889, uma vez que referida tese não teve seu mérito apreciado por nossa Suprema Corte até o fechamento deste trabalho.

Sobre o tema do vício decorrente da quebra de decoro parlamentar, é importante repisar que o Brasil se constitui em um Estado

Democrático de Direito, em que, mediante o sufrágio universal, os representantes são escolhidos mediante votação para decidirem em nome de todos os eleitores.

Assim, ao se constatar que o processo legislativo de formação da emenda constitucional em análise (Emenda Constitucional n° 41/2003) foi contaminado pelo vício de representação popular, uma vez que os parlamentares envolvidos no esquema do mensalão não atuaram no sentido de traduzir a soberana vontade do povo, mas aprovando-a sob interesses escusos, há que ser declarada a inconstitucionalidade da norma, expurgando-a de nosso ordenamento jurídico.

Nesse contexto, reputamos ser necessária a utilização de uma medida que prestigie todos os interesses e direitos envolvidos nesta causa, de forma que a concessão de efeitos *ex tunc,* aplicada, em regra, para as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, não se amoldará como medida mais adequada ao presente caso.

Considerando ser permitida a modulação dos efeitos dessa declaração, recomendamos que o Pretório Excelso conceda, *in casu,* outro prazo de validade da norma, nos moldes previstos no Art. 27 da Lei n° 9.868/99, de modo que se possibilite ao Congresso Nacional promover nova votação para aprovar a Emenda Constitucional n° 41/2003 de maneira legítima, ou legislar sobre outra norma que a substitua.

Dessa forma, restará prestigiada a segurança jurídica, orçamentária e os princípios constitucionais aqui defendidos, em especial, a representatividade popular.

Ante o exposto, para concluir, restou plenamente demonstrada, por meio de ampla pesquisa bibliográfica, a relevância do presente tema, uma vez ser de interesse de toda a sociedade brasileira a necessária correção de lesão ocorrida, com a aprovação irregular da Reforma da Previdência, ao Estado Democrático de Direito e diversos outros preceitos constitucionais. É de se frisar que servirá, ainda, para futuros casos em que possam subsistir dúvidas acerca da legitimidade de Emendas Constitucionais e até mesmo de outras leis assim aprovadas, sendo possível as suas exclusões de nosso ordenamento jurídico caso haja incompatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 4, t. 1.

BELISCO, Camila Yasmin Leite Penha da Fonseca. A **"Lei da Ficha Limpa" e o princípio da moralidade e da probidade administrativa.** Disponível em: http://www.ambito- iuridico.com.br/site/?n_link=revista artigos leitura&artigo id=11608. Acesso em 14 de setembro de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 9868,** de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.html>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Pronunciamento do Deputado Beto Albuquerque. Disponível em: http://www.camara.leg.br/intemet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=255.3.54.O&nuOuarto=75&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioOuarto=17:42&sgFaseSessao=GE%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=02/09/2013&txApelido=BETO%2QALBUOUEROUE&txEtapa=Sem%20reda%C3%A7%C3%A3o%20final. Acesso em 10 de setembro de 2013.

. Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados – **Resolução n° 25/2001.** Disponível em: http ://www2 .camara. le g. br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados. Acesso em 20 de setembro de 2013.

. Regimento Interno da Câmara dos Deputados - **Resolução n° 17/1989.** Disponível _ em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados. Acesso em 20 de setembro de 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Ver. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado. Porto Alegre: Fabris, 1984**.**

CARLOS, Larissa Freitas. **Moralidade e probidade administrativa.** Disponível em: http://www.ius.com.br/artigos/353/moralidade-e-probidade-administrativa. Acesso em 14 de setembro de 2013.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 33ª ed. Malheiros Editora, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 5ª ed. Editora Jus Podivm, 2013.

FONSECA, Edson Pires da. **Inconstitucionalidade por quebra de decoro parlamentar no STF.** Disponível em: http://www.iurisciencia.com/noticias/inconstitucionalidade-por-quebra-de-decoro-parlamentar-no-stf/1633/. Acesso em 29 de agosto de 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A cassação do mandato político por quebra de decoro parlamentar. Disponível em: **http://ius.com.br/artigos/10038/a-cassacao-do-mandato-**politico-por-quebra-de-decoro-parlamentar#ixzz2flJvlix7. Acesso em 09 de setembro de 2013.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Decoro parlamentar.** Boletim de direito municipal: BDM, 2008, v. 24, n. 10, páginas 751-752.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista

dos Tribunais, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 22ª ed. Editora Malheiros, 2008.

SENADO FEDERAL. Regimento Interno do Senado Federal - **Resolução n° 93/1970.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/. Acesso em 20 de setembro de 2013.

TEIXEIRA, Carla Costa. Decoro parlamentar: a legitimidade da esfera privada no mundo público? *Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 30, 1996.*

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **ADI n. 2395.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09/05/2007. DJ de 23/05/2008. Disponível em: http://www.stf.ius.br/portal/iurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=%28adi+e+2395+e+munic%EDpio%29&base=baseAcordaos&url=http://tin vurl.com/lkdvlir. Acesso em 06 setembro 2013.

. Plenário. **ADI n. 939.** Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 15.12.93. DJ de 18/03/94. Disponível em: http://www.stf.ius.br/portal/iurispmdencia/listarJurispmdencia.asp7sl=%28adi+939+e+ipmf%29&base=baseAcordaos&url=http://tinvurl.com/n2wpcqx. Acesso em 06 de setembro de 2013.

. ADI n° 4887. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: http://redir.stf.ius.br/estfvisualizadorpub/isp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.isf?seqobietoincidente=4340897. Acesso em 19 de setembro de 2013.

. ADI n° 4888. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: http://redir.stf.ius.br/estfvisualizadorpub/isp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.isf?seqobietoincidente=4343516. Acesso em 19 de setembro de 2013.

. ADI n° 4889. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: http://redir.stf.ius.br/estfvisualizadorpub/isp/consultarprocessoeletronico/

ConsultarProcessoEletronico.isf?seqobietoincidente=4345096. Acesso em 19 de setembro de 2013.

. _____ Informativo n° 258 do STF. _____ Disponível em: **http://www.stf.ius.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm.** Acesso em 10 de setembro de 2013.

ACESSO À JUSTIÇA E O SISTEMA MULTIPORTAS

ACCESS TO JUSTICE AND THE MULTI-PORT SYSTEM

João Henrique de Brito Marinho[156]

RESUMO:

O presente artigo objetiva destacar a importância de se assegurar os direitos de acesso à justiça e dos obstáculos existentes atualmente no sistema jurídico nacional e internacional, sobretudo no momento de abarrotamento do Judiciário com ajuizamento de demandas aos montes e sem o devido controle processual por parte do sistema de justiça.

Neste estudo, foram apresentados os diversos modelos de assistência jurídica, bem como as alternativas utilizadas no Brasil e no Direito Comparado para se combater esse problema, chegando-se a analisar de maneira mais detalhada o sistema de justiça multiportas, que permite uma descentralização de demandas no Judiciário a serem resolvidas no âmbito extrajudicial.

Busca-se suscitar uma discussão sobre relevante temática e analisar juridicamente a constitucionalidade e a regulamentação desses institutos asseguradores do acesso à Justiça, com vistas a garantir o direito ao mínimo existencial e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Acesso; Justiça; Multiportas; Celeridade; Dignidade

[156] Defensor Público do Estado de Sergipe.Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela FACET. Pós-Graduado em Acesso à justiça e Defensoria Pública pelo Centro Universitário Uniprojeção em Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC.

ABSTRACT:

This article aims to highlight the importance of ensuring the rights of access to justice and the obstacles currently existing in the national and international legal system, especially at a time when the Judiciary is overcrowded with the filing of demands in droves and without proper procedural control on the part of the Judiciary. justice system.

In this study, the various models of legal assistance were presented, as well as the alternatives used in Brazil and in Comparative Law to combat this problem, going so far as to analyze in more detail the multi-door justice system, which allows for a decentralization of demands in the Judiciary to be resolved extrajudicially.

The aim is to provoke a discussion on a relevant topic and to legally analyze the constitutionality and regulation of these institutes that ensure access to justice, with a view to guaranteeing the right to an existential minimum and the fundamental right of human dignity.

Keywords: Access; Justice; Multiports; Celerity; Dignity

1. INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça é considerado como um dos mais elementares e necessários em um ordenamento jurídico moderno e igualitário, pois, sem ele, os demais não têm como serem contemplados.

Nesse sentido, observa Maria Tereza Aina Sadek[157]:

> "O direito de acesso à justiça é o direito primeiro, é o direito garantidor dos demais direitos, é o direito sem o qual todos os demais direitos são apenas ideais que não se concretizam".

[157] SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: Conquista da Cidadania. In> RÉ, Aluísio Iunes Monti
Ruggeri. Temas Aprofundados da Defensoria Pública. Salvador: JusPodivm, 2013, pág. 20.

Ocorre que uma série de entraves, p. ex. econômicos, obstam o regular acesso à Justiça com paridade de oportunidades e armas a todos os sujeitos processuais, de forma que é objeto frequente de estudo a busca por soluções a esses obstáculos.

Face sua demonstrada relevância e diante de atual cenário, convém demonstrar em que realmente consiste o direito de acesso à Justiça e quais ferramentas nosso ordenamento jurídico pátrio possui para garantir sua efetiva proteção, assim como as novidades que o sistema multiportas oferece na concretização de tão importante garantia fundamental.

2. O ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente, cumpre destacar que o direito de acesso à Justiça possui relação íntima com as dimensões dos direitos fundamentais. Afinal, os direitos que resguardam e garantem o acesso à justiça têm sido classificados doutrinariamente como um direito híbrido, ou seja, direito fundamental social (compondo a segunda dimensão dos direitos fundamentais) e direito fundamental civil (primeira dimensão dos direitos fundamentais).

