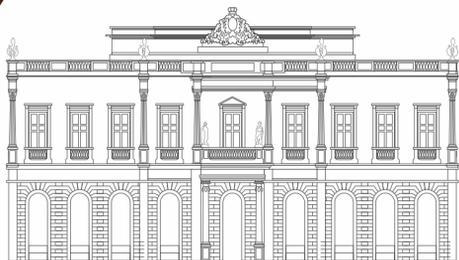
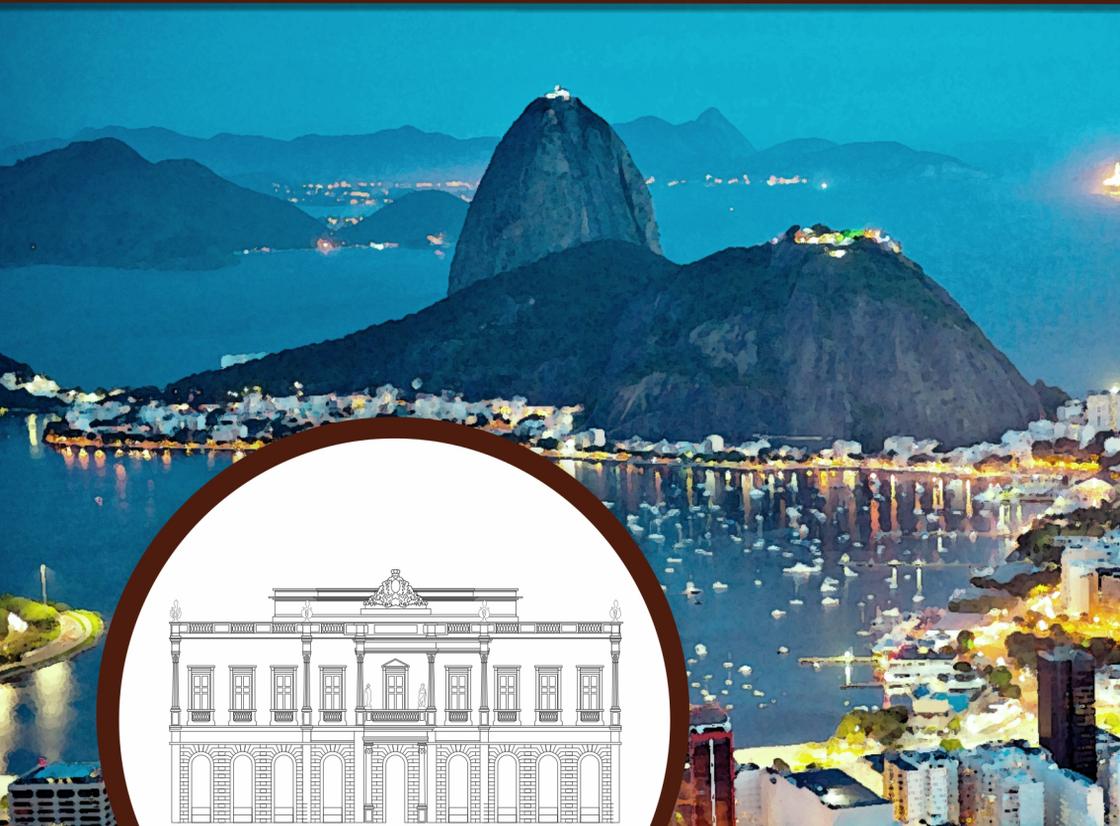


REVISTA DA

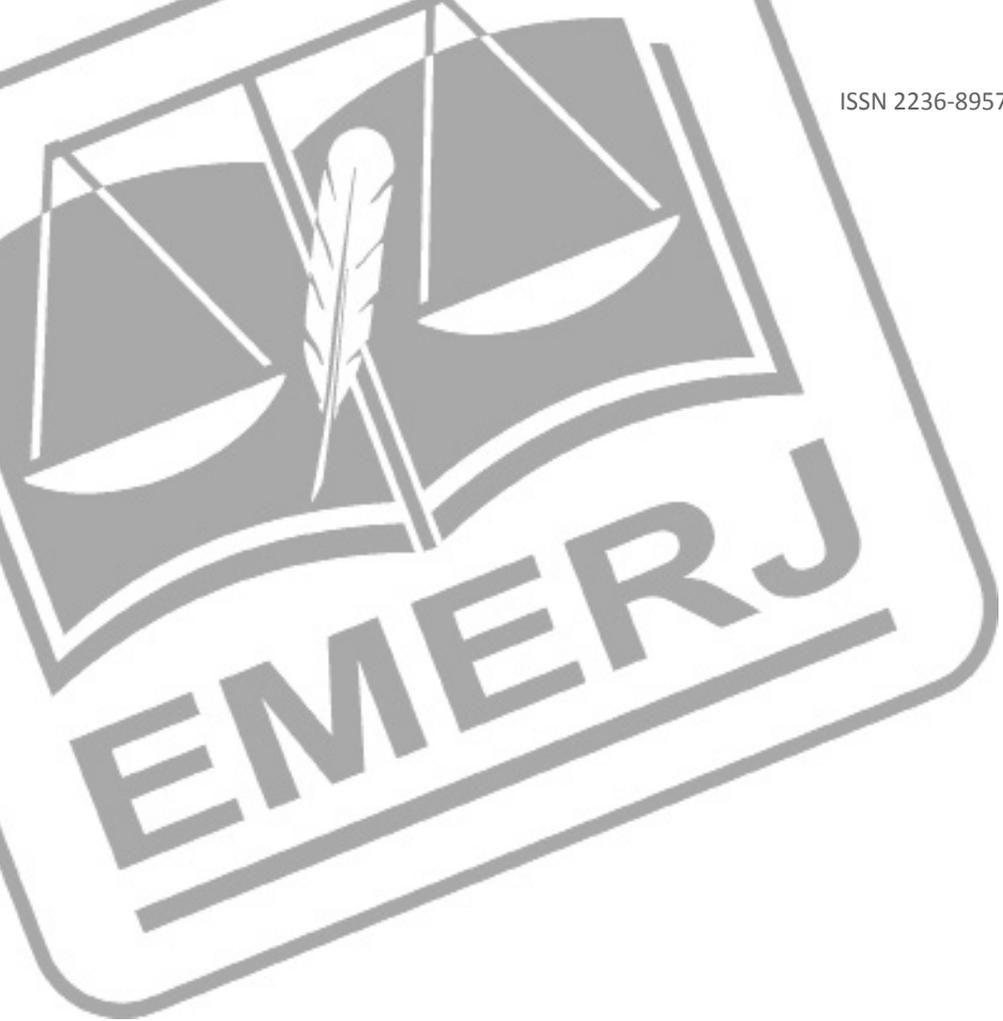
ISSN 2236-8957

# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 17 • N. 65 • Maio/Junho/Julho/Agosto • 2014



ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

v. 17 - n. 65 - 2014  
*Maio/Junho/Julho/Agosto*

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 17	n. 65	p. 1-251	mai.- ago, 2014
----------	----------------	-------	-------	----------	-----------------

© 2014 EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ**

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**Conselho Editorial:**

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze, Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

**Coordenação:** Juízes de Direito Rubens Roberto Rebello Casara, Alexandre Corrêa Leite e André Luiz Nicolitt.

**Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.**

**Editor:** Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago;  
**Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvares.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090  
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

# Diretoria da EMERJ

---

## ❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Sérgio de Souza Verani

## ❖ CONSELHO CONSULTIVO/COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Desembargador Nildson Araújo da Cruz

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

Juiz de Direito Alexandre Corrêa Leite

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt

## ❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

## ❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO

Des. Nagib Slaibi Filho

## ❖ COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

## ❖ COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

## ❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

## ❖ ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL

Maria Cristina Camargo Corrêa



# Sumário

---

- 7 | Apresentação**
- 9 | A Partilha no Inventário e a Ação Anulatória (art. 48 do CPC)**  
*Cássio Benvenuto de Castro*
- 37 | O Direito Processual Civil Brasileiro e a Indissociável Principiologia**  
*Durval Pimenta de Castro Filho*
- 54 | Justiça de Transição e o Desaparecimento Forçado nos Países do Cone Sul**  
*Enio Viterbo Martins*
- 65 | O que a Antiga Pastoral Cristã da Confissão Pode Ensinar a Juízes, Psicólogos e Assistentes Sociais?**  
*Esther Maria de Magalhães Arantes*
- 83 | Esgotamento Sanitário Limitado a Coleta, Transporte e Despejo *in natura*. Inexigibilidade de Exação. Uma Análise do REsp 1.339.313/RJ**  
*Fernando Foch*
- 139 | Legado Orwell: O Paradigma da Ultravigilância**  
*Leonardo Rezende Cecilio*
- 155 | Transição do Controle de Constitucionalidade Incidental para os Efeitos Genéricos (notas)**  
*Nagib Slaibi Filho*

- 184 | Competição Fiscal e Análise Econômica do Brasil**  
*Pedro R. M. Schittini*
- 193 | O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)**  
*Rafael Carvalho Rezende Oliveira*  
*Daniel Amorim Assumpção Neves*
- 207 | Usucapião Tabular: Análise Sistêmica (Para que não seja sanatória da “grilagem” presente na realidade fundiária brasileira)**  
*Rogério Devisate*
- 236 | Processo Penal Democrático**  
*Rogério Schiatti Machado Cruz*

## Apresentação

---

Na primavera de 2014, a REVISTA DA EMERJ apresenta ao leitor verdadeiras pétalas de preocupações com a humanidade. Em mais uma edição, traz uma plêiade de temas cujas atualidade e relevância tornam a leitura imperiosa.

O tema “Justiça de transição e desaparecimentos forçados” nos propõe duas constatações: uma positiva e outra lamentável. Primeiramente nos remete à luta das comissões da verdade e dos movimentos sociais no sentido de demonstrar que o passado não foi esquecido. Mas, lamentavelmente, nos faz lembrar também que o tema desaparecimento, mesmo na democracia, não ficou no passado. Lembrando Mário Quintana, o *passado não reconhece o seu lugar, está sempre presente*. Casos como o do pedreiro Amarildo, dão conta de que o autoritarismo insiste em impregnar as práticas do poder, mesmo em um Estado Democrático de Direito.

A pena do Ministro Rogério Schietti Machado Cruz, ao tratar do Processo Penal Democrático, também nos dá conta dos riscos do autoritarismo e não foge a este eixo, a preocupação de Leonardo Rezende Cecílio ao abordar a questão da ultravigilância, destacadamente quando toca na tensão entre “prevenção e liberdades individuais”.

Não obstante o eixo acima, a presente edição não se descurou de questões cotidianas importantes, como a partilha e o inventário, o esgotamento sanitário; e ainda, de questões dogmáticas relevantes como o controle de constitucionalidade e os princípios do processo civil.

Com efeito, estamos certos de que entregamos ao leitor mais uma importante contribuição para o aprimoramento e reflexão, necessários à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

**Juiz de Direito André Luiz Nicolitt**  
Membro do Conselho Consultivo da EMERJ



# A Partilha no Inventário e a Ação Anulatória (art. 486 do CPC)<sup>1</sup>

**Cássio Benvenuti de Castro**

*Mestre em Direito pela UFRGS.*

*Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.*

**Resumo:** A jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa possuem a mesma natureza. Em cada uma dessas modalidades da jurisdição, é possível que se desenvolva um processo ou um “mero” procedimento. A jurisdição nem sempre é palco de um processo. Além disso, o caminho percorrido no *locus* jurisdicional (processo ou procedimento) não é peremptório para distinguir a qualidade do ato final que a jurisdição oferece ao indivíduo. O ato final, o ato que encerra um processo ou um procedimento, pode consistir em uma decisão (a tutela jurisdicional típica) como também pode consistir em um ato praticado pelos interessados e, posteriormente, submetido ao juízo (o ato jurídico processualizado). A essência desse ato final é que define a espécie do instrumento impugnativo desse mesmo ato de encerramento: quando o ato final do processo ou do procedimento em jurisdição voluntária é um ato praticado pelos interessados parciais, será possível o ajuizamento da ação anulatória (art. 486 do CPC); quando o ato final é uma decisão/julgamento, um ato do juiz, é cabível a ação rescisória contra tal decisão/julgamento. A partilha no inventário merece atenção particular, pois a própria legislação codificada prevê uma dicotomia dos meios impugnativos ao seu ato final – seja pela ação anulatória ou seja pela ação rescisória, tudo a depender do ato final que entrega o bem da vida às pessoas. A tentativa é desmitificar que, apenas em virtude da denominação da modalidade jurisdicional, deva existir uma diferenciação entre o meio impugnativo ação anulatória ou a ação rescisória.

**Sommario:** La giurisdizione volontaria e la giurisdizione del contenzioso sono della stessa natura. In ognuna di queste modalità, è possibile ci sviluppare un processo o un semplice procedura. La giurisdizione non

<sup>1</sup> O trabalho é dedicado à memória do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, falecido em dezembro de 2013.

è sempre il próprio luogo di un processo. Inoltre, la via percorsa nel luogo (processo giudiziario o procedura) non è il vertice della differenza che c'è tra la qualità dell'atto finale che mettere termini al lavoro giurisdizionale. L'atto finale, l'atto che chiusa un processo o procedura, può essere costituito da una decisione (tutela giudiziaria tipica) come può anche consistere in un negozio dalle parti e, successivamente, sottoposto a giudizio (l'atto giuridico processualizzato). L'essenza di questo atto finale è che definisce esattamente la specie dello strumento per richiedere questo atto di chiusura: quando l'atto finale del processo o della procedura nella giurisdizione volontaria è un atto esercitato per gli interessati, sarà possibile la azione per invalidità (art. 486 del CPC); quando l'atto finale è una decisione, un atto processuale del giudice, può essere usata la azione specifica contro questa decisione. Nel distribuzione della proprietà nel inventario ho meso attenzione, perchè la legislazione prevede duo tipi di richiesta contro l'atto finale – una azione di invalidità, e inoltre l'azione per specifica contra la decisione, tutto da dipendere dall'atto finale che consegna la tutela del diritto. No è própria la denominazione tra modalità giurisdizionale che consegna una differenziazione tra azione di invalidità e azione specifica contro decisione.

**1.** Uma corrente mais ortodoxa chega a defender que a jurisdição voluntária consiste na “administração pública de interesses privados”. Assim, em alguma medida se relativiza o caráter jurisdicional da voluntariedade. Semelhante enunciado repercute o clássico *Estado Legislativo de Direito* e a então absoluta *supremacia dos interesses públicos* sobre os privados.

A rejeição ou a relativização da natureza jurisdicional à jurisdição voluntária subentende uma dupla sorte de percepções. Em primeiro lugar, ostenta uma perspectiva jusfilosófica que considera os fenômenos jurídicos como espécies de projetos monocromáticos, sem permitir espaço ao sincretismo e ao próprio ecletismo do conhecimento contemporâneo. Em segundo lugar, tal raciocínio demonstra que o instituto da “jurisdição” é compreendido como um sinônimo de “poder”, e está cravado no centro da teoria geral do processo, sendo que *todo o direito* deve emanar e somente pode emanar do Estado, daí não existindo outras manifestações jurídicas por fora dos contornos das ordens estatais. O Estado monopoliza o direito, o direito seria uma norma (e não mais a interpretação, o valor dela extraído, e o fato no sentido amplo – fato que compõe a matéria-prima

da norma e os aspectos fáticos que apreendem as diversas facetas do poder no cenário democrático)<sup>2</sup>.