Segundo Franklyn Roger e Diogo Esteves, essa diferenciação teórica tem perdido relevância com o estreitamento das dimensões dos direitos fundamentais, vez que os direitos humanos são interligados e indivisíveis, senão vejamos:

> Por essa razão, independentemente do enquadramento dado entre as gerações dos direitos fundamentais, os direitos que salvaguardam o acesso à justiça devem ser considerados como elementos instrumentais da própria dignidade humana (art. 1º, III da CRFB), pois garantem a efetividade de todos os demais direitos fundamentais[158].

[158] SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Rio de
Janeiro: Forense, 2018 – 3ª edição, pág. 6.

Tendo em vista que os direitos de acesso à justiça devem ser compreendidos como parte indissociável do mínimo existencial e elemento indispensável para a vida humana digna, é de se ressaltar que eles não estão limitados, portanto, pela reserva do possível.

Os Estados contemporâneos têm adotado diversos modelos de assistência jurídica a fim de resguardar a efetividade desses direitos, dentre os quais destacam-se:

a) Modelo Pro Bono;

b) Sistema Judicare;

c) "Salaried Staff Model";

d) Sistema híbrido ou misto;

e) Sistema Socialista.

No modelo pro bono, a assistência jurídica é prestada por advogados particulares, que atuam sem receber qualquer espécie de contraprestação pecuniária dos cofres públicos.

Ela se subdivide em:

a.1) pro bono liberal (exercida por profissionais liberais que laboram de forma gratuita ou em regime de contingency fee);

a.2) pro bono universitário (prestada por profissionais e estudantes vinculados a universidades particulares, por intermédio de escritórios modelos); e

a.3) pro bono associativo (por advogados vinculados a associações não governamentais).

Sobre o sistema judicare, este também é prestado por advogados particulares, com a diferença que há remuneração do Poder Público por cada caso concreto.

Este, por sua vez, se subdivide em:

> b.1) judicare direto (o gerenciamento dos recursos públicos é realizado por organismos estatais, que mantém o cadastro dos advogados habilitados e analisam os pedidos de assistência jurídica formulados pelos necessitados);
>
> b.2) judicare indireto (gerenciamento cabe às entidades não estatais, via ded regra sem fins lurativos.

Enquanto isso, no modelo de salaried staff model os advogados laboram em regime empregatício e recebem remuneração fixa do Estado, ou seja, não é fundado no pagamento de remuneração case-by-case basis do sistema anterior.

Por fim, este terceiro modelo apresenta a seguinte subdivisão:

> c.1) salaried staff model direto, em que o próprio Poder Público opta pela criação de organismos estatais destinados à assistência judiciária judicial e extrajudicial responsáveis por sua devida prestação, como por exemplo a Defensoria Pública; c.2) salaried staff model indireto, os serviços podem ser prestados por entidades não estatais, em regra sem fins lucrativos, que recebem subsídios dos cofres públicos para custeio de suas despesas;
>
> c.3) salaried staff model universitário, prestada por advogados vinculados a universidades públicas, que supervisionam o trabalho dos estudantes nos escritórios modelos. Sobre esse modelo, convém destacar o enunciado sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):
>
> > Súmula 644, STJ: "O núcleo de prática jurídica deve apresentar o instrumento de mandato quando constituído pelo réu hipossuficiente, salvo nas hipóteses em que é nomeado pelo juízo".

Sobre o modelo híbrido, trata-se da reunião dos modelos supramencionados em relação de complementaridade, enquanto o sistema socialista, que não admite a advocacia privada, adota os serviços jurídicos por escritórios coletivos remunerados por tarifas módicas tabeladas pelo próprio Estado.

O modelo adotado no Brasil é, em regra, o salaried staff model, estabelecido constitucionalmente no Art. 134 da CRFB:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Ressalte-se, todavia, que os sistemas judicare e pro bono também são utilizados de maneira subsidiária, nas hipóteses em que a Defensoria Pública não tenha sido adequadamente estruturada para exercer com plenitude suas funções institucionais. Elas se dão por meio da nomeação pelo magistrado de advogados dativos ou por advogados privados que prestam o serviço de maneira gratuita ou contingency fee, que é um modelo de prestação de assistência jurídica que condiciona o pagamento de honorários ao final exitoso no litígio.

Não se pode falar de acesso à justiça sem mencionar o "Projeto Florença de Acesso à Justiça", que teve como objetivo principal a análise dos obstáculos jurídicos, econômicos, político-sociais, culturais e psicológicos e sobre as possíveis soluções a serem buscadas por meio de 03 (três) ondas renovatórias.

A primeira onda renovatória se relaciona com a assistência jurídica aos pobres, demonstrando a necessidade de criação de órgãos incumbidos de prestar assistência aos menos afortunados.

No âmbito nacional, cumpre destacar as Emendas Constitucionais nº 45/2004, nº 69/2012 e nº 74/2013 que reconheceram

autonomia funcional, administrativa e financeira às Defensorias da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Na seara internacional, cumpre destacar os inúmeros tratados internacionais que trataram sobre o direito à assistência jurídica a ser prestada pelos Estados, como o Pacto de São José da Costa Rica e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como as Resoluções AG/RES nº 2656/2011, nº 2714/2012 e nº 2928/2018, que reiteraram a importância das independências conquistadas pelas Defensorias Públicas e recomendaram aos Estados o absoluto respeito ao trabalho dos defensores públicos, livre de ingerências e controles indevidos por outros poderes, bem como medida para garantir o direito de acesso à justiça a todas as pessoas, em especial àquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Por sua vez, a segunda onda renovatória objetiva solucionar a superação dos problemas na representação e defesa dos direitos transindividuais em juízo por meio de novos mecanismos de solução coletiva de conflitos, como as ações coletivas do microssistema processual encabeçado pela ação civil pública, o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

A terceira onda trazida pelo Projeto em comento expõe o problema dos procedimentos judiciais, seus custos e seu tempo de duração, sendo adotadas como propostas, a título exemplificativo, medidas alternativas de solução de conflitos como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Ocorre que a doutrina moderna defende a existência de outras ondas renovatórias, além das 03 (três) mais famosas de Bryant Garth e Mauro Cappelletti.

Sobre o tema, Kim Economides, expondo a dimensão ética e política da administração da justiça, preconiza que "a essência do problema não está mais limitada ao acesso dos cidadãos à justiça, mas inclui também o acesso dos próprios advogados à justiça(...) o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça[159]".

[159] ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": Epistemologia versus
Metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, Jose Murilo de; CARNEIRO, Leandro

A quinta onda renovatória trata a necessidade de proteção jurídica do indivíduo em face do próprio Estado que deveria protegê-lo, por meio da internacionalização da proteção dos direitos humanos quando o sistema jurídico interno se revelar insuficiente para assegurar sua proteção.

Atualmente, muito se discute e vem ganhando destaque a busca por outros métodos de resolução de conflitos, retirando a exclusividade da Jurisdição Estatal e abrindo caminho para outras formas de pacificação social, o que se passou a chamar de sistema multiportas.

É importante destacar que a adoção do sistema multiportas relaciona-se com o próprio acesso à justiça. A Constituição Federal estabelece o acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu art. 5º.

Essa tendência é seguida pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 125/2010, bem como pelo Código de Processo Civil de 2015.

Sobre o assunto:

> Costumam-se chamar de 'meios alternativos de resolução de conflitos' a mediação, a conciliação e a arbitragem (Alternative Dispute Resolution – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam 'alternativos': mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda

Piquet; GRYNSZPAN, Mario. *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas,
2009, pág. 62.

> Pública em Juízo. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 637).

São inúmeras as vantagens do sistema multiportas, destacando o protagonismo do indivíduo na solução de seus problemas, com maior comprometimento e responsabilização, o estímulo a autocomposição, maior eficiência do Poder Judiciária, que ficaria com casos mais complexos, além da transparência e conhecimento prévio pelas partes sobre as possíveis soluções.

Cumpre destacar o que leciona Lessa Neto sobre o assunto:

> A mudança de concepção proposta pelas tendências reformatórias do sistema civil de Justiça passa por um redimensionamento do processo e do próprio papel do fórum e do juiz. Ao invés de se criar um modelo preocupado exclusivamente com a aplicação da lei pelo juiz, com o julgamento de conflitos, cria-se um modelo no qual as partes detêm uma maior autonomia na escolha do meio pelo qual querem resolver o seu conflito. Resolver conflitos assume um significado mais amplo e rico que o de julgar um litígio[160].

CONCLUSÃO

Com efeito, apresentada de maneira sucinta e objetiva os entornos e problemáticas do acesso à justiça, resta evidente a importância de se assegurar os direitos de acesso à justiça e de superação dos obstáculos existentes e a surgirem seja no âmbito internacional ou nacional, com vistas a assegurar o direito ao mínimo existencial e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, mormente face ao momento atual de demanda generalizada e abarrotamento do Judiciário.

[160] LESSA NETO, op. cit., p. 427-441. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. p. 3.

Para resolver ou, pelo menos, amenizar essa situação caótica dos tribunais pátrios, foram buscados métodos alternativos de solução de conflitos como um importante mecanismo na busca da concretização do acesso à justiça. Esse movimento, sugerido pelo sistema multiportas, proporciona uma maior celeridade, efetividade, presteza e valorização do caráter democrático, uma vez que as partes passam a ser verdadeiros protagonistas do processo resolutivo.

Atento aos inúmeros benefícios, o ordenamento jurídico brasileiro tem buscado normatizar cada vez mais esses métodos, destacando-se a Lei de Arbitragem, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil e 2015 e a Lei de Mediação e Conciliação.