A compreensão de uma ordem jurídica transnacional e a própria valorização do homem enquanto vértice de todas as formas de tutela do direito, sobremaneira implicam uma reflexão sobre a corrente tradicional. A “jurisdição” como um reflexo do “poder”, hoje em dia, comumente não está colocada com um vértice da teoria geral do processo. Logo, estudar a jurisdição – seja a voluntária ou a contenciosa – não se resume ao estudo das facetas da tutela enquanto “poder”, porque no núcleo de toda a teoria do processo estão inseridos o processo e a própria tutela dos direitos, enquanto fenômenos transcendentais à concepção centrípeta do poder/jurisdição.

A releitura do epicentro de uma teoria geral do processo desperta o debate sobre diversas desdobramentos da jurisdição voluntária. Com efeito, a jurisdição voluntária também emana um “poder”, também representa uma faceta do “poder” estatal, isso não a distingue da jurisdição contenciosa. O que mais importa, para bem caracterizar os seus desdobramentos, é identificar a posição dos interessados que debatem no desenrolar do seu procedimento, identificar se realmente sempre ocorre um procedimento ou um processo – o primeiro é gênero e o segundo uma espécie de procedimento –, bem como identificar a natureza do objeto examinado pelo juiz ou negociado pelos interessados.

Para além do qualificativo jurisdicional como um desdobramento do “poder”, a riqueza teórica e prática da jurisdição voluntária consiste em observar quando e como o *processo* se desenvolve na jurisdição voluntária, quando pode ocorrer um *mero procedimento* sem processo e, a partir de então, examinar o ato final que promove a tutela do direito. O ato final que entrega o objeto às pessoas é que define as diversas modalidades de meios impugnativos cabíveis.

O estudo sobre a possibilidade de um *mero procedimento* ou de um verdadeiro *processo*, em plena jurisdição voluntária, evita as generalizações que afirmam que “tudo o que aparece na jurisdição é jurisdicional”. Não é bem assim, pois existem determinados fenômenos que são

---

2 A complexidade do tema “poder” não encerra uma explicação unitária, no atual quadrante da modernidade líquida. Em breves palavras, apelo para uma realidade do cenário mundial – as revoluções, os contextos de insurgência popular, as organizações não governamentais, os núcleos e nichos que propõem mudanças no cenário normativo, as próprias instituições remodeladas pelas necessidades do ser humano atual (como a família monoparental e o casamento entre pessoas do mesmo gênero) compõem uma demonstração empírica gritante: o direito não advém apenas do Estado; na verdade, o Estado democrático do terceiro milênio é apenas um filtro linguístico que reproduz uma pretensão de universalidade das diversas ordens de valores que convivem no cenário cultural.

simplesmente jurisdicionalizados ou processualizados, para daí surtirem efeitos perante o Estado. As instituições organizam diferentes métodos para alcançar a tutela dos direitos das pessoas, e a análise do ato final, o estudo do ato que encerra o percurso jurisdicional, é de fundamental importância para o atingimento desses objetivos. O processo ou o procedimento podem ser encerrados por uma decisão ou, de outro lado, por ato ou negócio jurídico praticado pelos interessados e submetido a juízo, para homologação. Cada ato final, seja um provimento ou um negócio entre as partes, à sua maneira, finaliza a sequência de atos concatenados na jurisdição voluntária.

*Não é a modalidade da jurisdição* – se voluntária ou contenciosa – que distingue as espécies de impugnação do ato final por ela promovido. O manancial teórico-pragmático extraído da essência desse ato final é que estipula o respectivo regime impugnativo. O tema desperta perplexidades, daí o interesse em separar o cabimento de um recurso de apelação e da respectiva ação rescisória, ou o cabimento da ação anulatória. A natureza jurídica do ato final, que encerra o processo ou o procedimento, é que define a sorte da impugnação.

O presente trabalho alerta que nem sempre a ação anulatória<sup>3</sup> é cabível contra o ato final entregue pela jurisdição voluntária. Pode ocorrer uma decisão, também nessa hipótese de jurisdição. O problema da partilha em inventário merece atenção pormenorizada, porque a própria legislação regulamenta uma fórmula que define a dupla modalidade de impugnação, seja por ação rescisória ou seja por ação anulatória, contra o ato final da partilha. O conteúdo do ato final, resultante do processo ou do procedimento, a essência desse ato de encerramento, é que regulamenta a espécie de meio impugnativo cabível.

O esforço é depurar alguns aspectos da ação anulatória do ato processualizado, hoje prevista no art. 486 do CPC e no art. 929 do Projeto de CPC. Para tanto, necessário desmistificar que, não apenas em virtude da denominação atribuída à jurisdição, deva existir uma diferenciação quanto aos meios impugnativos do ato final – a ação anulatória e a ação rescis-

---

<sup>3</sup> Quando examinada às pressas, a jurisprudência talvez induza o leitor a pensar que sempre é cabível a ação anulatória para impugnar qualquer espécie de ato final, em jurisdição voluntária: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ANULAÇÃO DE INTERDIÇÃO. CABIMENTO. A sentença proferida em ação de interdição é anulável e não rescindível, porquanto se trata de procedimento de jurisdição voluntária. APELO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.” (Apelação Cível Nº 70028982403, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/05/2009). Respeitosamente, não é a natureza da jurisdição que define o respectivo meio impugnativo, mas o cabimento da impugnação é definido pela essência do ato final do procedimento ou do processo – sendo possível o cabimento de ação rescisória ou de ação anulatória, a depender do ato final exarado em jurisdição voluntária.

sória não dependem da espécie da jurisdição em que se exercitam, mas da essência do ato final ocorrido, em qualquer modalidade jurisdicional, o ato final contra o qual essas demandas realmente atuam.

2. A lide consiste em um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou potencialmente contraditada. O litígio é um verdadeiro recorte da totalidade da lide, uma fatia da lide, e aparece desde o momento em que a lide é jurisdicionalizada, ou seja, quando ajuizada uma demanda perante o judiciário. O litígio<sup>4</sup> é a matéria-prima da jurisdição contenciosa, o objeto natural que reflete o que de *comum* ocorre quando se imagina o processo civil, oportunidade em que o judiciário comparece para pacificar os conflitos e aplicar o direito ao caso concreto, assimetricamente, assumindo a sua posição de terceiro imparcial. Em geral, o litígio subentende o exercício da jurisdição contenciosa.

A jurisdição voluntária também é palco para a aplicação do direito ao caso concreto, por intermédio da atuação de um terceiro imparcial (o Estado-juiz). Ocorre que a jurisdição voluntária não pressupõe uma contenciosidade ou litigiosidade real, ou melhor, o litígio não é “anterior” à jurisdição voluntária. Segundo a própria nota da “voluntariedade”, a jurisdição voluntária trata de matérias sem uma litigância evidente, sem uma litigância a olhos vistos. Todavia, não é possível afastar completamente o fortuito do litígio, quando exercida a jurisdição voluntária, pois a litigiosidade lhe é uma temática eventual ou, quando muito, o *nível de litigiosidade* dos objetos em jurisdição voluntária está rebaixado a um menor ou a um mínimo coeficiente, quando comparada<sup>5</sup> à jurisdição contenciosa.

A grande questão é que a jurisdição voluntária subentende o menor *grau* de litigiosidade que, *abstratamente*, o sistema normativo preordena, para ser analisado pelo judiciário. Isso posto, não é o “fato do litígio” que diferencia a jurisdição voluntária da jurisdição contenciosa, pois o litígio é quase constante na segunda e eventual na primeira. O critério do “grau” de litigiosidade é utilizado para fundamentar a jurisdição voluntária, e não para a diagnosticar como um fenômeno estranho à contenciosidade.

3. O critério sobre a existência real ou a existência eventual da litigiosidade consiste em um *argumento de legitimação*. Vale dizer, o litígio é

4 LACERDA, Galeno. "Ação rescisória e homologação de transação". *Revista da Ajuris*, n. 14, p. 31.

5 O estudo de um objeto, desde a matriz kantiana, reclama aportes de alguma maneira “comparativos” ou de “relacionalidade”. A própria psicologia refere que as imagens mentais trabalham com “objetos”, o que sobremaneira se divulgou com as reflexões filosóficas de Heidegger, de Gadamer e de Wittgenstein, gênios que ilustram significativa base do conhecimento contemporâneo.

um critério objetivo para justificar que algumas demandas sejam apresentadas diretamente à jurisdição contenciosa: pensou em litígio – o caminho é a jurisdição contenciosa.

De outro lado, algumas questões não subentendem um litígio, de plano, o que estaria logicamente afastado da jurisdição (no sentido clássico do termo). Raciocínio empregado em sentido lógico<sup>6</sup>, porque o interesse social ou a mera probabilidade de surgir um litígio mobiliza a dogmática e a política judiciária. O sistema normativo como um todo se organiza de maneira a submeter algumas demandas específicas à jurisdição voluntária, e não à jurisdição tradicional (porque contenciosa).

Notório que o direito trabalha com um esquema de imputações. No caso da distinção entre jurisdição contenciosa ou jurisdição voluntária, com base no critério *intensidade do litígio*, possível inferir que o coeficiente varia do *maior ao menor grau*, transitando de questões evidentemente litigiosas a questões possivelmente litigiosas. Assim, determinadas hipóteses se submetem à jurisdição voluntária justamente para prevenir<sup>7</sup> o aparecimento de litígio que, por eleição do ordenamento jurídico, seria provável que acontecesse (*fumus litigiosae*<sup>8</sup>). Existe um interesse político (da coletividade) sobre tal ou qual objeto<sup>9</sup> a ser submetido à jurisdição (jurisdicionalizada).

A jurisdição voluntária é um palco de questões relevantes. O critério de eleição dessa relevância está no coeficiente de litigiosidade do

---

6 A lógica é a uma ciência interna ao ser humano, toca ao raciocínio, é algo imanente ao ser-pensante. Por isso a lógica pode elucidar sobre a “litigiosidade” em termos ideais, porque supostos, porque fazem parte a uma rotina do que de “comum acontece”. Apesar de também trabalhar com dados empíricos, a lógica utiliza sua metodologia metafísica para formular seus enunciados tendencialmente universalizantes e, a partir disso, oferecer utilidade prática à dogmática jurídica – ciência social por natureza cultural.

7 Entendimento preconizado em Carnelutti, para o qual “a prevenção da lide é o fim específico do processo voluntário”. Assim, a matéria-prima da jurisdição voluntária sequer se reportaria a um litígio propriamente dito, mas, sobretudo, a um interesse preventivo. Ver CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**, v. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 95/97.

8 O critério da “contenciosidade” apenas indicia uma preocupação sobre a importância dos direitos em análise. Não afirmo que o litígio é nota da jurisdição, mas, sobretudo, o sistema utiliza uma ponderação sobre probabilidades, na tentativa de universalizar a busca pela tutela. Onde seria possível a malversação dos interesses, o legislador pré-estipulou a necessidade da jurisdicionalização. Marinoni refere que “*não importa a existência de consenso ou dissenso*, mas sim a relevância do bem ou do direito que pode ser agredido diante dos efeitos que podem ser produzidos pela manifestação de vontade de ambas as partes interessadas. E para isso é que o juiz é convocado, ou seja, *para proteger o bem ou o direito que, na ausência da participação da jurisdição*, ficaria entregue à vontade dos particulares ou à recepção de uma autoridade administrativa ou de um sujeito privado”. O critério da “contenciosidade” meramente auxilia nessa eleição dos interesses privilegiados, enquanto fator de ponderação do que de natural acontece na sociedade. Ver **Curso de processo civil**: Teoria geral do processo, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

9 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 612.

objeto, que não chega a ser um pressuposto concreto, pois a litigiosidade é ocasional e, portanto, normativamente atribuída à jurisdição voluntária. O litígio real/concreto é um acidente de percurso em termos de jurisdição voluntária, sendo que ela se caracteriza como jurisdicional em função da estraneidade<sup>10</sup> ou imparcialidade do órgão que conduz a sucessão de atos jurisdicionalizados, na virtude da assimetria pela qual o Estado-juiz é posicionado em relação aos interessados. O caráter público da assimetria<sup>11</sup> está explicitado, inclusive, na relevância social das questões eleitas para a jurisdição voluntária.

4. A despeito da natureza pública dos objetos e do esquema assimétrico das posições jurídicas entre os interessados e o Estado-juiz, nem sempre ocorre um “processo” em jurisdição voluntária, assim como nem sempre se desenvolve um “processo” na jurisdição contenciosa. Com efeito, o fenômeno “processo” reclama o contraditório e uma dialética paritária, uma estrutura qualificada que permite a argumentação e a contra-argumentação dos debatedores. Isso posto, diversos provimentos exarados pela jurisdição resultam de um mero “procedimento” sem, contudo, a formação de um “processo”. A leitura da legislação quiçá facilita (mantendo-se o foco na jurisdição voluntária).

Quando o juiz nomeia um curador dos bens dos ausentes (art. 1.160 do CPC), ou quando o juiz libera um alvará para a retirada de valores depositados (Lei 6.858/80), não existe um clássico *judgamento* de uma controvérsia, não existe uma contraposição de sujeitos, de maneira que o provimento judicial afete o patrimônio jurídico de um deles em proveito de um outro. Nessas hipóteses, é muito provável que não exista um “processo”, pois, segundo Fazzalari, é certo que “algumas disposições preveem a episódica participação na fase preparatória de outros interessados (ou contra-interessados). Por outro lado, essa participação não é suficiente para realizar um contraditório; fica, portanto, aquém do esquema do processo, ainda sob o plano do mero procedimento”<sup>12</sup>.

10 Contemporaneamente, a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária se explica pela nota da atribuição do sentido constitucional ao caso concreto – assim, como a jurisdição contenciosa, ela também reúne uma atitude reconstrutiva dos fatos e do direito pelo juiz, além de acenar à axiologia e à deontologia alocada na Constituição. A referência à suposta, aparente, ou latente litigiosidade se presta somente a sustentar o fundamento do “interesse coletivo” na resolução de um caso, de maneira a justificar a opção política que tenha subordinado a entrega do direito à jurisdicionalização.

11 Sobre o ponto da caracterização da natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, ver MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80/88.

12 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 612.

O procedimento é um sucessão de normas, de atos concretos e de posições jurídicas, em ordem lógica e cronológica. O procedimento é um gênero no qual consiste em uma “estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”<sup>13</sup>.

Ou seja, o procedimento é um corpo sensível<sup>14</sup> dos *agires* dos interessados e do desempenho das funções do Estado-juiz. No interior dessa denominada *espinha dorsal* do formalismo processual, que nasce com a demanda e se funcionaliza em direção ao provimento final, é que se praticam os atos processuais típicos e, eventualmente, podem ser praticados os atos processualizados.

Aqui o ponto: não é a natureza da jurisdição que define o regime de impugnação; não é por se tratar de jurisdição voluntária que, sempre, o ato final, o ato de encerramento do procedimento, será impugnado pela ação anulatória. Dizer que o ato final da jurisdição voluntária – apenas pela denominação da aparente “voluntariedade” – deve ser impugnado pela ação anulatória do art. 486 do CPC, significa apoucar a própria natureza jurisdicional dessa espécie. Friso que o princípio reitor normativo quanto à modalidade de impugnação do ato final está disciplinado, justamente, em função da *natureza do ato (final) praticado no locus jurisdicional*.