Esse movimento de abertura de novas portas e novas possibilidades têm propiciado um redimensionamento e até mesmo uma democratização do próprio papel do Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”:

Epistemologia versus Metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, Jose Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSZPAN, Mario. Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: Conquista da Cidadania. In> RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. Temas Aprofundados da Defensoria Pública. Salvador: JusPodivm, 2013.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2018 – 3ª edição.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": Epistemologia versus Metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, Jose Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSZPAN, Mario. Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

FAKE NEWS E OS DANOS PARA A DEMOCRACIA.

FAKE NEWS AND THE DAMAGE TO DEMOCRACY

FAKE NEWS AND THE DAMAGE TO DEMOCRACY

Cynara Soares Guerra Ghidetti.

RESUMO:

Este artigo aborda a crescente problemática das fake news no contexto democrático atual. A disseminação desenfreada de informações falsas apresenta um desafio substancial para a integridade do processo democrático. O texto explora como as fake news podem minar a confiança pública, distorcer o debate público e prejudicar a tomada de decisões informadas, destacando a importância da educação como ferramentas cruciais na luta contra os danos das fake news para a democracia e o desenvolvimento de uma sociedade.

Palavras-Chave: Fake News, Democracia, Desinformação, Processo Democrático, Desafios e Educação.

ABSTRACT:

This article addresses the growing problem of fake news in the current democratic context. The rampant spread of false information presents a substantial challenge to the integrity of the democratic process. The text explores how fake news can undermine public trust, distort public debate and hinder informed decision-making, highlighting the importance of education as crucial tools in the fight against the damage of fake news to democracy and the development of a society.

Keywords: Fake News, Democracy, Misinformation, Democratic Process, Challenges and Education.

INTRODUÇÃO

No cenário contemporâneo, o uso da internet para divulgação das notícias torna-se uma facilidade, sendo uma forma de viabilizar o direito constitucional de liberdade de expressão previsto no art. 5º, IX, da CR/1988. O advento das redes sociais e das plataformas de compartilhamento de conteúdo trouxe consigo uma ameaça insidiosa a legitimidade do discurso: as fake news.

É importante esclarecer que a modernidade apresentou para a comunicação imediata duas faces que são compreendidas no exercício da liberdade de expressão e a possibilidade de disseminação de notícias falsas.

Nesse contexto, de modo a legitimar o exercício constitucional desse direito é importante combater a divulgação das fake news, eis que repercute diretamente no exercício da democracia.

A possibilidade de discernir entre o verdadeiro e o falso é fundamental para uma sociedade democrática saudável, onde as decisões políticas devem ser baseadas em fatos e no livre fluxo de informações.

Portanto, este artigo busca demonstrar a compreensão dos efeitos corrosivos das fake news no desenvolvimento de uma sociedade democrática, o que pode impactar na escolha do futuro de uma nação.

DESENVOLVIMENTO: FAKE NEWS E OS DANOS PARA A DEMOCRACIA

O livre exercício da democracia é um valor assegurado pela Constituição da República de 1988, sendo um vetor de interpretação de todo o ordenamento jurídico, assim como um dos pilares dos fundamentos constitucionais previsto de forma expressa no *caput* do art. 1º.

Em uma crescente contenção do ativismo judicial, ganha força as ideias trabalhadas pelos procedimentalistas, que defendem o debate de importantes temas para o desenvolvimento e avanço de uma sociedade.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, em sua obra, informa que os procedimentalistas defendem a implementação de direitos através do debate participativo de modo a implementar o processo democrático.

> "De forma um pouco mais detalhada: um procedimentalista preconizará que estejam fora da Constituição os temas mais controvertidos do ponto de vista moral, econômico ou político. A decisão acerca de cada um deles deve ser tomada pelas maiorias políticas que se formam a cada tempo. Ainda pela mesma lógica, o procedimentalismo defende uma jurisdição constitucional mais modesta e autocontida, que não procura extrair da Constituição, mediante construção argumentativa, direitos ou pretensões que não resultem de clara decisão política do constituinte. Tudo o que não seja direta e inequivocamente extraível do texto constitucional deve ficar ao alvedrio do legislador ordinário. Os substancialistas, por sua vez, defendem um papel mais proeminente para a Constituição e para a jurisdição constitucional. Essa a posição que tenho defendido de longa data, pelas razões que exponho a seguir." (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 9ª ed. Editora Saraiva. 2020. pág. 109).

O doutrinador Luís Roberto Barroso explica o procedimentalismo, que tem como seu grande articulador Jürgen Habermas, busca do consenso de questões necessárias para desenvolvimento de uma sociedade.

> "O procedimentalismo tem, como um dos seus principais articuladores teóricos, o jusfilósofo alemão Jürgen Habermas, cuja obra é objeto de importantes análises e reflexões na literatura jurídica brasileira272. Para ele, em um mundo assinalado pelo pluralismo e pela ausência de consensos materiais acerca das grandes questões, a

> legitimidade das decisões políticas deve se assentar no processo democrático de produção normativa." (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 9ª ed. Editora Saraiva. 2020. pág. 110).

A disseminação de fake news atinge a legitimidade de um discurso participativo, minando gradualmente a confiança dos cidadãos nas instituições de Estado, colocando em risco a lisura das escolhas públicas e comprometendo o livre exercício da liberdade de expressão.

A implementação de formas de controle busca assegurar o desenvolvimento de uma sociedade, restaurando a legitimidade do discurso participativo.

No julgamento da ADPF 734/PE, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento de que nenhum direito fundamental é absoluto, podendo sofrer restrições pelo próprio texto constitucional; pela autorização apresentada ao legislador ordinário; ou até mesmo pela ponderação de princípios, durante a interpretação da norma:

> "Desse modo, é possível que se restrinja o alcance de um direito fundamental em três situações: a) em razão de seu desenho constitucional, quando a própria Constituição prevê limitação para seu
>
> exercício; b) em razão da existência de expressa autorização, na Constituição da República, para que o legislador ordinário, ao expedir ato legal regulamentando seu exercício, limite-o; c) ou ainda – na ausência de restrições constitucionais diretas e ante a inexistência de autorização de leis restritivas – em decorrência de uma ponderação, em subserviência a critérios de proporcionalidade, de valores outros que ostentem igual proteção constitucional - APPF nº 734/PE - 13/04/2023 – acesso pelo site: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767362264, em 08/08/2023.

É necessário enfrentar o problema de frente apresentando meios eficazes de combater a divulgação de notícias falsas. A abordagem deve ser trabalhada de várias maneiras, seja no implemento de normas mais rigorosas de controle, seja na divulgação de programas de conscientização da população. Trabalhar o tema nas escolas também se mostra uma alternativa eficaz, refletindo na formação das novas gerações, repercutindo no avanço da sociedade.

CONCLUSÃO: COMBATER AS FAKE NEWS PARA LEGITIMAR O PROCESSO DEMOCRÁTICO.

A modernidade trouxe os avanços da era digital e a sociedade está cada vez mais conectada com acesso rápido as várias formas de comunicação. Por isso, a luta contra as fake news é um imperativo para preservar a integridade do processo democrático com a legitimidade e credibilidade das decisões tomadas.

Este artigo revelou os efeitos danosos de informações falsas, que corroem a confiança, distorcem o debate público, influenciam decisões políticas e desafiam os princípios democráticos.

Diante desse cenário, a necessidade de combater ativamente as fake news se torna um vetor importante de crescimento social, a fim de restaurar a confiança pública, fortalecer o debate.

A legitimidade de um sistema democrático repousa na capacidade dos cidadãos de tomar decisões informadas e participar de discussões construtivas, e por isso é tão importante apresentar formas eficazes de combater o uso abusivo da liberdade de expressão, que não pode ser exercida para disseminação de notícias falsas.

A abordagem do tema deve ser eficaz e efetiva atingindo todas as camadas da sociedade, seja na viabilização de programas de conscientização, seja na educação nas escolas, de modo a garantir o avanço de uma sociedade livre, justa e democrática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 de agosto de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 9ª ed. Editora Saraiva. 2020. pág. 109.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 9ª ed. Editora Saraiva. 2020. pág. 110.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 734 PERNAMBUCO. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767362264>. Acesso em: 08 de agosto de 2023.

O SISTEMA LICITATÓRIO ESPANHOL E BRASILEIRO E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

THE SPANISH AND BRAZILIAN BIDDING SYSTEM AND THE NEW BIDDING LAW

Machidovel Trigueiro Filho[161]

> [...] para que as licitações fossem dirigidas, bastaria que a administração e os licitantes seguissem à risca as regras legais. Afinal de contas, a Lei nº 8.666/93 funciona como uma espécie de dado viciado que, quando lançado, tende a sempre apontar para cima a mesma face: aquela que privilegia os grupos de interesses que foram capazes de capturar a Lei Geral de Licitações e Contratos (ROSILHO, 2011, p. 15*).*

RESUMO

No início dos anos 2000, morei na Espanha, em prolongada estadia no país ibérico, foi possível perceber diversas similitudes, bem como distinções, entre nossos sistemas jurídicos. É natural, portanto, o nosso interesse primordial recair sob o campo do Direito Público, fruto de uma longa carreira iniciada aos 15 (quinze) anos no Banco do Brasil (menor

[161] Professor da UFC, Procurador do Município, Pós Doutor em Direito pela USP-SP e Chefe de Departamento do Direito Público da Faculdade de Direito da UFC

estagiário de serviços gerais), bem como na prestação de serviços públicos à população cearense.

Considerando o que se expôs, como Procurador Municipal que também sou hoje, além de Chefe de Departamento do Direito Público da Universidade Federal do Ceará, habitualmente, nos vimos às voltas com licitações, sendo de grande importância a feitura de estudos comparativos que permitam a criação de ferramentas aptas a aprimorar os institutos jurídicos pátrios.