---

13 **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi. Ver PICARDI, Nicola. **La successione processuale**. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, *passim*; FAZZALARI, Elio. "Procedimento e processo" (teoria generale). **Enciclopedia del diritto**, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, *passim*.

14 Pensamento análogo ao dizer que “ação” processual “consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio do exercício dos poderes e faculdades que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, e correspondentes posições subjetivas processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v. g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Nada tem a ver, assim, com a tutela jurisdicional prestada pelo órgão judicial, que decorre não do meio, mas do *resultado* do processo, da imperatividade e da soberania do Estado-juiz”. Ver **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73.

Seja em jurisdição contenciosa, ou seja em jurisdição voluntária, a identificação do cabimento do eventual recurso ou da ação de impugnação contra o ato que entrega o bem da vida depende da essência do ato final entregue pela jurisdição. E a jurisdição não entrega apenas a tutela jurisdicional. A jurisdição também é cenário de atos e de negócios jurídicos dos sujeitos parciais que, após perfectibilizarem seus atos, apenas o jurisdicionizam para surtir efeitos práticos ou de publicidade.

Isso é o que acontece com o ato processualizado – um ato jurídico ou negócio jurídico praticado pelos sujeitos parciais e, posteriormente, colocado perante a jurisdição. A ação anulatória prevista no art. 486<sup>15</sup> do CPC e o art. 929 do Projeto de Novo CPC se reporta a tal ato processualizado.

Um ato processualizado é um ato jurídico perfeito. O seu fundamento está na própria Constituição, pois “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI). O ato processualizado é composto por um ato ou negócio jurídico das partes ou interessados parciais, que é jurisdicionalizado, ou seja, inserido na jurisdição, para daí surtir efeitos no procedimento. Além desse fundamento dogmático, pode-se acenar sobre o fundamento epistêmico do ato processualizado, pois ele ocorre para afastar a necessidade do contraditório, para dispensar o fenômeno do “processo” e resolver a situação dos interessados por meio de um ato ou um negócio jurídico do direito material.

Sem o aprofundamento que o tema mereceria, imperioso notar que a estrutura e a finalidade do *procedimento sem processo*, em jurisdição voluntária, permitem a seguinte reflexão. Nos exemplos citados (curador dos bens do ausente e alvará judicial), o procedimento inicia com um pedido (ato processual postulatório), continua com um desenvolvimento e, finalmente, é resolvido através de um provimento jurisdicional. Houve um ato processualizado nesse ínterim? Não. Nessas séries de atos lógicos e cronológicos que formam esses procedimentos, apenas se concatenam atos processuais, desde a postulação até o provimento, o ato processual do juiz que defere ou não defere o pedido. O provimento final “desenvolve eficácia na esfera substancial de um ou mais sujeitos; é ‘imperativo’ e ‘executivo’. Mas a sua eficácia pode ser eliminada por meio de ‘revogação’ ou de ‘modificação’ por parte do autor do ato”<sup>16</sup>.

---

15 Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

16 *Instituições, cit.*, p. 615.

Além disso, o provimento possui uma carga de decidibilidade, mesmo que comedida. A depender do próprio caráter elástico do procedimento em jurisdição voluntária e daquilo que o seu desenrolar (questões e incidentes que exurgirem) apresentar ao juiz, o desfecho do procedimento pode ser um “julgamento” ou apenas “homologação” – é reflexo da discricionariedade que transita da maior à menor amplitude, tudo nos moldes dos amplos poderes diretivos conferidos ao juiz, forte no art. 1.109 do CPC.

Ora, a dogmática permite a modificação do provimento que resultou do procedimento de jurisdição voluntária, na hipótese do art. 1.111 do CPC: “A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.” Se é possível modificar uma sentença, evidente que se torna dispensável o ajuizamento da ação anulatória (art. 486 do CPC), pois se torna dispensável um regime impugnativo formalista para tal mister. Fazzalari<sup>17</sup> denomina de “revogação” o que consiste, nos termos da normatividade do direito material, em “invalidação” ou na “anulação” do que precede ao provimento. Em outras palavras, o autor se refere à “invalidação” ou à “anulação” do ato postulatório propriamente dito. O que interessa é o esforço do instrumento – seja processo ou procedimento – para atingir a tutela do direito, para a consolidação da justiça do caso concreto.

Na prática, o raciocínio equivale a permitir a invalidação de atos processuais que não sejam atos *dispositivos* nos termos do direito material, ou melhor, é juridicamente admissível o exame da vontade em um ato postulatório, como bem fundamenta Paula Costa e Silva<sup>18</sup>. A ressalva do art. 129 do CPC denota que o rigor formal do processo de alguma maneira considera os vícios da vontade em atos processuais típicos, principalmente em se tratando de simulação, do erro, do dolo e da coação. Um reflexo do papel da aclamada instrumentalidade processual e do modelo colaborativo de processo.

O ato postulatório (ato processual típico que efetua um pedido) somado a um provimento jurisdicional não compõem a estrutura tampouco a finalidade que caracteriza um ato processualizado. Nesse sentido,

---

<sup>17</sup> Fazzalari chega a caracterizar o provimento exarado em procedimento de jurisdição voluntária como diferente “dos atos da administração pública, pois eles são subtraídos da jurisdição de juízes administrativos e de juízes especiais e são sujeitos à anulação, em via incidental, em sede de jurisdição ordinária”. *Instituições, cit.*, p. 628/9.

<sup>18</sup> SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, *passim*.

o provimento judicial emanado da jurisdição voluntária não requer, sempre, uma impugnação pela ação anulatória<sup>19</sup>, o que pontualmente confirma a proposta.

A jurisdição voluntária é um centauro ou unicórnio do processo civil (todo mundo ouviu falar, mas pouca gente se anima a definir). A jurisdição voluntária não deixa a desnudo certos atos processuais, não se trata de mera técnica transparente que encobre uma postulação do interessado. O procedimento em jurisdição voluntária varia no mesmo ritmo que os flexíveis objetos que ela tutela.

O procedimento em jurisdição voluntária organiza o caminho entre um ato postulatório (a demanda) até o desfecho por um provimento, que pode decretar, executar ou liberar objetos, tudo como reproduz o figurino dos provimentos jurisdicionais da jurisdição contenciosa. A novidade é que a série de atos ocorra ao largo de um procedimento sem processo, podendo resultar em um julgamento ou em uma homologação, o que será condicionado juridicamente pela discricção que o acúmulo de questões que surgirem para serem resolvidas pelo magistrado, bem nos moldes do art. 1.109 do CPC, uma cláusula de abertura do sistema.

Mesmo na hipótese de ser uma verdadeira decisão ou julgamento, o provimento que encerra o procedimento da jurisdição voluntária possui uma carga de decidibilidade menor que aquela que resolve um litígio propriamente dito, seja tal litígio decidido na jurisdição voluntária ou na contenciosa. E assim como na jurisdição contenciosa, a demanda em procedimento de jurisdição voluntária não afugenta eventuais vícios que podem contaminar o ato de postulação e serem examinados pelo provimento, diretamente, como se no plano da eficácia do ato processual fossem resolvidos (o erro, a simulação, o dolo e a coação).

Outra linha divisada merece o “processo” na jurisdição voluntária, que é mais complexo que o “procedimento” da jurisdição voluntária. Também pudera, o processo é um movimento *típico* com o qual trabalha o operador jurídico e, decerto, o “processo” da jurisdição voluntária se aproxima bastante ao processo da jurisdição contenciosa. A efigie da jurisdição voluntária assume um semblante mais conhecido.

Ao “processo” da jurisdição voluntária.

---

19 A doutrina especializada chegou a orientar que, contra um ato em jurisdição voluntária, seria cabível a ação anulatória. Primeiro, é preciso distinguir a essência do ato a ser impugnado. Sobre o tema, a título histórico, ver MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. **Ação anulatória**. Art. 486 do CPC. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, *passim*.

5. Em algumas hipóteses, o ato de encerramento do procedimento – o provimento – poderá produzir efeitos favoráveis a um ou a mais sujeitos que debatem por intermédio de argumentos e contra-argumentos, o que enseja a formulação de um esquema paritário e simétrico pela metodologia do contraditório. Ou seja, o procedimento se transforma no “processo” em jurisdição voluntária<sup>20</sup>. A jurisdição voluntária possui um mérito, um respectivo “objeto”<sup>21</sup>, que por vezes encerra um litígio e, outras vezes, o litígio não aparece. O mecanismo e o resultado proporcionado pelo processo em jurisdição voluntária é que se distinguem.

A partir do momento em que se compreende o fundamento da jurisdição voluntária e que o procedimento da jurisdição voluntária não exaure todas as suas modalidades, é intuitivo raciocinar sobre o “processo” da jurisdição voluntária, uma espécie do gênero procedimento. Tal processo não se afasta daquilo que a jurisdição contenciosa possibilita em termos de ato processualizado (o ato jurídico previsto pelo art. 486 do CPC) e, conseqüentemente, sua impugnação pela ação anulatória. Não é por ocasião do processo que se fala em ação anulatória. O que define o cabimento da ação anulatória é o ato processualizado, o ato final que, diferentemente da tutela jurisdicional, entrega o bem da vida por um ato ou negócio do direito material, praticado pelos sujeitos parciais em juízo. A proposta é desmitificar que, em virtude da denominação da jurisdição, possa haver alguma diferença em termos da impugnação do ato final.

O art. 1.109 do CPC estabelece: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”. A jurisdição voluntária permite o julgamento de um pedido ou a homologação de acordo. A discricionariedade ou plasticidade que o próprio legislador faculta ao juiz confere maior espaço de jogo ao provimento, tanto que o art. 1.109 do CPC argumenta solução de “conveniência e oportunidade” e, logo a seguir, o art. 1.111 assume a ductibilidade desse provimento jurisdicional.

Ora, se a sentença com um “julgamento” não acontece em todos os casos da jurisdição contenciosa, o “julgamento” propriamente dito é muito menos presente na jurisdição voluntária. E mesmo quando ocorre um “julga-

20 A voluntariedade pertence à tutela jurisdicional no *sentido amplo*, à medida que flexível quanto ao procedimento e ao resultado, de acordo com os ditames da matéria subjacente.

21 Tudo possui um núcleo, seja ele compreendido enquanto “princípio reitor normativo”, “objeto”, “mérito”, enfim, o epicentro da análise.

mento” em jurisdição voluntária, a natureza do direito que compõe o seu mérito possibilita episódicas alterações, a depender da delicadeza do objeto em análise por tal jurisdição. A dogmática prevista na legislação confirma a tese.

Por exemplo, no caso da separação de cônjuges, quando a questão é inicialmente colocada em juízo como uma separação consensual (art. 1.120), no desenrolar do procedimento, pode acontecer de os interessados desenvolverem uma verdadeira “briga”, trazendo ao palco da jurisdição voluntária, agora, um *processo*. Na hipótese de uma alienação judicial (art. 1.113), pode ocorrer de ter havido uma convenção extrajudicial e prévia, pelos sujeitos, mas algum interesse superveniente pode transformar a inicial calmária em um objeto de discussão quanto ao preço, ou quanto à necessidade mesma da venda, ou quanto à preferência de um comprador em relação aos demais, fazendo nascer o litígio e, daí, o processo – o procedimento em contraditório.

Os exemplos denotam ocasiões em que os sujeitos abandonam a linha inicial da convencionalidade para desencadear um litígio. Estava tudo pronto para haver um acordo, mas, na prática, o que seria um mero procedimento se transforma em um *processo* com requintes de litigioso. O processo da jurisdição voluntária, nessas hipóteses em que inicialmente era plastificado em termos procedimentais e resolutivos a uma autocomposição, no desenvolver, sofrerá o desfecho por uma autêntica “decisão”.

A discussão ou contraditório efetivo são as matérias-primas que podem, inclusive na jurisdição voluntária, se recrudescerem pela qualidade da coisa julgada material<sup>22</sup>. O debate reclama a coisa julgada como uma qualidade da tutela jurisdicional oferecida aos contendores. O provimento jurisdicional que extingue o processo tem por conteúdo um verdadeiro juízo de valor, que reconstrói o direito ao caso concreto, e não (meramente) homologa um ato ou negócio jurídico do direito material. Nessa exceção (da exceção), também existe a coisa julgada material na jurisdição voluntária, apesar do velho dogma em sentido contrário. Para a imutabilização, todavia, necessário uma atenção peculiar.

22 A doutrina majoritária defende a não existência da coisa julgada em jurisdição voluntária, assim como também não haveria coisa julgada no processo cautelar. Ver Dinamarco, **Instituições de direito processual civil**, v. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146/7; também no **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 145. A tese de Dinamarco coloca a jurisdição como o princípio reitor do processo civil. A partir disso, a jurisdição produz *influencia* pela nota da força política que ostenta e, nessa mesma virtude, desempenha uma função de *poder*. As questões do processo giram no entorno do poder, ou melhor, da jurisdição. Talvez, negar a coisa julgada à decisão em jurisdição voluntária consiste negar o poder em sua antonomásia, até porque a tese do autor não levanta a coisa julgada como um organismo qualificado pela participação em contraditório. A teoria do direito como um poder assume um grande risco: o poder engolir o homem e engolir arbitrariamente a si mesmo. Ainda mais em épocas de crise institucional com a que (sobre) vive o Brasil.

A natureza das questões eventualmente litigadas em jurisdição voluntária assume uma carga dinâmica por natureza. Basta visualizar o direito de família. A legislação prevê a *mutabilidade*<sup>23</sup> de uma decisão que fixou os alimentos (art. 15, da Lei 5.478/68); a possibilidade da reconciliação do casal alterar os efeitos sociais da sentença de separação (art. 1.577 do CC); a remoção do tutor (art. 1.766 do CC) em benefício do tutelado. Os exemplos são casos nos quais a essência do direito e o seu caráter social conferem a possibilidade da mutação no plano do jurídico. Com efeito, se no plano da vida essas hipóteses limítrofes demandam uma proteção de urgência e efetividade, evidente que o plano do direito reflita tal metamorfose. Provável que se adicione ao predicado coisa julgada a qualidade do “*rebus sic stantibus*”<sup>24</sup> ou, ainda, que se comente sobre a “relativização” da coisa julgada.

Nesse ponto, uma distinção é fundamental. O art. 1.111 do CPC estabelece que “a sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes”. Uma coisa é modificar o provimento em “procedimento” da jurisdição voluntária, outra coisa bem diferente é alterar o provimento em “processo” da jurisdição voluntária. No processo, houve a intercorrência do contraditório, da ampla defesa, da simetria e da paridade entre os interessados, o que imutabiliza o discurso com a eficácia da coisa julgada material. Isso não permite uma total plasticidade como nos termos do art. 1.111, porque a decisão que sobreveio ao processo encobre um debate, e não se reporta a um simples ato postulatório. Seja denominada uma coisa julgada “*rebus sic stantibus*” ou relativizável, em razão da natureza do direito subjacente, seja o predicado que houver, a questão se recrudescer pela coisa julgada em respeito ao debate dos interessados, que se transformaram em verdadeiras partes de um litígio.

A densidade normativa da relação subjacente é essencial para vislumbrar a margem do mutável, aspecto que é pré-ponderado pelo legislador quando ele separa o “procedimento” do “processo” de jurisdição voluntária. No procedimento, em regra, a mutação é viável, com a total

23 A mutabilidade da decisão sobre os alimentos pertence à reforma da causa de pedir, porque modificado o binômio necessidade-possibilidade. Além da dinâmica social, existe uma mutação jurídica evidente. Utilizei o exemplo apenas para a finalidade de ressaltar as vicissitudes do direito de família enquanto compartimento absolutamente dinâmico, indigno de uma tipificação à velha guarda, porque tremendamente produto de diuturnas amadurecimentos sociais.

24 Denominar uma coisa julgada de “*rebus sic stantibus*” é perigoso, à medida que todas as decisões são “*rebus sic stantibus*” face o princípio da substanciação – a causa de pedir da petição inicial deve se reportar aos fatos e aos fundamentos jurídicos do pedido. Agora, é uma questão de “coeficiente” de variação. Se toda decisão e toda a coisa julgada é “*rebus sic stantibus*”, esse limite diminui ao “grau” mínimo na jurisdição voluntária.

incidência do art. 1.111 do CPC. De outro lado, no processo, em vista do arquétipo de contraditório, ocorre a coisa julgada material e a alteração do julgamento segue a matriz da “ação modificativa” específica ou dos termos que o ordenamento propõe à salvaguarda da natureza social do direito como, por exemplo, o art. 15 da Lei 5.478/68.

Seja a modificação aparelhada em “ação modificativa” específica, seja a modificação aparelhada em mera petição simples. Inclusive, seja ajuizada uma ação rescisória para impugnar o julgamento em jurisdição voluntária, é preciso consolidar que todos os provimentos judiciais se resguardam de um coeficiente do “imutável”. A variação entre eles é “de grau”, do maior ao menor, tudo a depender do contraditório substancial e da natureza do direito discutido. Afinal, a imutabilidade – fator da coisa julgada – é verticalizada na busca do valor pacificação social.

Utilizar o art. 1.111 do CPC para dizer que a “sentença poderá ser modificada” ao talante da discricção do juiz, açodadamente, despreza a coisa julgada e o grau do imutável ao provimento da jurisdição voluntária. Um raciocínio que dispensaria a ação rescisória e ação anulatória dessa espécie de processo. As coisas não andam nesse reducionismo.

Alguma limitação é salutar à relativização dos provimentos proferridos pela jurisdição voluntária. Do contrário, a tutela jurisdicional providenciada perderia o norte que afirma a realidade jurídica das coisas. Portanto, contra uma “decisão” que trabalhou por intermédio da metodologia do contraditório, mesmo no processo de jurisdição voluntária, é cabível a ação rescisória nos casos previstos no código, o que de alguma forma é ratificado pelo próprio sistema normativo (art. 1.030 do CPC).

Alguns casos limítrofes facultam que uma simples “petição” endoprocédimental, como o art. 1.577 do CC, demande a modificação do provimento. Consiste na exceção desse centauro denominado jurisdição voluntária.

Todo o exposto não exclui a teoria do ato processualizado e a sua impugnação pela ação anulatória. Apesar das peculiaridades que fundamentam a jurisdição voluntária, uma precisa noção das diferenças entre o “julgamento” e a “homologação”, bem como entre o “procedimento” e o “processo”, permitem que seja efetuada uma interpretação que confirme o raciocínio então expendido, inclusive, porque em termos da “eficácia e efeito” do direito material processualizado, e da “eficácia e efeito” da tutela jurisdicional proporcionada, não existe um pleno distanciamento

da jurisdição voluntária em relação à jurisdição contenciosa<sup>25</sup>. Em outras e breves palavras, falando em “tutela” ou em “proteção” ao direito, a jurisdição voluntária se aproxima da jurisdição contenciosa – uma faceta pre-disposta pela moldura institucional do Estado Constitucional brasileiro.

Somente pelo fato de se tratar de processo em jurisdição voluntária, não significa que a ação rescisória e a ação anulatória sejam colocadas em último plano<sup>26</sup>. Decerto, tais ações são mais raras nessa modalidade de jurisdição. A maior discricionariedade conferida ao juiz e a possibilidade de julgamento com força em juízo de equidade retira espaços dessas demandas. Entretanto, insustentável pensar que tanto a ação rescisória como a ação anulatória seriam absolutamente ausentes em jurisdição voluntária. A equidade não tem toda essa luz, tanto a ação rescisória como a ação anulatória são instrumentos cabíveis em jurisdição voluntária, desde que observados os respectivos pressupostos.

O art. 1.111 do CPC não possui sequer hierarquia normativa para excluir a coisa julgada e a autonomia privada, as quais configuram direitos fundamentais. A doutrina salienta que “a redação do art. 1.111 do CPC, ao contrário do que se diz comumente, ratifica a existência da coisa julgada em jurisdição voluntária, quando afirma que tais decisões somente poderão ser modificadas por fato superveniente. Se nada mudar, a decisão tem de ser respeitada. Toda decisão judicial submete-se à cláusula *rebus sic stantibus*; são normas concretas criadas para regular determinada situação e fato que, se for alterada, exige a criação de outra norma jurídica concreta. É até uma questão de bom senso”<sup>27</sup>.

A indigitada regra também não exclui o ato processualizado, desde que identificada a estrutura, a funcionalidade e a respectiva fonte normativa, a exemplo do que acontece na separação consensual e na partilha consensual<sup>28</sup>. Oliveira e Mitidiero enfatizam que “há coisa julgada nos pro-

---

25 O distanciamento em relação à jurisdição contenciosa ocorre pelo fundamento da eleição do legislador e pela maior flexibilidade da técnica, o que deságua na modificabilidade do provimento em certos casos especiais. Contudo, a separação julgamento X homologação e procedimento X processo permite a sistematização.

26 Contra, José Rubens Costa defende a impossibilidade da ação rescisória e da ação anulatória contra provimento em jurisdição voluntária: “Também não cabe ação anulatória de ato judicial (art. 486) para a revisão da sentença por fatos supervenientes”. O autor conclui: “A exigência de rescisória ou de ação autônoma para apreciar revisão por circunstâncias supervenientes nem tangencia a razão da possibilidade de alteração ou de revisão das sentenças (=acórdãos) voluntárias. Não havendo decisão de mérito, descabe, à evidência, ação rescisória; de ação anulatória de ato judicial não se trata, porque vício algum se alega”. Ver “Ação desconstitutiva de ato processual”, **Revista Forense**, n. 383, p. 202.

27 Didier Jr, **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. V. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 91.

28 Respeitosamente, o que não se pode é imaginar que apenas por não formar a coisa julgada material, os provimentos da jurisdição voluntária permitem um questionamento pela ação anulatória. Seria voltar ao princípio de pensar a ação anulatória como figura caudatória e secundária à ação rescisória. Cada qual possui seu círculo de

cessos de jurisdição voluntária. Perceba-se que o art. 1.111 não afirma a inexistência de coisa julgada. Pelo contrário: declara expressamente a autoridade da sentença na jurisdição voluntária, ao afirmar que essa só poderá ser modificada se houver alteração superveniente da situação fático-jurídica<sup>29</sup>.

O caso particular da dissolução de uma sociedade conjugal enseja novos dramas. Observa o exemplo da separação de um casal. Na hipótese da separação consensual (arts. 1.120 a 1.124 do CPC), desde o ato inicial da demanda, existe um típico processo de jurisdição voluntária e o acordo é homologado (art. 1.124), o que possibilita a ação anulatória (existe um ato processualizado). De outro lado, mesmo que não houvesse e um litígio fomentasse um julgamento, os interessados não precisariam utilizar a ação rescisória para o único fim de restabelecer os efeitos jurídicos da sociedade conjugal, porque o ordenamento prevê uma solução mais econômica. A ação anulatória seria manejada apenas quando houver uma falta de acordo de um dos interessados para a finalidade de desfazer a separação homologada, quando existe o ato processualizado. A ação rescisória caberia para os casos tipificados na legislação. Se ambos os separandos pretenderem relativizar os efeitos da separação, tendo havido um julgamento e a coisa julgada, mais fácil é fundamentarem a pretensão na previsão do art. 1.577 do Código Civil<sup>30</sup>, que ostenta uma modalidade de proteção em virtude do caráter social da manutenção da sociedade conjugal.

A coisa julgada material consiste em um direito fundamental (art. 5º, XXXV, da CRFB), é uma das espécies da classe imutabilidade, quando ocorre um julgamento. No entanto, também é considerado um direito fundamental a preservação do núcleo familiar, merecendo especial atenção do Estado (art. 226 da CRFB). No conflito aparente entre tais normas, a proteção da família prepondera em relação à coisa julgada. Justamente por isso que o Código Civil dispõe que a reconciliação do casal (art. 1.577) relativiza a coisa julgada.

O processo é impregnado pelo caráter social do direito material, enfim, pela realidade das coisas. O formalismo pode e deve ser flexibilizado (vide o art. 1.577 do CC) ou, em outros casos, como pode ser sobre-

---

aplicação, com requisitos próprios e autônomos. Ver **Curso de processo civil**: Teoria geral do processo, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

<sup>29</sup> **Curso de processo civil**, processo de conhecimento, v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 276/7.

<sup>30</sup> "Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo."

carregado, a depender de questões de política judiciária. Basta confrontar a relativização da coisa julgada pelo art. 1.577 do CC a casos como a irretroatividade do reconhecimento da paternidade (desde o art. 1º, da Lei 8.560/92 ao art. 1.609 do CC/02) e a irreversibilidade da adoção, quando outro processo de antemão houver extinguido o anterior poder familiar (art. 48 da Lei 8.069/90). A proteção dos direitos fundamentais dos filhos reconhecidos ou adotados é reforçada pelo caráter do irreversível à coisa julgada. Uma sobreposição em nome da dignidade.

As situações objetivamente complexas<sup>31</sup> ratificam a tese. Qualquer experiência em varas de família denota que, geralmente, uma única<sup>32</sup> demanda postula: (i) a separação ou divórcio do casal, cumulada (ii) à fixação de alimentos para os filhos, mais a (iii) definição da guarda dos menores, bem como (iv) a partilha dos bens do casal. Em significativa parcela dos casos, a audiência de conciliação resolve as questões dos itens “i”, “ii” e “iii”, ou seja, as partes concordam quanto à separação ou divórcio, guarda e alimentos, a transação é homologada e a demanda (assim dito o processo) é parcialmente extinto, sendo o julgamento e o processo dispensados nesses tópicos. Consoante o exemplo, o julgamento apenas remanesce como necessário ao pedido da partilha (para o item “iv”). Esse ponto restante reclama julgamento e coisa julgada, podendo ser objeto de ação rescisória no futuro.

A causa objetivamente complexa é complexa pelo acúmulo de questões que encerra. A dificuldade não consiste em saber se a demanda é de jurisdição voluntária ou jurisdição contenciosa. O fundamento é intuitivo e fecha o item com uma situação de convergência: não existe uma diversidade axiológica entre a jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa. A diferença entre as modalidades é “de grau”, de intensidade do formalismo, é deontológica. Na jurisdição contenciosa, o formalismo é mais rígido, mais estrito, menos mutável. Em contrapartida, na jurisdição

---

31 Uma parte da demanda é resolvida pelo julgamento e se imutabiliza em coisa julgada, onde então é cabível a ação rescisória. Outra parcela de questões é composta pelo acordo das partes-interessados, implicando uma homologação enquanto sentença “transparente”, contra a qual é cabível a ação anulatória.

32 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira salienta que no direito de família, frequentemente, a resolução da lide total se fraciona em diversos momentos ou processos, situação recomendada pela natureza do direito material em discussão: “Pode se tornar demasiadamente complicada a solução do litígio na sua inteireza, de uma só penada. Por outro, muita vez, e o fenômeno não é raro em direito de família, não se verifica ainda a maturação emocional necessária para o equacionamento total do conflito, e o problema deve ser resolvido progressivamente por etapas, a exigir fases sucessivas de acomodação de todos os interessados (pais e filhos, marido e mulher, tutores, conviventes etc)”. Ver **A urgência e o direito de família** (as chamadas medidas provisionais do artigo 888 do CPC). In “[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(2)%20-%20formatado.pdf)”, acesso em 21/05/2012, p. 4.

voluntária, o formalismo é menos rígido, menos estrito, mais mutável. O que justifica os famosos arts. 1.109 e 1.111 do CPC. O formalismo – como totalidade formal do processo – sobre uma variação em intensidade, fenômeno jurídico chamado em atenção por todo o ensaio.

A variação “de grau” não é condicionante para, de plano, afastar o cabimento da ação rescisória ou da ação anulatória. Não consiste em um critério de eleição apriorística. Para quem considera a jurisdição o polo metodológico do processo civil, tanto na jurisdição voluntária como na jurisdição contenciosa existe a jurisdição; para quem considera o processo o polo metodológico, também existe processo nas duas hipóteses. Logo, o cabimento de uma ou de outra ação depende da ocorrência dos pressupostos teóricos previstos para cada qual incidência. A ação anulatória sustentando um ato processualizado; o julgamento e a coisa julgada supõem a ação anulatória.

A conclusão é inevitável e, talvez, surpreenda mais uma aparente desmistificação sobre a falta de diversidade ontológica entre as jurisdições que, propriamente, sobre a ação anulatória. Ora, na jurisdição voluntária pode se desenvolver o “procedimento” e o “processo”. Na primeira espécie, em geral, não seria cabível a ação anulatória (somente a observação da autonomia da vontade no ato postulatório), enquanto o processo é um campo profícuo para o ato processualizado e, por decorrência, para a ação anulatória. O exame do cabimento reclama o caldo teórico proposto. Tanto que o processo em jurisdição voluntária também não exclui a ação rescisória de sua rotina, desde que verificado um julgamento e o recrudescimento, pela coisa julgada, dos argumentos e contra-argumentos debatidos por intermédio da metodologia do contraditório.

Mesmo com as situações objetivamente complexas reunidas em uma única demanda, é necessário identificar onde ocorre a solução heterocompositiva a conviver com a autocomposição. A coisa julgada convive com o ato jurídico perfeito e a autonomia privada. Tudo junto e misturado, com uma profusão própria da dinâmica do processo, como acontece em todos os campos do mundo contemporâneo. O atual quadrante constitucional acompanha tal profusão. Cada vez mais a prática reserva aos operadores, umas situações não prontas e que não merecem um enquadramento em definições tipificadas.

O estudo da partilha judicial qualifica a lógica da questão.

6. Assim como o direito de família, o direito das sucessões também encerra uma gama de situações peculiares quando referido objeto se dinamiza no processo civil. Com o falecimento de uma pessoa, a legislação civil e a legislação processual estabelecem uma série de atos formais, de maneira a possibilitar o levantamento do patrimônio e a decorrente divisão dos quinhões, daí atribuindo a posse e a propriedade das coisas remanescentes aos herdeiros. O inventário corresponde à individualização do patrimônio, o cálculo dos haveres, dos débitos e a liquidação do ativo. A partilha consiste na efetiva divisão dos bens que sobram aos herdeiros.

Para o interesse do processo civil, a legislação permite a subdivisão da partilha em duas grandes classes: a (a) partilha extrajudicial e (b) partilha judicializada.