Rigorosamente, a realidade nacional é prodigiosa em demonstrar que a atual Lei de Licitações, por mais bem intencionados que tenham sido os legisladores, por mais que a mens legislatoris tenha buscado impingir, no texto legal, regras moralizantes, é falha, no sentido que permite uma miríade de brechas para os corruptores saquearem o Tesouro Público, no que se especializaram. Há mesmo os que dizem que as regras da Lei de Licitações Nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993) não tiveram intenção moralizante, mas sua intenção foi capturar as obras da Administração Pública para um conjunto de empreiteiras capazes de seduzir os legisladores.

Por isso, nossa experiência com a Espanha, país que deixou uma ditadura e uma situação de pobreza de lado para ingressar no Primeiro Mundo, leva-nos a crer ser um paradigma interessante para proceder a um comparativo, especialmente se levarmos em conta que a Carta Magna espanhola foi aprovada apenas dez anos antes da brasileira, também redigida a partir de um compromisso político que se seguiu à uma ditadura militar.

Essas semelhanças com resultados tão diferentes geram um interessante quadro a ser analisado, o que pode permitir correções de rumos e uma melhor evolução de nossa legislação licitatória, que já se encontra defasada, como a necessidade do Regime Diferenciado de Contratação para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e da Copa do Mundo bem demonstrou. Sem estudos como este que pretendemos fazer, dificilmente tais avanços ocorrerão de maneira ordenada.

Para se ter uma noção da importância do tema, de acordo com o Ministério do Planejamento, ocorreram mais de 3,5 milhões de procedimentos licitatórios, somente no Governo Federal, entre os anos de 2010 e 2020 (década passada) o e o volume das compras públicas chegou a mais de R$ 1 bilhão de reais no mesmo ano (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, 2022). Vê-se, portanto,

que o tema por nós escolhido é atual e palpitante, sendo importantíssimo para as contas públicas, em todos os níveis da República. Tanto é que já se encontra em pleno vigor a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esse artigo trata de comparar o sistema licitatório antigo com o sistema de licitação espanhol. Ao final, abordará as recentes mudanças na Lei de Licitações do Brasil. Norteado muito pelo sistema licitatório europeu e americano, como permitires notar, após esse estudo.

Palavras-chaves: Licitação, Direito Comparativo, Brasil, Espanha

SUMMARY

In the early 2000s, I lived in Spain for an extended period, during which I observed various similarities and differences between our legal systems. Naturally, my primary interest lies in the field of Public Law, stemming from a long career that started at the age of 15 at Banco do Brasil (as the youngest general services intern) and my public service to the population of Ceará.

Considering my background, as a Municipal Attorney and also as the Head of the Public Law Department at the Federal University of Ceará, I have often dealt with public procurement. Comparative studies are essential to improve domestic legal mechanisms.

Strictly speaking, the current Procurement Law in Brazil is flawed despite the good intentions of lawmakers and the attempt to instill moral rules. The law is rife with loopholes that allow corrupt practices to drain public funds. Some even argue that the Procurement Law No. 8,666/93 was designed to favor a select group of construction companies that could influence legislators.

Therefore, our experience with Spain, which transitioned from dictatorship and poverty to a First World country, suggests it could serve as a valuable comparison. This is especially relevant considering the Spanish

Constitution was enacted just ten years before Brazil's, both following military dictatorships.

Such similarities with such different outcomes present an interesting framework for analysis. This could help make corrections and improvements to our already outdated procurement legislation, as evidenced by the need for a Special Contracting Regime for Accelerated Growth Program (PAC) and World Cup projects. According to the Ministry of Planning, over 3.5 million procurement procedures took place at the federal level between 2010 and 2020, involving over R$ 1 billion.

This article aims to compare the traditional procurement system with the Spanish procurement system. It will conclude by discussing recent changes in Brazil's Procurement Law, which has been heavily influenced by European and American procurement systems, as will become evident after this study."

ORIGEM DAS LICITAÇÕES

O conceito de licitação como ele é entendido hoje é sintetizado por Hely Lopes Meireles em uma de suas geniais lições de Direito Administrativo, que, mesmo concisas transmitem uma quantidade gigantesca de informações:

> Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos (MEIRELLES, 2000, p. 246).

O conceito doutrinário, anteriormente apresentado, expressa o que é tido por licitação no Direito brasileiro, porque a Lei de Licitações não traz, ela mesma, uma definição desse instituto, embora o Tribunal de Constas da União indique ser " [...] O procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços" (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020).

Já a legislação espanhola, que estabeleceu pelo Real Decreto 2528/86 (ESPANHA,1986, artigo 92), como formas de adjudicação de contratos da Administração a *subasta* (licitação), o concurso e a contratação direta, optou por conceituar hastas públicas – *pública subasta* – (ESPANHA, 1996, artigo 56) Lei de Ordenação do Comércio Varejista, ao qual nos referimos pela identidade de sentido já apontada, ao menos em sentido amplo, dada a evolução distinta na seara do direito público e privado respectivamente, entre licitação e hasta pública:

A celebração de uma hasta pública consiste em ofertar, pública e irrevogavelmente, a venda de um bem ou serviço em favor de quem ofereça, mediante o sistema de licitação e dentro do tempo concedido para tanto, o preço mais alto acima de um mínimo, já definido este inicialmente ou mediante ofertas descendentes no curso do próprio ato, que estará obrigado a comprá-lo.

Para exercer esse tipo de venda, aplicar-se-ão, além do disposto nessa lei, regulamentos específicos sobre a proteção dos consumidores e dos usuários previstos pelo texto revisto da Lei Geral para a Proteção dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares, aprovado pelo Decreto Real 1/2007 de 16 de Novembro.[162]

[162] No original: La celebración de una pública subasta consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien o servicio a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto, que estará obligado a comprarlo.

Para el ejercicio de esta modalidad de venta, se aplicará, además de lo dispuesto en esta ley, la normativa específica sobre defensa de los consumidores y usuarios prevista por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre

Evidentemente há diversos tipos de licitação. A própria Lei 8.666/93, que é a grande regulamentadora das licitações no Direito brasileiro, estabelece em seu artigo 45, as possibilidades de serem de 'menor preço', 'melhor técnica', 'técnica e preço' e de 'maior lance ou oferta'. Este último tipo tem a ressalva de ser cabível nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, sendo o qual, historicamente, interessa a nós.

Entre nós é bastante difundida a ideia de que a origem das licitações está na Idade Média, por conta de outra lição de Meireles (2006, p. 29), ocasião em que "usou-se o sistema denominado 'vela e pregão', que consistia em apregoar-se a obra desejada, e, enquanto ardia uma vela os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando extinguia a chama adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço". Em que pese a grandeza do autor, as primeiras licitações se deram sob a forma de leilões públicos, no século IV na Grécia, quando as autoridades se valiam dessa forma de venda ao público para angariar fundos com a alienação de coisas tais como bens e terras públicas ou confiscadas, dadas em garantia ou sem dono, ou aquelas tomadas para o pagamento de impostos (TALAMANCA, 1954).

Assim, nas origens, as licitações não buscavam o menor preço e em nada diferem daquilo que chamamos de hastas públicas, isso é, nas origens as licitações eram somente para usar o jargão licitatório atual, do tipo *de* 'maior lance ou oferta'. O caráter público dessas licitações estava assegurado pela participação de agentes públicos no processo, havendo mesmo um, especialmente destacado, para garantir a seguridade de todo o procedimento (MORCILLO, 2005).

Pode-se afirmar que a licitação é uma forma de leilão estatal, uma evolução no tempo das hastas públicas levadas a cabo pelo Estado. Rigorosamente, do ponto de vista semântico, não faz sentido algum se distinguir licitação de hasta estatal, pois seu sentido é o mesmo. Tanto é assim que, em espanhol, o termo utilizado para hasta pública, como a entendemos no Brasil, é *subasta*, e a expressão utilizada para licitações é *subasta pública*. Etimologicamente, licitação vem do latim *licitatio*, que significa 'dar preço', demonstrando que a diferenciação que se faz na língua portuguesa é meramente aparente. Como bem exposto por De Plácido e Silva, significa "ato de licitar ou fazer preço sobre a coisa posta em leilão ou a venda em almoeda" (SILVA, 2014, p. 847).

No Brasil, foi o Código de Contabilidade Pública da União que primeiro previu normas sobre licitações, ainda que de forma incidental (MEIRELLES, 2010, p. 27). Nas Ordenações Filipinas (1999) havia, porém, a regra pertinente a pregão, quando se ordenava que, ao se fazer obra, deveria se fazer pregão para se dar em empreitada a quem de houver fazer de melhor e por menos preços.[163]

Também havia disposições de semelhante sentido na Lei de 29 de agosto de 1828, cujo artigo 5º. ordenava conceder a construção de obras a quem desse maiores vantagens, típica regra licitatória. Não obstante, o termo corrente era 'concorrência', de modo que a palavra 'licitação', para designar o procedimento que atualmente se entende como tal, foi introduzido, em seu uso corrente, pela Lei 4.401/1964, sendo o seguinte o seu sentido, conforme Cretella Jr. (1993, p.18):

> Procedimento público seletivo prévio, gênero amplo que abrange quatro operações menores, antes não bem delineadas porque o vocábulo, mesmo nesta operação: a) é tradicional no campo do direito público brasileiro, b) foi definido de maneira exata na lei, c) houve um enriquecimento de sentido ou alargamento semântico que levou o termo a superar, abrangendo o instituto da concorrência pública, empregado pelo legislador de 1922, no Código de Contabilidade Pública da União e seu respectivo Regulamento, d) o vocábulo *licitação* é empregado, normalmente, pelos administrativistas e pelo direito positivo dos países de língua espanhola.

[163] As Ordenações Filipinas, embora muito alteradas, constituíram a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX, sendo que muitas disposições tiveram vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916.

OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA EFICÁCIA NO PROCESSO LICITATÓRIO BRASILEIRO E ESPANHOL

É bastante salutar observar que as Constituições do Brasil e da Espanha adotaram como princípios, em suas redações, a eficiência e a eficácia, respectivamente em seus artigos 37 e 103, *verbia gratia*:

> Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
>
> Artigo 103. A Administração Pública serve com objetividade os interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização e coordenação com submissão plena à lei e ao Direito.[164]

Observemos que o constituinte espanhol optou por inserir, em sua Constituição, a eficácia como princípio, enquanto o constituinte brasileiro fez a opção pela eficiência. Essas escolhas não se limitam ao campo das palavras, mas têm importantes consequências na prática licitatória, como desejamos demonstrar em nosso estudo comparativo, visto que os ditos princípios trazem consigo práticas distintas. É verdade que, tanto a eficácia quanto a eficiência já constavam do artigo 74, II da Constituição Federal, mas somente como critério de aferição dos resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, sem ter *status* de princípios, que informam o conteúdo das regras infraconstitucionais, condicionando as mesmas e

[164] Tradução livre. No original: Artículo 103. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

balizando a sua interpretação pelos Tribunais Brasileiros e pela própria Administração Pública, o que é uma diferença importantíssima e não poderia passar despercebida.

Embora o constituinte derivado brasileiro tenha inserido o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional 19, de 1998, a eficiência não é um termo privativo de nenhuma ciência, como bem apontado por Modesto (2000). São os juristas, porém, "como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional."

Devemos, portanto, reconhecer que a eficiência, embora assimilada como princípio jurídico de jaez constitucional, é comum a todas as ciências, sendo uma preocupação geral a elas. Isso nos leva obrigatoriamente a uma pergunta essencial: o que é eficiência? A resposta deve ser dada pronta e sucintamente: grosso modo, eficiência é fazer as coisas corretamente, obtendo o melhor resultado possível com a menor quantidade de recursos disponíveis. Essa resposta é dada pela velha fórmula do 'fazer mais com menos', ou seja, incrementar a produtividade, o que na realidade institucional brasileira representa um enorme um avanço. Assim, a eficiência deve ser "entendida como o combate ao desperdício e redução de custos desnecessários" (MOTTA, 2010, p. 98), maximizando o resultado obtido pelo investimento.

O fato de o termo *eficiência* ter sido constitucionalizado apenas em 1998 não significa que a Administração Pública brasileira o tenha adotado apenas aí. Como apontado por Pereira e Motta (1979), esse princípio é o fundamental a reger a vida das organizações, sendo a eficiência o que diferencia a burocracia dos demais sistemas sociais (BERQUÓ, 2015).

Considerando-se esse critério, apenas na década de 1930 se pôde dizer que a Administração Pública brasileira se tornou burocrática, tendo por marco a racionalização da organização da mão de obra estatal, com a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil, pela Lei n. 284, de 20 de outubro de 1936.

De toda forma, insta compreender o que exatamente vem a ser, dentro da Principiologia Jurídica, entre nós, o princípio da eficiência.

Alexandre de Moraes, ora Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, em artigo publicado por ocasião dos debates que seguiram nos anos imediatos à Emenda da Reforma Administrativa, enunciou o seguinte conceito para o dito princípio:

> Princípio da eficiência é o que o impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social (MORAIS, 2001, p. 32).

O conceito dado por Moraes (2001) ao princípio da eficiência reforça todo o nosso respeito e admiração a esse Constitucionalista da Faculdade de Direito das Arcadas, pois entra justamente no busílis da eficiência, a saber, a 'melhor utilização possível dos recursos*'*. Esse é o ponto fulcral da eficiência. Não nos escapou à atenção, contudo, que ele utilizou a ideia de eficácia para conceituar eficiência e a isto retornaremos oportunamente.

Vejamos que a eficiência da licitação, sob o ponto de vista econômico – e também jurídico, a partir do fato de que gera economia ao Estado permitindo que gaste mais eficientemente seus recursos e assim concretize um maior número de direitos e garantias e fundamentais para um público também maior – está em dois aspectos, contidos na obra de Pomar e Saldaña (2014, p.8), que falam da hasta para bens privados, mas perfeitamente aplicável às licitações públicas, *mutatis mutandis*:

> O principal diferencial da hasta, e sua atração principal, reside em que persegue e, idealmente, consegue, que a adjudicação se faça "para o maior ofertante" e "melhor lanço". Isto significa que os

> bens vão para o contratante potencial que esteja mais esteja disposto a pagar por eles, e que o fará em troca do melhor preço que o titular dos bens possa alcançar. Este resultado é duplamente desejável, pois permite que os ativos vão para as mãos daqueles que mais os valorizem, e que o titular do bem ou direito maximize o rendimento derivado de suas vendas. Isto é conseguido não de forma misteriosa, é claro, mas causando uma concorrência intensa e concentrada entre os potenciais compradores do mesmo bem (ou entre potenciais vendedores, como nos leilões de contratos públicos.[165]

A partir do conceito de eficiência dado por Moraes (2001), conceito jurídico, é sempre bom que lembremos diante da multiplicidade de vertentes que podem ser assumidas pela eficiência, interessando a nós, aqui, apenas a jurídica, é possível afirmar, sem nenhuma dúvida, que a lei de licitações no Brasil não prestigiou, de forma alguma, o princípio da eficiência. Pelo contrário, espancou o referido princípio, pois ela é casuística, excessivamente detalhista, contando com 126 (cento e vinte e seis) artigos, tendo sido alterada mais de 20 (vinte) vezes em seus quase 22 (vinte e dois) anos de existência.

O que se percebeu da Lei de Licitações foi a fantástica redução da discricionariedade da Administração Pública, submetendo-a a um regime jurídico inchado, em que prevaleceu a posição dos maximalistas, mascarada por um discurso moralizante que, na verdade, escondia os interesses das empreiteiras então emergentes (ROSILHO, 2011, p. 15), resultando na série de escândalos vivenciados atualmente, pela Nação. Reduzir a discricionariedade administrativa, por meio da vinculação da Administração

[165] Tradução livre. No original: “La principal característica diferencial de la subasta, y a la par su principal atractivo, reside en que persigue e, idealmente, consigue, que la adjudicación se haga “al mejor postor” y “por la mejor postura”18. Ello supone que los bienes irán a parar al potencial contratante que más está dispuesto a pagar por ellos, y lo harán a cambio del mejor precio que El titular de los bienes puede alcanzar. Este resultado es doblemente deseable, pues permite que los bienes vayan a manos de quien más los valora, y que el titular del bien o derecho maximice el ingreso derivado de su enajenación. Esto se consigue no de forma misteriosa, claro, sino provocando una competencia intensa y concentrada entre los potenciales compradores del mismo bien (o entre los potenciales vendedores, como en las subastas de contratos públicos).”

às leis, é consectário lógico do princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que, de certa forma, foi levado ao paroxismo no que diz respeito ao tema licitatório no ordenamento jurídico tupiniquim.

Verdadeiramente, como afirmamos anteriormente, o conflito entre as posições maximalista e minimalista, quando da elaboração da Lei de Licitações (BRASIL, 1993) não tinha como pano de fundo uma busca verdadeira pela moralidade administrativa, mas pelo benefício das empreiteiras emergentes, no que divergimos frontalmente do modelo espanhol. Esse detalhamento excessivo da Lei de Licitações produz 'vencedores conhecidos' nos certames, especialmente nos das grandes obras, razão pela qual as grandes empreiteiras brasileiras se encontram entre as maiores do mundo, ainda que nossas obras públicas sejam rigorosamente escassas em comparação com países de economia equivalente. Interesses prevaleceram na elaboração do diploma legal, o que é natural em qualquer debate legislativo, e nesse caso, produziu uma distorção que favoreceu as referidas empreiteiras emergentes, remetendo-nos às palavras de MARQUES NETO (2003, p.92):

> Não podemos olvidar do fato de que pelo manejo das competências regulatórias pode-se ter duas distorções. Primeiro porque pela via regulatória se pode obter um controle indireto tão grande da iniciativa econômica que reste esvaziado e, portanto, contrariado, o princípio da liberdade de empresa. Segundo, porque, como acima dissemos, a regulação não é neutra. Ela arbitra vencedores e perdedores na medida em que, para atingir um dado interesse público, o regulador sempre estará homenageando interesses privados específicos. Nada de ilegítimo há nisso.

Vozes contrárias entendem que a rigidez da Lei de Licitações decorreu de uma reação ao *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, tendo em vista "suspeitas de favorecimentos em contratações no governo federal" (CARVALHO *apud* MOTTA, 2010, p. 94). Mantemos no nosso pensamento que a vitória foi mesmo do *lobby* das empreiteiras e não

da moralização, ou a situação seria bem diferente da que se apresenta atualmente.

Ainda que nós admitíssemos, por argumento, que o legislador não estivesse influenciado pelos grupos de pressão, pelos doadores de campanha, mas por uma onda moralizante como mencionado anteriormente, há de se perceber que a visão maximalista que contamina a elaboração da Lei de Licitações estabelece uma forma de controle *ex ante facto* sobre a Administração Pública, como uma desconfiança genérica sobre a probidade dos servidores públicos. Estes são tidos, dessa forma, genericamente, como corruptos ou facilmente corruptíveis, não sendo responsáveis por significativa margem de decisão, a qual a lei lhes sonega, motivo pelo qual esta desce a minúcias que, em geral, não faz em relação a outros temas.

Ocorre que uma maior discricionariedade permitiria ao Administrador Público adaptar-se a situações que se apresentem em cada certame licitatório, de modo que não se produziriam vencedores conhecidos antecipadamente no mercado, como uma regra fatalística, praticamente imutável, a ponto de haver licitações com deságio pífio no preço de referência. Outrossim, maior ênfase deveria ser dada aos sistemas de controle *ex post facto*, especialmente do ponto de vista da jurisdição administrativa, cujo comparativo entre os sistemas brasileiro e espanhol também nos ocupará. Rigorosamente, a Lei de Licitações desprestigia a eficiência como princípio burocrático e, do ponto de vista estritamente jurídico, como princípio constitucional, sendo importante que se cogite de uma reforma da mesma.