A partilha extrajudicial não importa para a ação anulatória prevista no art. 486 do CPC, pois não encerra um ato processualizado. Ela pode ser realizada fora da jurisdição, por isso a nota da extrajudicialidade, quando *não* existe um testamento tampouco herdeiros incapazes. Isso não quer dizer que seja obrigatória a partilha extrajudicial, à medida que os interessados podem se utilizar da jurisdição para formalizar a transferência patrimonial. Nesse caso, tudo muda de figura. O sistema normativo permite relativizações, basta examinar os arts. 2.013 e seguintes do Código Civil de maneira sistemática aos arts. 982 e seguintes do Código de Processo Civil.

Aliás, a relativização está pelo caráter social da questão colocada em juízo, o que permite indicar que a matéria pertence à jurisdição voluntária, apesar da topologia no código. A jurisdição voluntária não possui diversidade ontológica para com a jurisdição contenciosa. Portanto, o interesse social da partilha de bens do falecido até pode ser considerada uma temática de jurisdição voluntária – inclusive pelo fato de a jurisdição voluntária não seguir a um estratagema rígido (art. 1.109 do CPC).

As modalidades de partilha se particularizam a depender da sorte dos acontecimentos que a vida ou a morte lhes reserva. A legislação utiliza diversos dispositivos – do Código Civil e do Código de Processo Civil – para regulamentar a matéria, o que decerto influenciou encontradas classificações. Para além das abstratas construções morfológicas, o esforço argumentativo é para consolidar uma proposta, para densificar a utilização de uma realidade, qual seja, o ato processualizado. Para o ato processualizado, importa a intensidade do litígio e a natureza do ato “do” processo que é produzido.

Quando a doutrina civilista formula uma trilogia com base na partilha em vida, na partilha judicial e na partilha amigável, utiliza certas regras do direito material (arts. 2.015 a 2.018 do CC). Ao processualista não é permitida uma importação açodada dessas definições. Ou melhor, até pode se reportar a tais definições, mas sobremaneira trazendo à luz o caldo sistêmico pertinente ao regime do processo. A abertura semântica permite visualizar quando existe um ato processual (julgamento) ou um ato processualizado.

Por exemplo, o Código Civil refere que a denominada partilha em vida (art. 2.018 do CC) é realizada por ascendente, “por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”. Em si mesmo, o ato de partilhar em vida é um autêntico ato jurídico extrajudicial. Antes de falecer, o sujeito efetua a partilha dos bens a serem destinados aos herdeiros. Nisso não existe nenhum problema, pois se trata de um ato jurídico do direito material. Não existe um ato processualizado. Não cabe ação anulatória. Agora, se a partilha denominada “em vida” for uma operação realizada por ato entre vivos<sup>33</sup> e houver algum herdeiro incapaz (art. 982 do CPC e 2.016 do CC), será necessária a judicialização. E por si só, judicialização não quer dizer que haverá um ato processualizado. A grande *heureka* está no “grau” de litigiosidade e na ocorrência do julgamento versus homologação.

A classificação partilha em vida, partilha amigável e partilha judicial não é totalmente indiferente ao processo, mas merece cuidados. Para o processualista, mais importa é antever, em um primeiro momento, que, diferente da partilha extrajudicial, a partilha judicializada é uma classe que interessa para a definição do regime de impugnação do ato final. Também pudera, não basta visualizar uma construção com base na judicialização ou não judicialização<sup>34</sup> da partilha, uma classificação que fundamentou os civilistas e a dogmática que erigiu o Código Civil e o Código de Processo Civil, e deixar de lado o critério em torno do qual se organiza o problema da ação anulatória. Justamente, o critério que norteia o polo metodológico da ciência processual, qual seja, o processo.

Com efeito, analisar a questão pelo prisma da dinâmica do processo permite identificar o processo de partilha e a partilha sem o processo. Uma constatação que vai ao encontro da classificação partilha judicial e extrajudicial, mas não se resume a isso.

<sup>33</sup> Também é necessária a judicialização se a partilha fora documentada por um testamento (art. 982 do CPC).

<sup>34</sup> Consoante reiterado, não é a ocasião da topologia que define o meio impugnativo. O fundamental é constatar a essência do fenômeno estudado, sua estrutura, sua função, e sua base jurídica.

O princípio reitor do processo enseja constatar o nível de litigiosidade que se estrutura no próprio processo de partilha. A solução da partilha depende do “grau” de litígio que ocorre na partilha, podendo implicar um julgamento ou uma homologação. Em outras palavras, não é a classificação do judicial ou do não judicial que identifica o cabimento da ação anulatória. O cabimento da ação anulatória é preordenado pelo caráter dos atos praticados no interior da partilha.

Da imagem do processo o núcleo reitor trafega ao ato processualizado. Em processo de partilha que ocorre um julgamento, existe a coisa julgada que somente pode ser desfeita por ação rescisória. A ação anulatória é cabível quando não existem o julgamento e a coisa julgada, quando um ato ou negócio jurídico das partes é processualizado por um ato processual transparente, a sentença homologatória.

A problemática se desdobra na legislação. O art. 2.015 do CC estabelece que “se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz”. A partilha denominada amigável, quando por escritura pública, sequer chega a ser um ato judicializado. Da mesma forma que a partilha em vida, consiste em modalidade de ato jurídico extrajudicial. Somente ocorre um cambiamento subjetivo: ao invés de a partilha ser efetuada pelo titular da herança (antes de morrer, obviamente, conforme o art. 2.018 do CC), agora, são os próprios herdeiros quem realizam a partilha. O que não permite uma ação anulatória tampouco uma rescisória. As figuras do processo não devem ser forcejadas em classificações do direito civil, necessário é uma compreensão de ductibilidade.

Em contrapartida, a partilha amigável pode ser formalizada por termo nos autos ou por escrito particular, desde que homologado pelo juiz. Justamente, as referidas modalidades de internalização de um ato ou negócio jurídico das partes ao processo civil. A partilha amigável indica um acordo plurilateral de vontades, no qual os herdeiros se tornam credores e devedores de direitos e obrigações recíprocas. A convenção se formaliza com a participação dos interessados que, necessariamente, são pessoas capazes. A estrutura, a finalidade e a fonte da partilha amigável corresponde à regulação do ato processualizado: o direito material pauta o negócio jurídico + a institucionalização subsequente (ou concomitante, no caso do termo). A celebração é trazida ao processo para produzir efeitos com a homologação judicial. O padrão do ato processualizado é respeitado na integralidade.

A Lei 11.441/07 alterou a redação do art. 982 do CPC, agora evidenciando que tanto a partilha quanto o inventário podem se desenvolver extrajudicialmente: “Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, *poderá* fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário”. A tendência é reduzir o crescimento exponencial de matérias submetidas ao Judiciário, delegando funções, outrora reputadas típicas, aos cartórios extrajudiciais. A reforma salienta a natureza translitigiosa da partilha amigável que, no caso da formalização extrajudicial, sequer é seguida de uma homologação judicial. Merece anotação é que eventuais invalidades buscam fundamentos nos direitos material, com o regime jurídico dos atos jurídicos em geral, assim como o procede a ação anulatória se a impugnação for apontada contra o ato processualizado.

Para a finalidade da aplicação da teoria à prática, impende identificar que na partilha amigável não existe contenciosidade real. Essa partilha dispensa um julgamento e a sua consequência do imutável – a coisa julgada atribuída ao julgamento. A partilha amigável encerra um negócio jurídico, produto da alta força normativa da autonomia privada e, por outro lado, decresce a necessidade do julgamento e da coisa julgada. Afinal, o ato jurídico perfeito chega ao mesmo resultado no plano da vida. A figura do juiz apenas observa a igualdade material dos interessados, a natureza social dos direitos em questão e a capacidade de disposição dos intervenientes.

O objeto do processo amigável da partilha é capitaneado pelos interesses comuns dos sujeitos. Não existe um litígio. O provimento judicial que o termina simplesmente confere a nota de oficialidade aos subjacentes atos e negócios jurídicos celebrados pelas partes, sem efetuar um julgamento. A própria lei refere que o acordo por termo ou por escrito particular poderá ser homologado (art. 2.015 do CC). Uma sentença transparente.

O esboço teórico respalda o art. 1.029 do CPC: “A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz. Parágrafo único. O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em 1 ano, contado este prazo: I – no caso de coação, do dia em que ela cessou; II – no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.” Uma ressalva impor-

tante é o prazo especial para esse caso de invalidação – um ano, sendo de natureza decadencial, uma norma pertencente ao direito material, mas que é formalmente alocada no Código de Processo Civil.

Além da fórmula amigável, também pode ocorrer um litígio na partilha judicializada. Da judicialização ao raciocínio do processo e, conseqüentemente, ao ato de julgamento *versus* ato de homologação.

Os civilistas denominam essa modalidade de partilha judicial. Na verdade, é uma partilha litigiosa, pois a partilha amigável também pode ser judicial.

A hipótese subentende uma divergência entre os herdeiros (litígio) ou quando algum deles for juridicamente incapaz. A lógica é antípoda à da partilha amigável, porque existe a contenciosidade ou a necessidade da integração da capacidade jurídica do incapaz através da ponderação judicial. Tais peculiaridades fazem necessário um juízo de valor, com o aprofundamento cognitivo do magistrado na leitura da causa, o que resulta em um *juízo*.

O juiz resolve a controvérsia pela heterocomposição, seja pacificando o litígio, ou seja para garantir os interesses do incapaz, de qualquer maneira, a sua intervenção é uma decisão que reconstrói a norma jurídica no plano jurisdicional e se imutabiliza pela coisa julgada material. O julgamento qualificado pela coisa julgada material é impugnável pela ação rescisória, sendo o art. 1.030 do CPC autoexplicativo: “É rescindível a partilha julgada por sentença: I – nos casos mencionados no artigo antecedente; II – se feita com preterição de formalidades legais; III – se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.”

Além dos fundamentos do art. 1.030 do CPC, ainda incidem as causas do art. 485 do CPC, à medida que complementam sistematicamente. “Os casos de rescindibilidade de partilha (art. 1.030) não excluem as demais hipóteses de rescisória (art. 486), somam-se”<sup>35</sup>.

A doutrina reflete a dupla ordem de meios impugnativos. “Nos casos em que a partilha de bens em inventário ocorrer de forma consensual, o meio para sua desconstituição é a propositura da ação anulatória, ao passo que a ação rescisória se destina às hipóteses de partilha judicial. Assim, havendo incidentes e controvérsias judiciais nos processos de inventário, é cabível a ação rescisória da sentença de partilha, e não a anulatória, pois tal decisão não era meramente homologatória.” A sistematização é visível: “O art. 1.029 do CPC trata da anulação da partilha e o art.

35 “Ação desconstitutiva de ato processual”, *Revista Forense*, n. 383, p. 203.

1.030 refere-se à rescisão. Representam, assim, a especificação, no tema de que tratam, dos arts. 486 e 485 do CPC, respectivamente. Prestam-se, portanto, como um veio útil para a interpretação dos dispositivos especiais sobre a partilha<sup>36</sup>.

O art. 2.027 do Código Civil pode ensejar alguma confusão, porque reúne situações incompatíveis – o julgamento e a anulação – no mesmo dispositivo: “A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha”. O retrato da formação contracentrípeta e autofágica da ação anulatória. O texto da norma é infeliz, pois, quando existe um juízo de valor e se forma a coisa julgada material, a respectiva impugnação se instrumentaliza pela ação rescisória. De outro lado, na hipótese da ausência do julgamento, quando ocorre o fenômeno do ato processualizado, o sistema possibilita a sua invalidação por intermédio da ação anulatória.

7. Não é o fato de tramitar em jurisdição voluntária ou na jurisdição contenciosa que define, dogmaticamente, o regime de impugnação – entre ação anulatória<sup>37</sup> ou ação rescisória. Em cada uma dessas modalidades, será possível identificar meros procedimentos ou verdadeiros processos (procedimento em contraditório) que, por sua vez, reclamam um encerramento por intermédio de uma decisão. A decisão recrudescer o debate entre os contendores através da coisa julgada, como um efeito da tutela jurisdicional; de outro lado, quando o ato derradeiro do procedimento é uma homologação, daí não existe um julgamento/decisão, mas um ato dos interessados que se imutabiliza como um ato jurídico perfeito, assim dispensando a força de coisa julgada da tutela jurisdicional.

A diferenciação se torna ainda mais evidente quando estudada a partilha no inventário, pois a própria legislação reitora da matéria reserva

---

36 FURNACIARI JR., Clito. “Partilha judicial, via processual adequada à desconstituição”. *Revista dos Tribunais*, n. 551, p. 58.

37 O estudo cuidadoso da jurisprudência reflete a fórmula: “AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA. DIREITO SUCESSÓRIO. GÊNIO NÃO E SUCESSOR DE SOGRA. MAS PELA MEAÇÃO, DECORRENTE DO CASAMENTO EM REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL, OS BENS SE COMUNICAM. FALECENDO O GÊNIO, SEUS FILHOS DEVEM SUCEDÊ-LO E, SE MENORES, IMPONDO-SE A ATUAÇÃO DO *CUSTOS LEGIS* NO INVENTÁRIO DA AVÓ AINDA NÃO TERMINADO. PARA ANULAR PARTILHA AMIGÁVEL HOMOLOGADA JUDICIALMENTE E CABÍVEL AÇÃO ANULATÓRIA E NÃO RESCISÓRIA (ART-486 DO CPC)”. (Apelação Cível Nº 595146812, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 08/08/1996). No mesmo sentido, em julgado clássico: “AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR SER O CASO DE ANULATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART-486 DO CPC. TRATANDO-SE DE ATAQUE A SENTENÇA QUE HOMOLOGA A PARTILHA “AMIGÁVEL” NO INVENTÁRIO, A AÇÃO ADEQUADA É A ANULATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART-486 DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DO STF.” (Ação Rescisória Nº 500415252, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elias Elmyr Manssour, Julgado em 16/08/1983)

espaços ao julgamento e à homologação, com as respectivas impugnações por ação rescisória e por ação anulatória. O quadro assinala as duas modalidades de partilha para com a respectiva impugnação:

Modalidade da partilha	Regime jurídico da <i>invalidade</i>	Prazo
Art. 1.029 do CPC: a partilha judicializada <sup>38</sup> e sem litígio, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser <i>anulada</i> , por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz	Ação anulatória do ato processualizado (art. 486 do CPC)	Art. 1.029, parágrafo único, do CPC: O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em <i>1 ano</i> , contado este prazo: I – no caso de coação, do dia em que ela cessou; II – no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade. Tecnicamente, merece a ressalva que o prazo é de natureza decadencial.
Art. 1.030 do CPC: a partilha judicializada e com litígio é <i>rescindível</i> porque é <i>ulgada</i> por sentença	Ação rescisória (art. 485 do CPC)	Dois anos (art. 496 do CPC)

Havendo o litígio ou o suprimento judicial de incapacidade, acontece o julgamento e a decisão consolida a coisa julgada material. A impugnação ocorre pela ação rescisória ajuizável em dois anos.

Ausente o litígio ou a incapacidade e, no seu lugar, presente o negócio jurídico dos interessados, a hipótese reproduz um ato processualizado, um ato das partes sobre o qual está colocada uma chancela judicial de publicização. A ação anulatória é cabível no prazo decadencial de um ano. ❖

<sup>38</sup> Quando não é judicializada e não existe um litígio, a partilha amigável formalizada por escritura pública pode ser impugnada por ação genérica, com fundamento no direito material.