No caso da Espanha, o princípio a informar a Administração Pública, tal como comentado anteriormente, quando da transcrição dos dispositivos constitucionais, é o da eficácia, e não, o da eficiência. A eficácia não se preocupa com a produtividade dos meios empregados para se atingir um fim, mas simplesmente, com se atingir esse fim desejado, permitindo ao legislador espanhol uma discricionariedade muito elevada para a sua concretização.

Diversamente do que ocorre com o Administrador brasileiro, que tem pouca margem de discricionariedade, o Administrador espanhol conta com grande margem para decidir por si só, sofrendo um menor controle *ex ante facto* – como mencionado anteriormente. O princípio da eficácia opera no Reino espanhol como um "imperativo de funcionamento ótimo do conjunto das Administrações públicas" (PASTOR, 2002, p. 112),

que permite, mesmo aos juízes e tribunais administrativos, anularem decisões da Administração Pública, que sejam reputadas como uma barreira à sua consecução.

Nada impede que um determinado ente da Administração Pública seja extremamente eficiente, porém ineficaz, quando ele é altamente organizado, mas está orientado para um fim equivocado. Ou mesmo o contrário, quando é altamente ineficiente, porém investe tantos recursos para atingir um determinado fim, atingindo-o, 'por força bruta', no que é eficaz.

Para ilustrar o que se explicou no parágrafo anterior, o texto de Torres (2004, p. 75) vem a calhar:

> Eficácia: basicamente, a preocupação maior que o conceito revela se relaciona simplesmente com o atingimento dos objetivos desejados por determinada ação estatal, pouco se importando com os meios e mecanismos utilizados para atingir tais objetivos. Eficiência: aqui, mais importante que o simples alcance dos objetivos estabelecidos é deixar explícito como esses foram conseguidos. Existe claramente a preocupação com os mecanismos utilizados para obtenção do êxito da ação estatal, ou seja, é preciso buscar os meios mais econômicos e viáveis, utilizando a racionalidade econômica que busca maximizar os resultados e minimizar os custos, ou seja, fazer o melhor com menores custos, gastando com inteligência os recursos pagos pelo contribuinte.

As diferentes opções principiológicas feitas pelos legisladores constitucionais se revelam na prática do dia a dia. Enquanto nas décadas que se seguiram à promulgação da Constituição espanhola, o país se tornou um canteiro de obras com uma legislação adequada ao seu ingresso na União Europeia, voltada à consecução de resultados, o Brasil se tornou um cemitério de obras inacabadas e superfaturadas, em que não se obtém resultado prático algum, de grande parte das obras estruturantes licitadas desde a promulgação da Constituição.

A NOVA LEI DAS LICITAÇÕES NO BRASIL (LEI Nº 14.133/ 2021)

A Lei número 14.133, datada de 1 de abril de 2021, define regras universais para processos de licitação e aquisições nas Administrações Públicas diretas e indiretas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Essa nova regulamentação em Licitações e Contratos Públicos introduziu diversas mudanças, como a eliminação dos métodos de carta-convite e tomada de preços, e a adição de uma nova abordagem, o diálogo competitivo. A legislação atual também determina que os procedimentos devem, prioritariamente, ser digitais (art. 12, inciso VI). Sessões presenciais tornam-se a exceção, precisando de justificativa e registro obrigatório em ata, áudio e vídeo.

Referida recente Lei das Licitações, coloca também uma forte ênfase na fase de planejamento das aquisições. Assim, dois elementos fundamentais de qualquer sistema de compras foram revistos em 2022: o inventário de materiais, serviços e obras e o plano anual de contratações (PGC).

Tudo isso soma-se à fase preliminar, tanto no aspecto normativo quanto no tecnológico. A meta aparenta ser a integração completa da fase interna no portal governamental compras.gov.br, visando à automação das tarefas operacionais e ao intercâmbio de conhecimento entre departamentos e agências. Ao final, o que o Governo e a nova lei visam é a redução dos custos processuais, priorizando eficácia em vez de um enfoque excessivo em tarefas puramente operacionais. Tal meta ainda enfrenta críticas legais, especialmente porque as opções logísticas da nova Lei de Licitações, em relação a métodos, modelos de execução e critérios de avaliação, ainda precisam de refinamento.

Outro objetivo da nova lei parece ter sido alcançar conformidade legal. No entanto, prevemos que outras variáveis focadas no aumento da competitividade influenciarão a fase competitiva das aquisições públicas.

Entretanto, é reconhecido que, pela primeira vez, o critério de julgamento pelo maior retorno econômico foi codificado e implementado no mencionado site compras.gov.br, tornando-se uma importante ferramenta para estratégias de redução de custos.

No ano anterior (2022), muitos dos critérios de avaliação, como menor preço/maior desconto, melhor técnica e técnica e preço, foram codificados e colocados em prática no Portal de Compras do Governo Federal, mas ainda aguardam futuras atualizações.

Quanto ao diálogo competitivo, leilão e concurso, a regulamentação também foi feita de maneira incompleta. Embora a dispensa de licitação já tenha sido regulada pela IN-SEGES nº 67/21 e entrou em operação desde 9 de agosto de 2021, no compras.gov.br, ainda há espaço para melhorias nas contratações diretas neste ano de 2023.

Isso ocorre porque a dispensa de licitação está sendo integrada operacionalmente no Portal de Compras do Governo Federal. Várias outras funcionalidades foram adicionadas no início do ano passado (2022), dado que mais de um ano atrás (janeiro de 2022), um novo cenário de contratações diretas, a 'Dispensa Eletrônica' em sua versão atualizada, foi introduzida no compras.gov.br.

Nesse primeiro lançamento, ocorreram algumas falhas e houve necessidade de alguns ajustes e evoluções, com a adição de novas ferramentas neste ano de 2023.

Entre as melhorias subsequentes, estão o ambiente com maior facilidade de uso e qualidade da experiência do usuário, a parametrização de lances e a opção para os licitantes fazerem propostas via celular, que ainda necessita de ajustes. As diferentes opções principiológicas feitas pelos legisladores constitucionais se revelam na prática do dia a dia. Enquanto nas décadas que se seguiram à promulgação dessa nova legislação, mais moderna e em sintonia com o mundo digital atual.

O Sistema de Registro de Preços, destacado nos artigos 82 a 86 da Lei de Licitações atualizada, receberá atenção focada da equipe no primeiro semestre de 2023. Ainda no mesmo período, será divulgada uma norma secundária para esse sistema, ao mesmo tempo em que funcionalidades relacionadas serão desenvolvidas no portal Compras.gov.br. A regulamentação deverá ser guiada por vários princípios, incluindo a capacidade do sistema para contratações coletivas, sua aplicação como base para um mercado público online, flexibilidade para ajustes de preço, entre outros.

Dentro do Compras.gov.br, haverá uma seção para confirmar o cumprimento de obrigações, conforme estabelecido nos parágrafos 3º e 4º do artigo 88 da Lei nº 14.133/21. Além disso, haverá melhorias na antecipação de faturas e trancamento bancário no "Antecipagov".

Também está em estudo reduzir prazos para agilizar a liberação de crédito e expandir a lista de instituições financeiras credenciadas. A Nova Lei introduz inovações como um sistema de avaliação, que ainda precisa de regulamentação. Serão prioridades no próximo ano tanto a regulamentação do sistema de avaliação como do cadastro único para todos os entes federativos. Ao longo de 2023, acreditamos que outros aprimoramentos serão feitos no SICAF para alinhá-lo à nova lei, assim como sua integração ao PNCP.

Espera-se ainda revisões as práticas relacionadas à responsabilidade em contratos administrativos. Algo que possa melhor detalhar os processos para apuração de responsabilidades. Como leitor e estudioso dessa área, confesso que senti falta desse importante instrumento, registrando aqui nossa crítica.

Diversas outras iniciativas podem ainda serem desenvolvidas para o próximo ano (2024), abrangendo aspectos como transparência, competitividade e sustentabilidade, além da expansão do Compras.gov.br e do desenvolvimento nacional sustentável. Três áreas de sustentabilidade devem ser focadas: econômica, social e ambiental. Essa última dentro de u, esforço mundial, inclusive pelas diretrizes e metas da ONU.

ACORDO GLOBAL DE AQUISIÇÕES (GLOBAL PROCUREMENT AGREEMENT)

Somente em fevereiro de 2021, o Brasil formalizou sua proposta de adesão ao Acordo Global de Compras (GPA), apresentando sua oferta de acesso ao mercado. Desde então, a Secretaria de Comércio Exterior, aliada ao Ministério de Relações Exteriores e assessorada, quando necessário, pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, vinha promovendo melhorias na oferta, bem como capitaneando diversas reuniões com os países envolvidos, mas de forma ainda precária.

Espera-se que no próximo ano de 2024 ocorra avanços nos diálogos e negociações em prol da efetiva adesão. Naturalmente, isso envolve várias entidades e setores e por isso trata-se de um processo moroso e diligente, e que, no caso do Brasil, houve recentes avanços céleres e significativos, como decorrência da estruturação da oferta inicial, que foi um bom sinal.

Em paralelo, em prol da competitividade, sugerimos medidas de fortalecimento e da ampliação de empresas estrangeiras no Compras.gov.br.

GESTÃO POR COMPETÊNCIAS

A Lei nº 14.133/21 criou novos papeis, regras e fluxos. Assim, vem impingir, pois, a regulamentação infralegal para que possa prover a devida segurança jurídica às novas competências, bem como investimento governamental em sede de capacitação. Sem isso, a avanço será questionável. Deve-se ainda regulamentar a atuação do agente de contratação, da equipe de apoio, dos fiscais e gestores de contratos e do funcionamento da comissão de contratação (art. 8º, § 3º).