## REFERÊNCIAS

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**, v. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

COSTA, José Rubens. "Ação desconstitutiva de ato processual", **Revista Forense**, n. 383.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. V. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**, v. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

\_\_\_\_\_. "Procedimento e processo (teoria generale)". **Enciclopedia del diritto**, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

FORNACIARI JR., Clito. "Partilha judicial, via processual adequada à desconstituição". **Revista dos Tribunais**, n. 551.

LACERDA, Galeno. "Ação rescisória e homologação de transação". **Revista da Ajuris**, n. 14.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. **Ação anulatória**. Art. 486 do CPC. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A urgência e o direito de família (as chamadas medidas provisionais do artigo 888 do CPC). In "[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(2)%20-%20formatado.pdf)", acesso em 21/05/2012.

\_\_\_\_\_. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_ ; MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**, processo de conhecimento, v. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

PICARDI, Nicola. **La successione processuale**. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

# O Direito Processual Civil Brasileiro e a Indissociável Principiologia

**Durval Pimenta de Castro Filho**

*Advogado. Contabilista. Mestre em Direito Econômico e da Concorrência pela Universidade Candido Mendes – UCAM. Membro do Conselho Consultivo do Escritório de Lima Assafim & advogados Associados. Professor de Direito Processual Civil na EMERJ. Professor convidado de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Professor do Curso de pós-graduação em Direito Processual Civil na Universidade Candido Mendes.*

## RESUMO

O objeto da presente pesquisa consiste basicamente em uma análise da indissociável conjugação principiológica regente do direito processual civil brasileiro, encontrada igualmente no direito processual comparado em que os respectivos países estejam sob o pálio do Estado Democrático de Direito. Dessarte, empreender-se-á um estudo de forma que a inarredável e imperativa conjugação entre os princípios constitucionais e infraconstitucionais apresente-se incontestável sob o aspecto da realização e do desenvolvimento do processo, como fidedigno instrumento de pacificação social. Convém ainda esclarecer que, não obstante a paradigmática relevância dos princípios estruturantes da ciência jurídica em epígrafe, o devido processo legal terá proeminente referência.

## 1. PROPEDÊUTICA

Pode-se afirmar que, independentemente da ramificação da ciência em estudo, não há que se olvidar, em que pese a relevância da contribuição empírica e o caráter nitidamente instrumental porventura inerente, que a imprescindível cooperação teórica se traduz verdadeiramente em uma fidedigna aliada da comunidade de intérpretes, cujo primordial desiderato será, invariavelmente, identificar novos elementos constitutivos que resultem na respectiva evolução e desenvolvimento, bem como agregar novas técnicas de solução, cujos efeitos alcancem definitivamente o bem-estar social.

Portanto, é incontestavelmente razoável que uma abordagem científica a respeito de uma ramificação disciplinar do Direito, voltada proeminentemente para assegurar o reconhecimento de uma situação jurídica imune a toda sorte de violação, anteveja as diretrizes fundamentais condutoras do pensamento desenvolvido pela sobredita comunidade, de maneira que, não só a elaboração da norma, bem como a vindoura aplicação, estejam indissociavelmente forjadas sob a égide da mesma regência principiológica. Isto é, todos os integrantes daquela extensiva comunidade invariavelmente composta por legisladores, juristas, magistrados, advogados, deverão atuar consentaneamente àquelas diretrizes inspiradas em um juízo maior de valores, por sua vez gerador de um sistema normativo fundamental assecuratório, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Outro não é o sentido da dicção normativa do artigo 1º da Redação Final do Anteprojeto do novel Código de Processo Civil brasileiro.

Assim, o Estado Democrático de Direito estabelece como diretrizes condutoras do desenvolvimento do processo, entre outros, a isonomia e o devido processo legal, topografados constitucionalmente sob a epígrafe dos direitos e garantias fundamentais. Logo, inarredáveis da operacionalidade judicial, intensificando, por conseguinte, um meio de resolução de conflitos inteiramente compatível com a disparidade de armas, que sói ocorrer entre os elementos subjetivos pertencentes ao conturbado móbil social e econômico.

## 2. PRINCIPIOLOGIA. ETIMOLOGIA. CONCEITO. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGENTES DO PROCESSO

Primeiramente, válida é a assertiva de que não há ramificação da ciência que não esteja rigorosamente sob a regência de uma principio-

logia, razão pela qual se torna imperativa uma abordagem preliminar da temática processual civil relativamente aos princípios constitucionais fundamentais, bem como àqueles de natureza restritivamente formal, ora denominados setoriais, segundo linguagem empregada por José Cretella Neto<sup>1</sup>, inarredavelmente condutores do desenvolvimento do processo até o alcance da resolução do conflito.

Corroborando a antecedente afirmação, disserta o precitado autor<sup>2</sup> que “Toda e qualquer ciência está alicerçada em princípios, que são *proposições básicas, fundamentais e típicas*, as quais condicionam as estruturas e desenvolvimentos subsequentes dessa ciência.” (grifos no original)

Por essa razão, antecedentemente a qualquer alusão aos princípios do devido processo legal e respectivos corolários, tais como a ampla defesa e o contraditório, entre outros, de paritária e inequívoca importância, impende ressaltar a primordialidade da isonomia<sup>3</sup>, não por acaso textualizada no *caput* do art. 5º da retro citada Lei Maior, sob a égide dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Assim, o ato de discorrer singularmente sobre a magnitude constitucional da isonomia remete o articulista à pretérita afirmação do magistrado e escritor coimbrão Vassanta Porobo Tambá, relativamente à promulgação do Código de Seabra, em 1867:<sup>4</sup>

*O ‘processo’ histórico que, com os grandes acontecimentos ideológicos, políticos e económicos, se instaurara na Europa já no séc. XVIII, atribuindo-se ao Estado a missão exclusiva da salvaguarda e promoção dos direitos individuais originários do homem, numa base de igualdade, havia de conduzir o pleito à chamada ‘paz octaviana’- na su-*

---

1 “Princípios setoriais (ou regionais) são proposições básicas em que repousam os diversos setores em que se baseia determinada ciência. A ramificação, fenómeno que ocorre em todas as ciências, bem como a fragmentação de cada campo do conhecimento científico em outros campos derivados, justificam essa denominação” (CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9; grifos no original).

2 Idem, 2002, p. 4.

3 Dissertando sobre o princípio da igualdade, pontifica José Joaquim Gomes Canotilho: “(...) o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado de direito mas também um princípio de Estado social”. Independentemente do problema da distinção entre ‘igualdade fáctica’ e ‘igualdade jurídica’ e dos problemas económicos e políticos ligados à primeira (exemplo: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-constitucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida. Garantir a ‘liberdade real’ ou ‘liberdade igual’ (*Gleich Freiheit*) é o propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição (exemplos: CRP, arts. 20.º/2, 60.º/2/e, 59.º/3/b, 64.º/2, 67.º/2/a, 73.º, 74.º, 78.º/2/a) 21.” (**Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 567).

4 TAMBÁ, Vassanta Porobo. **A Jurisprudência – seu sentido e limites**: I Do problema da “injustiça” da lei e da “certeza” do direito, Coimbra: Almedina, 1971, p. 23.

*gestiva expressão de C. de Moncada – e é nesse contexto histórico-cultural que viria a ser elaborado e promulgado, em 1867, o Código de Seabra.*

Portanto, no que se refere a uma abordagem conceitual<sup>5</sup>, propõe o articulista que o princípio em alusão corresponda à *constitucional paridade de armas entre os indivíduos invariavelmente dissonantes sob o móvel dos jogos sociais, assegurando aos litigantes, no âmbito judicial e administrativo, igualitária acessibilidade argumentativa e probatória, concernente à disputada titularidade sobre o objeto do conflito*. Não obstante o presente item consista primordialmente em uma análise sob o enfoque estritamente constitucional, inolvidável uma ilustrativa referência a um diploma extravagante, inegavelmente assecuratório da *isonomia*, da *dignidade da pessoa humana* e da *cidadania*, predicados inelutavelmente indissociáveis. Na espécie, a Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, cujas disposições estão voltadas para a proteção dos indivíduos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, garantindo-lhes, pela via institucional, determinadas prerrogativas, com o propósito de aplacar a natural disparidade que os acomete na alvorotada arena social, se comparados com os demais elementos subjetivamente competitivos. Entre as prerrogativas em alusão, cumpre destacar, relativamente ao contexto do presente estudo, a prioridade concernente à tramitação dos feitos judiciais, segundo o disposto no artigo 71, *caput*, do retro citado diploma legal.

Quanto aos demais princípios, objeto de vindouro exame, terão assento, na topográfica sequência constitucional, a competência, encartada no artigo 5º, inciso LIII; o devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV; a ampla defesa e o contraditório, consignados no artigo 5º, inciso LV; a licitude da prova, sob a égide do artigo 5º, inciso LVI; a publicidade dos atos processuais, sob os cânones do artigo 5º, inciso LX; e a razoável duração do processo, na forma do artigo 5º, inciso LXXVIII, todos da Constituição da República Federativa do Brasil. Em que pese não encartado sob o título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, igualmente digno de nota

---

5 A respeito da desafiadora missão conceitual, adverte com propriedade Fernando Gama de Miranda Netto: “A tarefa de conceituar um instituto envolve sempre a determinação de sua natureza (gênero próximo) e sua diferença específica. Pelo fato de tais discussões se limitarem, na maioria dos casos, a um ponto de vista estrutural (o que é?), sem cuidar de sua perspectiva funcional (qual função cumpre?), grande parte dos juristas possui uma forte tendência a não se entusiasmar com discussões acerca do conceito e natureza jurídica de um instituto.” (**Ônus da Prova no Direito Processual Público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.134).

é o princípio constitucional da *obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais e administrativas*, segundo o disposto no artigo 93, incisos IX e X, respectivamente.

Nos dias atuais, o Estado Democrático de Direito, estruturado, entre outros fundamentos, na dignidade da pessoa humana, segundo a precisa e iniludível dicção do artigo 1º, inciso III, da precitada Constituição Republicana, obviamente haverá de repudiar todo e qualquer meio insidioso de pacificação social porventura não albergado no princípio do devido processo legal, preceito de índole fundamental que, sob a intensidade normativa do artigo 5º, inciso LIV, da sobredita Lei Maior, entre outras garantias, invariavelmente assegura aos litigantes efetiva acessibilidade probatória, de modo a, no âmbito penal, possibilitar ao imputado elidir injustificada constrição pessoal ou o Estado comprovar a respectiva autoria delituosa, de forma a legitimamente lhe empreender o cerceamento à liberdade. E sob o aspecto civil, a acessibilidade em comento é igualmente ressaltada no persuasivo empreendimento probatório, porém exclusivamente voltado para a obtenção de um pronunciamento judicial acerca da titularidade de um direito que recairá sobre um objeto litigioso, em regra disponível. Ressalte-se que no âmbito processual civil lugar comum é a constrição de natureza patrimonial, retratada pela penhora, segundo o disposto no artigo 664 do Código Buzaid, exaurindo-se o cerceamento à liberdade na hipótese prevista no artigo 733, § 1º, do mesmo diploma.<sup>6</sup>

Entretanto, segundo oportuna constatação, o devido processo legal se traduz, em apertada síntese, por um inapelável agregador dos demais predicados igualmente assecuratórios de um julgamento incólume a transgressões de qualquer natureza.

E no que respeita ao princípio constitucional em referência, traz-se a registro o ensinamento de Marcello Caetano, igualmente citado por Vassanta Porobo Tambá, dissertando sobre os elementos estruturantes da legalidade oriunda das revoluções liberais que eclodiram no século XIX:<sup>7</sup>

*a) ninguém pode ser coagido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.*

---

6 Por intermédio da edição do verbete nº 25 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal foi afastada a decretação da prisão civil do infiel depositário: "25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito." Vide, por oportuno, o v. aresto proveniente do Recurso de Agravo Regimental nº 609054, cuja relatoria coube ao Ministro Luiz Fux.

7 CAETANO *apud* TAMBÁ, *op. cit.*, 1971, p. 21.

*b) uma tal lei, da competência do poder legislativo pelo princípio da repartição dos poderes do Estado, vincula a administração pública, os tribunais e o próprio legislador que a concebeu ou aprovou.*

*c) contra os actos ou decisões considerados ilegais deve haver recurso para a protecção dos direitos postergados.*

Além da referência ao precitado fundamento constitutivo do Estado Democrático de Direito, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, será objeto de uma análise em maior extensão, no presente item, o princípio do devido processo legal e respectivos corolários, fidedignamente tradutores da consolidação democrática em sede jurisdicional, ressaltando-se, para tanto, a dialética perpetrada entre os preceitos normativos de índole constitucional e aqueles hermeticamente confinados à ciência do direito processual, incontestavelmente recepcionados pela supracitada Constituição.

Dessarte, sob o aspecto nitidamente conceitual a respeito do princípio em comento, adverte Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz para o fato de a doutrina se mostrar refratária a uma proposta de definição tecnicamente precisa:<sup>8</sup>

*Tem-se evitado definir o "due process of law", que é cláusula obrigatória para o Executivo, Legislativo, e Judiciário. A visão do devido processo legal depende dos diferentes posicionamentos ideológicos e filosóficos adotados pelos juristas. Mas, ao contrário do que possa parecer, ela não indica somente a tutela processual, face ao seu sentido genérico, incidindo no seu aspecto substancial (direito material) e também tutelando o direito por meio do processo judicial ou administrativo.*

Nesse sentido, vale primeiramente destacar, a título exemplificativo de uma inapelável dialética entre o predicado constitucional e a ciência do processo civil brasileiro, o disposto no artigo 125, inciso I, do Código de

---

<sup>8</sup> PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O Princípio do Devido Processo Legal**: direito fundamental do cidadão, Coimbra: Almedina, 2009, p. 119.

Ritos, concernente ao poder-dever do qual está investido o Juiz quanto ao paritário (isonômico) tratamento obrigatoriamente dispensado às partes.

Seguindo a esteira topográfica da principiologia constitucional fundamental interativa do devido processo de lei, tem lugar o denominado *juiz natural*, segundo o disposto no artigo 5º, inciso LIII, embora a dicção normativa em espécie consigne a terminologia “autoridade competente”. Em verdade, o princípio da competência do *juízo*<sup>9</sup> se traduz por inolvidável corolário do juiz natural. Nesse contexto, inegavelmente assecuratório da estabilização da demanda no juízo (competente) para o qual fora regularmente distribuída, segundo o disposto no artigo 251 do Código de Ritos, atendendo, por conseguinte, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.<sup>10</sup>

No que se refere ao devido processo legal, o artigo 5º, inciso LIV, da anteriormente citada Lei Maior, é válido assinalar que a embrionária expressão contida na *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, de João Sem Terra,<sup>11</sup> estabelecia, ainda que de maneira demasiadamente primeira, desde que analisada sob a ótica da ciência jurídica atual, os pilares da estratificação do princípio do devido processo legal, vez que o texto em alusão ratificava o inolvidável imperativo de um precedente julgamento para legitimar eventual cerceamento ou coercibilidade porventura exercida sobre a pessoa, ou sobre os respectivos bens, conforme a reprodução abaixo:

*+ (39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.*

*Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem*

9 No que se refere à competência, esclarece Arruda Alvim que a terminologia se aplica ao juízo e não à pessoa do juiz: “Competência é atribuído do órgão (juízo, tribunal, câmara etc.) e não do agente (=juiz).” (**Manual de Direito Processual Civil**, v. I parte geral, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 294)

10 Sobre o tema disserta Athos Gusmão Carneiro: “O princípio da ‘perpetuação da jurisdição’, ou, melhor dito, da perpetuação da competência, está no artigo 87 do Código de Processo Civil. A competência, determinada no momento em que foi proposta a demanda, não mais se altera, ainda que se modifiquem os ‘dados’, de fato ou de direito, em função dos quais se operou tal determinação.” (**Jurisdição e Competência**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva 2001, p. 76).

11 . Disponível em: <http://www.fordham.edu>. Acesso em: 14 de mar. 2014.

*mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.*

De igual modo, A Declaração Universal dos Direitos Humanos, *adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*, preserva, na forma do artigo XI,<sup>12</sup> o *due process of law*, porém no contexto processual penal, logo, divorciado do presente estudo.

Quanto ao princípio do contraditório e da ampla defesa, cuja previsão tem lugar no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, reproduz parcialmente o articulista afirmação anteriormente consignada quando analisado o princípio da isonomia. Isto é, “acessibilidade argumentativa e probatória concernentemente à titularidade sobre o objeto do conflito”. Em termos, integral “acessibilidade”, desde que, por exemplo, observadas eventuais restrições relativamente à *admissibilidade* e *pertinência* da prova.<sup>13</sup> Inteligência do princípio da livre investigação das provas e do respectivo corolário, denominado persuasão racional, conforme o disposto nos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil. Relativamente ao princípio do contraditório e à inarredável contribuição dos litigantes, novamente o elucidativo magistério de Fernando Gama de Miranda Netto.<sup>14</sup>

*A ideia de colaboração ou cooperação no processo visa reforçar a comunicação dos sujeitos processuais. Para a realização do diálogo, torna-se imprescindível a observância da garantia do contraditório, que permite a cada uma das partes conhecer as razões de seu adversário. É o juiz garante que deve ser o sujeito processual capaz de possibilitar este diálogo.*

Fidedigna tradutora do princípio do contraditório é a dicção normativa encontrada nos artigos 397 e 398 do Código de Processo Civil, re-

<sup>12</sup> Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 10 de mar. 2014.

<sup>13</sup> No que respeita à distinção entre os vocábulos prova admissível e prova pertinente, a lavra de Eduardo J. Culture: “Prova pertinente é aquela que versa sobre as alegações e fatos que são realmente objeto de prova. (...) Por outro lado, quando se diz que a prova é admissível ou inadmissível, está-se fazendo referência à idoneidade ou falta de idoneidade de um determinado meio de prova para demonstrar um fato.” (**Fundamentos do Direito Processual Civil**, trad. Benedicto Giacobini, Campinas: RED Livros, 1999, p. 158).

<sup>14</sup> MIRANDA NETTO, *op. cit.* p. 119.

lativamente à juntada de documento novo durante o curso do processo. A respeito, digna de nota é a consolidação pretoriana retratada pelo v. acórdão prolatado nos autos de Recurso de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, referendando a produção de prova documental superveniente em sede recursal.<sup>15</sup>

E no que concerne ao princípio da licitude probatória, segundo os termos do artigo 5º, inciso LVI, da comentada Lei Maior, depreende-se que, muito embora antitética a relação processual, tal assertiva não permite que os litigantes façam uso de subterfúgios ou meios insidiosos para persuadir a inteligência judicial. Vale dizer, é curial que a regência do processo tenha lugar de maneira indubitavelmente lastreada no princípio da lealdade, conforme o disposto no artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, cumpre observar a textual advertência contida no artigo 332 do precitado diploma legal quanto à utilização de modalidade probatória “moralmente” legítima.

O princípio da publicidade, insculpido no artigo 5º, inciso LX, da Constituição da República, e no plano infraconstitucional encartado no artigo 155, *caput*, 1ª parte, do Código de Processo Civil, *assegura ao popular integral acessibilidade aos atos perpetrados durante o curso do processo*, conforme, por exemplo, a previsão contida no artigo 444, primeira parte, do Código de Processo Civil, bem como a obrigatoria cientificação daqueles que porventura integrem aquela relação jurídica, observadas as hipóteses em que a prescrição legal restringe a publicidade com o exclusivo intuito de preservar a dignidade pessoal dos litigantes, ou quando assim exigir o interesse público. A respeito, a lavra de José Joaquim Gomes Canotilho.<sup>16</sup>

*A justificação do princípio da publicidade é simples: o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os **actos normativos secretos** contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos por parte dos cidadãos faz-se, precisamente, através da publicidade (cfr. Art. 122. da CRP).*

---

15 Eis a ementa concernente ao retro citado e v. acórdão: PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO. ART. 397 DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no AREsp 160012/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 15/06/2012)

16 *Op. cit.* p. 947.

A título de conclusão do presente item, é trazido a lume o princípio da razoável duração do processo, na forma do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Lei Maior. Pode-se afirmar que o predicado em alusão corresponde invariavelmente à *compatibilidade temporal entre a instauração do feito e a efetiva entrega da prestação jurisdicional final, por sua vez inteiramente conformada à complexidade fática da causa*. Entre os exemplos encontrados no macro sistema processual civil brasileiro são dignos de nota os artigos 278; 285-A; 296, *caput*, última parte; 330 e 456, bem como os artigos 502, *caput*; e 730, *caput*, e § 2º da Redação Final do Anteprojeto do novel Código de Processo Civil brasileiro.<sup>17</sup>

Em caráter final da principiologia constitucional convergente ao devido processo legal, cumpre ressaltar a ponderação dos interesses, por intermédio da qual, valendo-se o intérprete da razoabilidade e da proporcionalidade perpetra a relativização sob o aspecto institucional de determinados direitos fundamentais. Acerca do referido predicado, a lavra do processualista civil Leonardo Greco:<sup>18</sup>

*A doutrina alemã foi a que mais se debruçou sobre esse problema, dando os primeiros passos na sua elucidação, através da aplicação do chamado **princípio da proporcionalidade ou da ponderação dos interesses**, que parte da premissa de que quase todo direito fundamental é relativo, ou seja, pode ser limitado por outro direito fundamental. A aplicação do princípio da proporcionalidade pode dar-se por meio da ponderação em abstrato, pela qual se comparam valores do ponto de vista humanitário, como se houvesse hierarquia entre os direitos fundamentais.*

Em sede processual civil caberia adequar a comentada ponderação à hipótese em que o rigor formalístico do processo decairia diante da preeminência da dignidade da pessoa humana, mormente se a questão *sub judice* dissesse respeito à vida ou a subsistência do litigante. A título de exemplo, o proferimento de uma decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional de mérito, na forma do artigo 273 do Código de Ritos, para assegurar a internação de um paciente sem que a parte

<sup>17</sup> Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 de mar. 2014.

<sup>18</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II: processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 178.

adversa tivesse previamente ofertado a contestação. Isto é, na espécie, o Estado-juíz momentaneamente teria aplacado a tenacidade do contraditório, haja vista a premência à qual estaria submetida a pessoa humana, signatária de uma relação contratual concernente à prestação de serviço.

Enfim, a terminologia *devido processo legal* compreende inextinguível extensão, de forma a não se restringir a uma concepção hermeticamente voltada para determinada prescrição normativa, eventualmente aplicável a um caso concreto, confinadamente a bens ou a liberdade individual. Trata-se, em síntese, de uma *conjugação harmônica de princípios seguramente condutores a uma instrução contribuinte de uma convicção, incondicionalmente serviente a um julgamento imune a qualquer sorte de transgressão à dignidade pessoal dos litigantes*. Incomparavelmente emblemático o devido processo legal, posto que “A promulgação da *Constituição Cidadã*,<sup>19</sup> cujo sistema de direitos fundamentais, (...), informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva do *movimento de retorno ao direito no País*.”

A título derradeiro, em sede principiológica no âmbito constitucional processual brasileiro, tem lugar um extraordinário exemplo de predicado legal inelutavelmente tradutor da razoável duração do processo,<sup>20</sup> ora retratado pela dicção normativa do artigo 285-A do Código de Processo Civil, albergando a hipótese em que o Magistrado prolata a sentença sem que a relação processual esteja integrada pela parte adversa. Em termos, situações em que a convicção judicial já esteja formada quanto à improcedência do pedido, cuja matéria *sub judice* não desafia dilação probatória culminante na realização de audiência de instrução e julgamento, segundo inteligência do artigo 330, inciso I, primeira parte, do referenciado Código de Processo Civil. Ou seja, diante da anunciada improcedência do pedido não haverá razão para que o Juiz ordene a citação do demandado, posto que o provimento jurisdicional em comento não tenha o condão de ensejar prejuízo de qualquer sorte àquela subjetiva incolumidade jurídica.

19 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 13/14.

20 Em que pese a atualidade do assunto razoável duração do processo, observa Ibsen Noronha que a preocupação com a infundada extensão de um feito perante o Judiciário tem registro em passado longínquo: “*A justiça foi uma das grandes preocupações de Mem de Sá, que, logo ao chegar, resolveu as demandas pendentes, concertando as partes, e as que de novo nascião atalhava da mesma maneira, ficando as audiencias vazias e os procuradores e escrivães sem ganho*.” (Grifos no original). E complementa o referido autor, dissertando que “*O novo governador sabia que a justiça morosa era cara, dificultava o desenvolvimento e engendrava odios e paixões*.” (*Cartas do Brasil e mais Escritos (Opera Omnia)* apud *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista, consonâncias do espiritual e do temporal*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 141)

### 3. DOS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS REGENTES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Quanto aos denominados princípios de natureza restritivamente processual, (*rectius*, setoriais), conforme a terminologia empregada pelo anteriormente citado José Cretella Neto, cumpre ressaltar, entre outros, a *oralidade* (artigo 456); o *impulso oficial* (artigo 262, segunda parte); a *imparcialidade judicial* (artigo 125, inciso I); a *instrumentalidade das formas* (artigo 244); o *aproveitamento dos atos processuais* (artigo 250, parágrafo único); a *livre investigação das provas* (artigo 130); a *livre convicção motivada/persuasão racional*, (artigo 131); a *identidade física do juiz*, (artigo 132); e a *correlação jurisdicional/congruência/adstrição* (artigos 128 e 460), todos do Código de Processo Civil.

No que tange ao princípio da *oralidade*,<sup>21</sup> e <sup>22</sup> convém esclarecer que o dispositivo legal acima retratado não encerra a respectiva ilustração topográfica.

Vale advertir que a temática principiológica no âmbito do direito comparado comporta invariavelmente distinção de ordem terminológica, segundo, por exemplo, o direito processual civil português consagrando a *autorresponsabilidade das partes*.<sup>23</sup>

Cumpre ainda ressaltar que os princípios ora referenciados, exceto o da *oralidade*, têm por exclusivo destinatário o próprio Magistrado, conforme se depreende da leitura dos dispositivos legais ora relacionados, isto é, norteiam invariavelmente o exercício da atividade judicante.

No entanto, outros princípios igualmente regentes do desenvolvimento do processo, ou do procedimento,<sup>24</sup> têm por destinatário o jurisd-

---

21 No processo das *legis actiones* a oralidade igualmente se destaca na qualidade de inarredável diretriz do processo civil romano, segundo a autorizada lição de Ebert Chamoun: “Apenas com as partes pessoalmente presentes é que se instaurava a lide. Então, às palavras e gestos solenes do demandante devia o réu opor palavras e gestos correspondentes. Se não o fizesse, reputava-se confesso (*confessio, indefensio*) e o magistrado dava ganho de causa ao demandante. (...)” (**Instituições de Direito Romano**, 4ª ed., São Paulo: Forense, p. 124).

22 Contemporaneamente sobre a oralidade, a lavra de Bárbara Gomes Lupetti Baptista: “A oralidade possui um significado residual, pois ela representa tudo aquilo que não seja escrito e, portanto, tudo aquilo que seja comunicado; que seja falado; estando, necessariamente, vinculada ao som, jamais ao aspecto visual das formas (Kittay, 1995) e representando, sempre, um discurso vivo, dinâmico e direto.” (**Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 69).

23 Trata-se, em verdade, de expressão indissociável à ideia de onerosidade. (FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil, conceito e princípios gerais**, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 159).

24 O clássico Elio Fazzalari não distinguiu as expressões processo e procedimento, ao afirmar que “(...) o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (**Instituições de Direito Processual Civil**, trad. 8ª ed. Elaine Nassif, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 2006, p. 118/119).

cionado litigante, como, por exemplo, o da lealdade processual, segundo informa o disposto no artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como o da cooperação do devedor, segundo o disposto no artigo 652, § 3º; do Código de Processo Civil.

Princípio igualmente inoxidável é o da economia processual, em que os destinatários são compreendidos por todos os sujeitos que integram a relação processual, vale dizer, correspondente, em síntese, *ao desenvolvimento do feito por intermédio da prática de atos consubstanciados no menor dispêndio possível dos subsídios inerentes, de maneira a aperfeiçoar a instrução e a subsequente entrega da prestação jurisdicional final*, desde que atentamente observados os princípios do devido processo legal e respectivos corolários de natureza igualmente constitucional.

Há invariavelmente ramificações no direito processual civil que, em razão da peculiaridade normativa e instrumental que as caracterizam, acabam por desafiar a consolidação de princípios restritivamente aplicáveis, *contundentemente setoriais*, conforme, por exemplo, a previsão dos artigos 612, 620 e 652 § 3º, todos do Código de Processo Civil, correspondentes, respectivamente, aos princípios do *resultado*, da *menor onerosidade para o devedor*, e da *obrigatoriedade de cooperação com a execução*,<sup>25 e 26</sup> todos indubitavelmente concorrendo para a efetiva entrega da prestação jurisdicional final.

Da mesma forma, ocorrerá em sede processual cautelar, segundo os termos dos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil. Em caráter ilustrativo, o princípio da *fungibilidade do provimento jurisdicional cautelar*, conforme textual admissibilidade do artigo 805 do supracitado diploma legal.

O princípio em alusão retrata, guardadas as devidas e infraconstitucionais proporções, análoga aplicação da retro citada ponderação dos interesses, na medida em que não obstante a imperativa correlação<sup>27</sup> en-

25 O dever atribuído às partes de agir em conformidade com as diretrizes legais do processo, de maneira a não retardar a composição da lide, entre outros, desde o passado tem sido objeto de observação dos doutos, segundo a expressão de Adolf Schönke, ressaltando dispositivo do Código de Processo Civil alemão: "a) O mais importante é o dever de cooperação, isto é, o dever de ajudar a uma rápida e justa resolução do processo. O § 529, I, fala do dever das partes 'de facilitar ao Juiz por meio de uma conduta processual leal e diligente, sua missão de descobrir o que é justo'." (**Direito Processual Civil, atual**. Afonso Celso Rezende, Campinas: Romana, 2003, p. 22/23).