Outra boa ideia que já consta no planejamento do Governo e vale aqui destacar, será a trilha de aprendizagem, ao longo do ano, será desenvolvida em parceria com a ENAP, com foco em certificação profissional. Os diálogos com vistas a essa construção colaborativa que já se iniciaram desde 2021, quando lançada a nova Lei.

Por fim, tentaremos aqui resumir as principais mudanças ocorridas e previstas na Lei nº 14.133/2021:

1 Novos princípios, como a segregação de funções e planejamento;

2 Regras de governança voltadas à atuação dos agentes públicos envolvidos no processo, como medidas antinepotismo; obrigação de os agentes de contratação serem servidores ou empregados dos quadros permanentes da Administração Pública; emprego da gestão por competências, entre outros;

3 Os tipos de licitação passam a ser chamados de critérios de julgamento, com destaque para o critério do maior retorno econômico;

4 Mesmo rito procedimental para pregão e concorrência, com o julgamento das propostas ocorrendo antes da habilitação, como regra.

5 Inserção de mais critérios de sustentabilidade, com enfoque sobre a dimensão social (possibilidade da exigência de percentual mínimo de contratação de mulheres vítimas de violência doméstica e/ou egressos do sistema prisional à contratada envolvida com o objeto da licitação);

6 Novas formas de execução indireta de obras e serviços de engenharia como: fornecimento e prestação de serviço associado, contratação integrada e semi-integrada;

7 Preocupação em viabilizar as licitações internacionais, definida como a processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro (art. 6º, inciso XXXV);

8 Possibilidade de utilizar o sistema de registro de preços para dispensas e inexigibilidades;

9 Consagração da pré-qualificação (um dos ditos procedimentos auxiliares) para objeto a ser contratado pela Administração, como já era possibilitado pela jurisprudência do TCU;

10 Mudanças nas regras de publicação e disponibilização de documentos do processo;

11 No caso de sanções administrativas, previsão de regras agravantes e atenuantes das penas, buscando harmonização com a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção);

12 Incentivos para que o setor privado interessado em contratar com o Poder Público desenvolva ou aprimore programas de integridade na sua estrutura organizacional;

13 Mudanças e agravamento das sanções penais, inserindo-as diretamente no Código Penal;

14 Previsão de cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, denominada matriz de riscos;

15 Possibilidade de exigência do seguro-garantia com cláusula de retomada em obras e serviços de engenharia de grande vulto;

16 Alteração dos prazos de duração em vários tipos de contratos; e

17 Alteração dos limites máximos para realização de contratações por meio de dispensa de licitação em razão do valor.

As mudanças supra elencadas demonstram de forma nítida as profundas transformações na condução do processo licitatório no Brasil, a partir da nova Lei, notadamente se comprada a antiga Lei 8.666/93. Nessa toada, espera-se firmemente que os agentes públicos sejam capazes de cumprir o rigor da nova Lei e o país possa colher os benefícios dessa nova legislação, bem mais moderna e em sintonia com os tempos de inteligência artificial.

CONCLUSÃO

As menções e comparações iniciais do presente artigo, ao nosso sentir, mesmo que de forma introdutória, foram importantes para avalição final de o quanto o Brasil pode evoluir em seu processo licitatório que, requer, além de legislação moderna, naturalmente, agentes públicos comprometidos com o rigor da nova Lei, em constante evolução com o atual estágio de direito digital.

Inegavelmente, progressos notáveis foram feitos em comparação às leis anteriores, como a Lei 8.666/93. Essas melhorias são particularmente evidentes nas fases iniciais dos processos de licitação, um tema minuciosamente estudado pelo Professor Marcos Perez da Faculdade de Direito da USP, em uma palestra recente na Escola Paulista de Contas Públicas (link disponível no YouTube). Tais avanços não se limitam a esse aspecto; eles também se fundamentam no conhecimento acumulado dos

profissionais da administração pública e na supervisão criteriosa dos Tribunais de Contas.

A legislação recém-aprovada também objetiva modernizar o sistema de compras públicas, incluindo a transição para plataformas digitais como o meio predominante para os processos licitatórios, tornando as interações presenciais uma raridade.

Adicionalmente, a nova lei permite a exigência de um seguro como garantia para projetos e serviços de engenharia, caso haja falha do contratado. Isso deve minimizar significativamente as interrupções de projetos, um sintoma da ineficiência administrativa que aflige o país.

Outras modificações benéficas incluem a extensão do período contratual para até cinco anos, renováveis por mais cinco, e a elevação dos limites para isenções de licitações em várias categorias, agilizando assim o processo de contratação sem comprometer os controles existentes.

Finalmente, há um apelo claro para a capacitação dos agentes públicos envolvidos nas contratações, através de treinamentos e certificações, enfatizando o papel crucial das Escolas de Governo nesse contexto.

Em resumo, o artigo visa não apenas discutir os detalhes técnicos da nova lei, mas principalmente alertar os gestores públicos sobre a importância de adotar uma abordagem estratégica para as contratações, em vez de uma visão puramente operacional.

Investir nessa área é crucial para a eficácia da administração pública e para a execução bem-sucedida de políticas públicas. Quanto mais rápido nos adaptarmos às novas diretrizes, mais cedo superaremos os desafios e encontraremos formas de otimizar o sistema de aquisições públicas, algo urgentemente necessário e que terá um impacto positivo direto na qualidade de vida da população mais vulnerável, que mais depende desses serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERQUÓ, Laura Taddei Alves Pereira Pinto. **O princípio da eficiência e o setor público não-estatal**. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ primafacie/article/view File/4460/3365.>. Acesso em 28 de abril de 2015 Lei n. 284, de 20 de outubro de 1936.

BLANCHET, Luiz Alberto; GUARIDO, Fernanda Alves Andrade. **O que muda para as empresas que participam de licitações públicas?** Boletim Governet de Administração Pública e Gestão Municipal, Curitiba, ano 11, n. 113, p. 186-187, fev. 2021. Disponível em: https://governet.com.br/client/read-text?text_id=19960. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei de Licitações**.Lei 8666/93. Brasília: Senado Federal, 1993.

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.**10/02/2014 ://www.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=10910

BRASIL. **Decreto 2528/1986**. Brasília: Senado Federal, 15 jan.1986.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/ portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/2%20Licita%C3%A7%C3%B5es-Conceitos%20e%20Princ%C3%ADpios.pdf.>. Acesso em 19 abr.2015.

BRASIL.**Lei 4.401/64**. Brasília: Senado Federal, 1964.

CARVALHO, Alberto Maia. **A empresa que elabora o projeto básico ou executivo pode participar da licitação para execução do objeto principal?** In: ZÊNITE Fácil. Curitiba: Zênite, abr. 2021. Doutrina. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 20 maio 2021.

CARVALHO, Guilherme; Simões, Luiz Felipe. **Como fica a participação de instituições sem fins lucrativos em licitações, como OSCIPS e organizações sociais, após a entrada em vigor da Lei n° 14.133/2021**. In: ZÊNITE Fácil. Curi tiba: Zênite, abr. 2021. Doutrina. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 20 maio 2021.CRETELLA JR, José. **Das licitações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERREIRA, Camila Cotovicz. **Nova Lei de Licitações: alcance da vedação à recontratação de empresa contratada via dispensa emergencial**. In: ZÊNITE Fácil. Curitiba: Zênite, fev. 2021. Doutrina. Disponível em: http:// www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 15 abr. 2021.

FREITAS, Alexandre Mattos de; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: comentários a Lei nº 14.133/2021**. Brasília: Ed. dos Autores, 2021. 182 p. E-book. Disponível em: https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/588204. Acesso em: 20 maio 2021.

GARCÍA MORCILLO, M. **Las ventas por subasta en el mundo romano**: la esfera privada. Barcelona: Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona, 2015.

GUIDI, José Eduardo. **Um breve reparo à definição de "obras" da Lei nº 14.133/2021. In: ZÊNITE Fácil. Curitiba: Zênite, abr. 2021**. Doutrina. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 20 maio 2021.

HUPSEL, Edite. Lei nº 14.133 de 2021: **a nova lei de licitações: inovações e desafios**. In: ZÊNITE Fácil. Curitiba: Zênite, abr. 2021. Doutrina. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 20 maio 2021.

LARA, Silvia Hunold. **Ordenações Filipinas**, Volume 16 de Retratos do Brasil
Volume 16 de Seminarios, Debates.Companhia das Letras, 1 de jan de 1999 - 510

LIMA, Edcarlos Alves. **Lei nº 14.133/2021: o diálogo competitivo e os desafios práticos de sua operacionalização**. In: ZÊNITE Fácil. Curitiba: Zênite, abr. 2021. Doutrina. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 20 maio 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *In*: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Editora Forum, Volume nº 1, jan./mar. 2013, p. 92.

MEIRELLES Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 14. ed. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

MIZIARA, Raphael. **Primeiros comentários aos principais impactos da nova lei de licitações e contratos administrati vos no direito e no processo do trabalho**. Revista dos Tribunais, [S.l.], v. 1028, jun 2021. Disponível em: https://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin. Acesso em: 20 maio 2021].

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista do Serviço Público**, ano 51, n.2, p.3-128, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa**. Emenda constitucional n.º 19/98. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32

MOTTA, Alexandre Ribeiro. **O combate ao desperdício no gasto público**: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro. Dissertação de Mestrado. Campinas: UNICAMP, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **A polêmica da singularidade como condição para a inexigibilidade de licitação que visa à contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual**. In: ZÊNITE Fácil. Curiti ba: Zênite, maio. 2021. Doutrina. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 20 maio 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 283 p. E-book. Disponível em: http://www.zeniteeventos.com.br/uploads/produtos/2aEdicao_NovaLeideLicitacoeseContratosAdministrativos_JoelMenezesNiebuhr.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Princípios de Derecho Administrativo**. 4 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, v.1, p. 112.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, MOTTA, Fernando C. Prestes. Introdução à organização burocrática. São Paulo: Brasiliense, 1979, p. 17.

POMAR, Fernando Gómez, SALDAÑA, Marian Gili. **El régimen jurídico de las ventas en publica subasta tras la aprobación de la Ley 3/2014**. 27 de marzo, por la que se modifica El TRLGDCU. *In*: Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Abril, 2014. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_ id=2438058. Acesso em 17 de abril de 2015, p. 8.

POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. **A nova Lei de Licitações: as regras relacionadas às contratações públicas de inovação**. Boletim Governet de Licitações e Contratos, Curitiba, ano 18, n. 190, p. 129-131, fev. 2021. Disponível em: https://governet.com.br/client/read-text?text_id=20003. Acesso em: 15 abr. 2021.

QUADRO comparativo dos dispositivos da nova Lei de Licitações: Lei n° 14.133. In: ZÊNITE Fácil. Curitiba: Zênite, abr. 2021. 209 p. E-book. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 15 abr. 2021.**ORDENAÇÕES FILIPINAS.** *In:* MENDES, Cândido. **Versão digitalizada da edição de das Ordenações Filipinas**. Universidade de Coimbra, livro V Volume 16 de Coleção Retratos do Brasil.

ROSILHO, André Janjácomo. **Qual é o modelo legal das licitações no Brasil?** As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 15.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Nova lei de licitações: algumas inovações**. In: ZÊNITE Fácil. Curitiba: Zênite, dez. 2020. Doutrina. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 15 abr. 2021.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Nova lei de licitações: quem decide as licitações?** In: ZÊNITE Fácil. Curitiba: Zêni te, jan. 2021. Doutrina. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 15 abr. 2021. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMANCA, M. **Contributti allo studio delle vendite all'aste nel mondo clássico.** Roma: s.e., 1954, p. 40 e ss.

TONIN. Mayara Gasparoto. **O procedimento de reabilitação de licitantes e contratados na nova Lei de Licitações (art. 162 do PL 4.253/2020)**. Boletim Governet de Licitações e Contratos, Curitiba, ano 17, n. 191, p. 223-225, mar. 2021. Disponível em: https://governet.com.br/client/read-text?text_id=20061. Acesso em: 15 abr. 2021.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

O PAPEL DA SOCIEDADE NA REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:

O FUTURO DA IA E DO DIREITO DIGITAL NA GESTÃO PÚBLICA

THE ROLE OF SOCIETY IN REGULATING ARTIFICIAL INTELLIGENCE:

THE FUTURE OF AI AND DIGITAL LAW IN PUBLIC MANAGEMENT

Machidovel Trigueiro Filho[166]

RESUMO

O artigo analisa o papel da sociedade na regulação da inteligência artificial (IA), suas repercussões no direito digital e na gestão pública, e propõe diretrizes para políticas públicas éticas e inclusivas. Destaca-se a importância da participação cidadã ativa na construção de diretrizes para uso responsável da IA, incluindo movimentos sociais que pressionam por transparência algorítmica, combate a vieses e restrições ao uso de tecnologias invasivas como reconhecimento facial. Examina o futuro da IA na gestão pública, apontando benefícios como personalização de serviços e otimização de processos, mas também desafios éticos relacionados à proteção de dados, viés algorítmico e accountability. O texto propõe políticas públicas baseadas em transparência, responsabilização, inclusão digital e fiscalização independente, além de qualificação profissional para reduzir desigualdades. Conclui que a construção de um ecossistema de IA justo e eficiente depende de governança democrática, formação cidadã crítica e equilíbrio entre inovação e dignidade humana.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Regulação; Direito digital; Gestão pública; políticas públicas.

[166] Professor da UFC, Procurador do Município, Pós Doutor em Direito pela USP-SP e Chefe de Departamento do Direito Público da Faculdade de Direito da UFC

ABSTRACT

The article analyzes the role of society in regulating artificial intelligence (AI), its repercussions on digital law and public administration, and proposes guidelines for ethical and inclusive public policies. It highlights the importance of active citizen participation in building guidelines for the responsible use of AI, including social movements that demand algorithmic transparency, fight against biases, and restrict the use of invasive technologies such as facial recognition. The paper examines the future of AI in public management, pointing out benefits such as service personalization and process optimization, but also ethical challenges related to data protection, algorithmic bias, and accountability. It proposes public policies based on transparency, accountability, digital inclusion, and independent oversight, as well as professional qualification programs to reduce inequalities. The study concludes that building a fair and efficient AI ecosystem depends on democratic governance, critical civic education, and balancing innovation with human dignity.

Keywords: Artificial intelligence; Regulation; Digital law; Public administration; Public policies.

INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto das pesquisas realizadas nos estágios de pós-doutorado do autor na UERJ e na UFRJ, sob supervisão de renomados pesquisadores vinculados ao grupo MasI – Modelos e Arquiteturas para Sistemas Inteligentes e sua regulação, com financiamento do CNPq. O presente texto tem como objetivo refletir sobre o papel da sociedade na regulação da inteligência artificial, analisando suas repercussões no direito digital e na gestão pública, além de propor diretrizes para políticas públicas inclusivas, éticas e responsáveis frente ao avanço tecnológico.

1. **DESPERTANDO A CONSCIÊNCIA CIDADÃ – A FORÇA DA COMUNIDADE NA ERA DA IA**

A inteligência artificial (IA) integra-se progressivamente aos processos sociais, econômicos e administrativos, impondo à sociedade civil a responsabilidade de participar ativamente da construção de diretrizes para seu uso ético e equitativo. Movimentos sociais, organizações não governamentais e cidadãos engajados têm um papel vital ao influenciar legislações e modelos regulatórios inclusivos.

Exemplos de mobilização incluem pressões por transparência algorítmica em processos seletivos, combate a vieses em sistemas de recrutamento automatizado e restrições ao uso de reconhecimento facial em espaços públicos para preservação da privacidade e direitos fundamentais.

2. FUTURO DA IA E DIREITO DIGITAL NA GESTÃO PÚBLICA

O futuro da IA aplicada à gestão pública contempla a personalização de serviços, otimização de processos burocráticos e análise preditiva para distribuição de recursos, segurança pública e saúde. No entanto, os desafios éticos incluem a proteção de dados pessoais, mitigação de viés algorítmico e transparência decisória para garantir accountability administrativa e confiança social. Modelos de governança adaptáveis, capazes de evoluir em sintonia com as mudanças tecnológicas, devem ser construídos com participação cidadã ampliada.

3. DIRETRIZES PARA A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE IA

As políticas públicas sobre IA devem fundamentar-se em princípios de transparência, responsabilização, inclusão digital, proteção de direitos fundamentais e promoção do bem-estar social. A criação de

'sandbox' regulatórios, revisão contínua das normas, participação de múltiplos stakeholders (sociedade civil, academia, governo e setor privado) e fiscalização independente constituem caminhos para uma regulação ética, sustentável e compatível com a dinâmica tecnológica.

Programas de qualificação profissional e alfabetização digital ampla são indispensáveis para a inclusão socioeconômica frente à automação, com atenção especial ao combate à discriminação algorítmica e acessibilidade universal em soluções de IA.

CONCLUSÃO

A sociedade ocupa papel central na construção de um ecossistema de inteligência artificial orientado à dignidade humana, justiça social e eficiência pública. A convergência entre tecnologia, direito digital e governança pública demanda diálogo permanente, regulações proativas e formação cidadã crítica. O futuro da IA dependerá da capacidade coletiva de equilibrar inovação, equidade, proteção de dados e responsabilidade ética.

REFERÊNCIAS

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. Machine, Platform, Crowd: Harnessing Our Digital Future. WW Norton & Company, 2017.

CATH, Corinne et al. Artificial Intelligence and the ‘Good Society’: the US, EU, and UK approach. Science and Engineering Ethics, v.24, n.2, 2018.

DOSHI-VELEZ, Finale; KIM, Been. Towards a rigorous science of interpretable machine learning. arXiv preprint arXiv:1702.08608, 2017.

FLORIDI, Luciano. The Ethics of Artificial Intelligence. The Oxford Handbook of Ethics of AI, 2020.

GOODFELLOW, Ian et al. Deep Learning. MIT Press, 2016.

HILDEBRANDT, Mireille. Law for Computer Scientists and Other Folk. Oxford University Press, 2020.

KELLY, Kevin. The Inevitable: Understanding the 12 Technological Forces That Will Shape Our Future. Viking, 2016.

LE CUN, Yann et al. Deep learning. Nature, v.521, n.7553, p.436-444, 2015.

MOROZOV, Evgeny. To Save Everything, Click Here. PublicAffairs, 2013.

NASSAR, Elias et al. Inteligência Artificial: fundamentos e aplicações. Elsevier, 2022.

PASQUALE, Frank. The Black Box Society. Harvard University Press, 2015.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. Artificial Intelligence: A Modern Approach. Pearson, 2021.

SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. The Future of the Professions. Oxford University Press, 2015.

TEIXEIRA, André; SILVA, Jonas. Direito Digital. Revista dos Tribunais, 2020.

TURILLI, Matteo; FLORIDI, Luciano. The ethics of information transparency. Ethics and Information Technology, v.11, n.2, 2009.

VAN DIJCK, José. The Culture of Connectivity. Oxford University Press, 2013.

WACHSMUTH, Henning et al. Computational argumentation quality assessment in natural language. Journal of Artificial Intelligence Research, v.65, 2019.

WINFIELD, Alan F. et al. An updated round up of UK AI ethics initiatives. AI & Society, v.36, n.1, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. The Age of Surveillance Capitalism. Public Affairs, 2019.

ZWEIG, Katharina A. Algorithmic fairness. Springer, 2019.