26 Sob a epígrafe COOPERAÇÃO FORMAL, refere-se José Lebre de Freitas à norma de direito processual civil português idêntica ao que dispõem os artigos 600, inciso IV; e 601, *caput*, do **Código de Processo Civil brasileiro**: "(...) na ação executiva, quando o agente de execução não encontrar bens penhoráveis e o exequente não os indicar, é solicitado ao executado que o faça, ficando sujeito a sanção pecuniária compulsória se não indicar bens existentes ou fizer indicação falsa (art. 833, n.os 5 e 7)." (*Op. cit.*, p. 167).

27 O jurisdicionado pede ao Estado-juiz que o proveja, segundo a extensão da ameaça ou da lesão ao direito sobre o qual alega ser titular. Assim, o provimento jurisdicional, caso favorável ao autor, não poderá discrepar do pedido formulado na petição inicial, segundo inteligência do princípio da correlação jurisdicional/adstrição/congruência, em que a correspondência legal está nos artigos 128 e 460 do **Código de Processo Civil**. Eventual infração ao princí-

tre o objeto da ação e o provimento jurisdicional final, caberá ao prístino julgador, em sede processual civil cautelar, sopesar acuradamente as circunstâncias fáticas daquele peculiar conflito, de maneira a conceder ao requerente não o que necessariamente postulou, mas o que seguramente compatível seja com a real dimensão do *periculum in mora* demonstrado, vez que o escopo do processo cautelar é nitidamente assecuratório da eficácia do futuro provimento cognitivo jurisdicional final e da integridade material do objeto litigioso, em sentido *lato*,<sup>28</sup> posto que a índole cautelar não se estende à declaração judicial concernente à titularidade sobre a *res in judicium deducta*.

Em sentido contrário é a fase de execução, a qual, segundo o princípio do resultado, na forma do artigo 612, 2ª parte, do Código de Processo Civil, nos termos de José Augusto Galdino da Costa, “(...) é sempre realizada no interesse do credor, devendo alcançar o resultado útil de conformidade com o título”.<sup>29</sup> Ou seja, o princípio em alusão corresponde à *objetiva simetria entre o conteúdo do título e a dimensão dos efeitos provenientes da prestação jurisdicional final*, observando-se, invariavelmente, o princípio da menor onerosidade para o devedor, conforme o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil. De igual modo, inafastável condutor da atividade jurisdicional de natureza constritiva.<sup>30</sup>

---

pio jurisdicional em comento resultará na prolação de sentença *ultra petita* (quantitativamente superior ao pedido); *extra petita* (objeto diverso do que foi pedido); e *citra/infra petita* (provimento jurisdicional aquém do pedido, em regra, omissis em relação a algum capítulo do pedido).

28 Nem sempre o provimento jurisdicional cautelar terá por objeto um bem da vida litigioso a preservar. Por exemplo, a hipótese da produção antecipada de provas, na forma do artigo 846 e seguintes do **Código de Processo Civil**. Na espécie, o respectivo objeto será o constitutivo elemento da póstera convicção judicial, a ter lugar em sede processual cognitiva principal.

29 **Princípios Gerais no Processo Civil**: princípios fundamentais e princípios informativos, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 149.

30 Em que pese a incontestável tenacidade constitutiva da fase de execução, não há que se descartar a cautela judicial concernentemente à dignidade pessoal do devedor, principalmente no que tange à reserva patrimonial assecuratória da respectiva subsistência. Dessarte, a impenhorabilidade salarial, segundo o disposto no artigo 649, inciso IV, do **Código de Processo Civil**, não obstante a norma em referência contenha expressa relativização no § 2º, por sua vez reafirmada pela jurisprudência. A título exemplificativo, o v. acórdão proveniente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

0036360-75.2013.8.19.0000- AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 27/11/2013 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PENHORA *ON-LINE*. INTELIGÊNCIA DO §2º DO ART. 649 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LIMITAÇÃO A 30% DOS VALORES DEPOSITADOS NAS CONTAS DO DEVEDOR. GARANTIA DO DIREITO DO CREDOR E DA SUBSISTÊNCIA DIGNA DO DEVEDOR. 1. Inegável a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadorias, pensão, pecúlios e quantias recebidas por liberalidade de terceiros destinadas ao próprio sustento e de sua família (art. 649, IV, CPC). Todavia, o §2º do art. 649, do CPC, excetua a regra da impenhorabilidade dos rendimentos na hipótese de cobrança de débito alimentício. 2. Malgrado a exceção legal, mesmo na hipótese de execução para o pagamento de pensão alimentícia, não é possível que o alimentante seja reduzido ao estado de miserabilidade, sob pena de afronta ao princípio constitucional da dignidade humana. 3. Por tal razão, deve a penhora *on-line* ficar limitada a 30% dos valores depositados nas contas do agravante, de forma

Conclusivamente, registre-se que do aludido princípio do resultado extrai-se o corolário denominado adequação objetiva, cuja expressão legal está, por exemplo, contida no artigo 659, *caput*, do Código de Processo Civil. Em termos, para que o interesse do credor seja inteiramente satisfeito, sem violação do direito patrimonial do devedor, será preciso que *a expropriação recaia sobre bens incontestavelmente penhoráveis e o produto da arrematação entregue ao credor seja cartesianamente compatível com o valor do crédito exequendo*, sob pena de enriquecimento sem causa.<sup>31</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, por intermédio da argumentação expendida, abordar, em síntese, consoante os limites cientificamente estabelecidos pelo objeto do presente estudo, o arranjo principiológico parcial diretor da ramificação processual civil brasileira, de modo a propiciar ao leitor uma visão global dos mecanismos indissociavelmente regentes da operacionalidade judicial, voltada especialmente para a resolução dos conflitos interindividuais de interesse.

Assim, procurou o articulista ressaltar preliminarmente a incontestável magnitude da principiologia constitucional fundamental, destacando a proeminência do devido processo legal, condição seguramente inarredável para a compreensão da vindoura aplicação daqueles princípios hermeticamente encartados no direito processual civil, sabiamente denominados setoriais pela doutrina.

Dos argumentos acima explorados, infere-se ainda que o regular desenvolvimento do processo, desde a respectiva instauração até o pronunciamento final resolutório da lide, dependerá invariavelmente da ininterrupta cooperação de todos os seus integrantes, elementos subjetivamente constitutivos de uma relação jurídica solidamente embasada em superdimensionada principiologia, cuja finalidade não se resume simplesmente a entregar ao reconhecido titular o bem da vida injustificadamente arrebatado, mas, por intermédio daquele mesmo

---

a garantir o direito do credor e a subsistência digna do devedor. 4. Provisamento parcial do recurso.” INTEIRO TEOR Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 27/11/2013 (\*)INTEIRO TEOR Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 11/07/2013 (Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 24 de mar. 2014).

31 Sobre o tema a referência da seguinte obra: GOMES, Orlando. **Obrigações**, 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 302/305.

provimento, resgatar-lhe principalmente a intransigível dignidade da pessoa humana.

Enfim, o desenvolvimento condigno do processo desafia, invariavelmente, a adstrição do Juiz aos princípios fundamentais e restritivamente operacionais, solenemente condutores da resolução do conflito sob o império democrático. ❖

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, v. 1, parte geral, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**, 2ª ed., trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale, trad. Silvana Vieira, rev. téc. Álvaro De Vita, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, **Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**, 4ª ed., São Paulo: Forense.

COSTA, José Augusto Galdino da. **Princípios Gerais no Processo Civil: princípios fundamentais e princípios informativos**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**, trad. Benedicto Giacobini, Campinas: RED Livros, 1999.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**, trad. 8ª ed. Elaine Nassif, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil**, conceito e princípios gerais, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 302/305.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. II: processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama. **Ônus da Prova no Direito Processual Público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NORONHA, Ibsen. **Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista, consonâncias do espiritual e do temporal**, Coimbra: Almedina, 2008.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Org. **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O Princípio do Devido Processo Legal**: direito fundamental do cidadão, Coimbra: Almedina, 2009.

SCHÖNKE, Adolf. **Direito Processual Civil**, atual. Afonso Celso Rezende, Campinas: Romana, 2003.

TAMBÁ, Vassanta Porobo. **A Jurisprudência – seu sentido e limites**: I Do problema da “injustiça” da lei e da “certeza” do direito, Coimbra: Almedina, 1971.

Constituição Federal:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Legislação:

**Código de Processo Civil e Constituição Federal**, 43ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso.

Sítio eletrônico

Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 de out. 2012.

Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 24 de mar. 2014.

Disponível em: <http://www.fordham.edu>. Acesso em: 08 de set. 2012.

Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 08 de set. 2012.

# Justiça de Transição e o Desaparecimento Forçado nos Países do Cone Sul

**Enio Viterbo Martins**

*Pós-graduado em Direito Militar pelo CBEPIUR.*

Atualmente o tema da Justiça de Transição vem encontrando mais espaço no debate acadêmico brasileiro, principalmente depois de o Supremo Tribunal Federal julgar improcedente a ADPF 153, dando certeza da impunidade dos agentes do Estado que cometeram crimes durante o regime militar.

Este subtópico do Direito vem para estabelecer a transição da ordem jurídica ditatorial para a democrática, e foi frequentemente aplicado nos países nos quais havia a necessidade de uma transição punitiva dos antigos agentes perpetradores de violações aos direitos humanos, como por exemplo, no Chile ou na Argentina, países que vivenciaram regimes militares semelhantes ao episódio brasileiro.

A Justiça de Transição não é uma forma institucional de justiça em si mesma, mas uma forma de uma diferente abordagem da justiça comum sobre as violações aos direitos fundamentais perpetuadas durante esses regimes de exceção, na conceituação de Bickford (2004, p. 1045-1047):

*Justiça de Transição refere-se ao campo de atividades e investigação sobre como as sociedades lidam com legados de violações e abusos contra os direitos humanos praticados no passado, atrocidades em massa, outras formas severas de trauma social, incluindo o genocídio e a guerra civil, a fim de construir um futuro mais democrático, justo e pacífico. (tradução nossa)<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> "Transitional Justice refers to a field of activity and inquiry focused on how societies address legacies of past human rights abuses, mass atrocity, or other forms of severe social trauma, including genocide and civil war, in order to build a more democratic, just, or peaceful future." BICKFORD, Louis (2004). "Transitional Justice." "In": **The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity**. Volume III. Nova Iorque: MacMillan, p. 1045-1047.

## DO DESAPARECIMENTO FORÇADO

A problemática do tema se dá quando a justiça de transição procura a responsabilização dos crimes de desaparecimento forçado em tais países, fato este que, além de difícil persecução probatória, tem peculiaridades jurídicas que estão sendo aprofundadas atualmente, décadas depois do fim dos regimes autoritários nesses países.

Para fim de conceituação da proteção do crime de desaparecimento forçado, faz-se referência ao Estatuto de Roma, assinado pelo Brasil em 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional; este, em seu art. 7º, parágrafo 1º, guarda, como crime contra a humanidade, o desaparecimento forçado, e em seguida, em seu parágrafo 2º, o tipifica da seguinte forma:

*Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.(BRASIL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002)*

Sendo ou mais breves ou mais extensos, os regimes ditatoriais do Cone Sul, tiveram em números proporcionais ou absolutos, impactos maiores do que teve o regime brasileiro, e assim, a análise dos casos de desaparecimentos forçados e do processo histórico de cada legislação vigente sobre o tema, nos determinados países, se faz de forma diferente da brasileira, sendo necessária a análise de cada caso individualmente para uma real contextualização história do cenário não só brasileiro, como sul-americano, para que assim a visão global do instituto da anistia dada aos militares da época possa ser criticada.

Assim, começando pelo caso chileno, seguido do uruguaio e tendo o fim com o argentino, poderemos notar que a relação entre a sociedade civil e as normas anistiadoras em cada país se deu de maneira diversa.

## O CHILE DE PINOCHET

O regime militar chileno teve início em 11 de setembro de 1973 depondo o presidente eleito, Salvador Allende, que representava o partido da Unidade Popular do Chile, que enquanto esteve no poder, entre fins de 1970 e setembro de 1973, aumentou o fortalecimento dos partidos de esquerda e mobilizações de conteúdo socialista, havendo ainda aproximação diplomática com União Soviética e Cuba, bem como crescimento do setor nacional-estatal da economia.

O Chile então passa a ser comandado pela ditadura personificada no general Pinochet, até que a oposição vencesse um plebiscito nacional em 1988 sendo as eleições marcadas para o ano seguinte, logo, em março de 1990, quando Pinochet entregou o poder ao presidente eleito. Estava terminado um dos regimes mais sangrentos da América do Sul.

Pressionado, o novo governo civil através da “Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação” (Informe Oficial do Governo Chileno) determinou o número de desaparecimentos forçados em 957 casos.

Não obstante, desde 1974 a Comissão IDH tinha emitido diversas vezes, informes especiais ao Chile a respeito do tema, realizados nos anos de 1974, 1976, 1977 e 1985.

Em 1974 temos as primeiras denúncias de desaparecidos políticos e, em março do ano daquele ano, foi apresentado o primeiro recurso ao judiciário com fim de esclarecer e assegurar o direito de mais de 130 desaparecidos, o que fez o governo se manifestar dizendo que reconheceria como desaparecidos aqueles que forem admitidos como detidos pelos órgãos do regime.<sup>2</sup>

Ou seja, aqueles que o governo não reconhecia estar detendo, mesmo que de fato o estivesse, estavam fora do alcance da defesa mínima de seus direitos fundamentais, pois nem reconhecidos como prisioneiros eram, e isso como visto, é uma das fases essenciais do crime de desaparecimento forçado, a falta de informação após a detenção da vítima.

Em dezembro do mesmo ano em uma resposta clara da real intenção da punibilidade dos crimes em questão, o Chile enviou uma carta em réplica a CIDH a respeito das infrações aos direitos humanos e desaparecidos no país, no que segue:

---

2 PADILLA, Elías. "La memoria y el olvido". Em: <<http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/lame-molv/memolv07.htm>>. Acesso em 25 de março de 2014.

*Dada as características dos eventos acontecidos no Chile no dia 11 de setembro e seguintes, onde adeptos do governo anterior disparavam impiedosamente sobre a tropa e esta se viu na obrigação de responder, os feridos e desaparecidos em ambos os lados foram muitos. Até o dia de hoje existe o caso de soldados que, devido a ação dos extremistas, não foram encontrados. Com isto se pode destacar que as características próprias daquilo que se sucedeu no Chile escapam a uma situação normal e, assim, é impossível tratar de aplicar normas e procedimentos de um estado de convulsão. Daí que em alguns casos excepcionais, e devido ao calor da luta, haja desaparecido um número pequeno de pessoas. (tradução nossa)*<sup>3</sup>

A Lei de Anistia chilena, aprovada em 1978, exime de responsabilidade penal todas as pessoas que cometeram violações dos direitos humanos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978.

O total de pessoas reconhecidas oficialmente no Chile como desaparecidas ou assassinadas entre 1973 e 1990 é de 3.216, e o de pessoas que sobreviveram à prisão por motivos políticos ou tortura, de 38.254.<sup>4</sup>

Especificamente, sobre o crime de desaparecimento forçado, a tese da promotoria chilena, que tem tornado comum entre os países sul-americanos marcados pela situação ditatorial em questão, é de que, devido ao não aparecimento dos corpos dos desaparecidos políticos estes crimes não estariam encerrados, seriam crimes permanentes, assim, estariam em seu estado de execução até que se encontre o corpo da vítima em questão. A Suprema Corte chilena aceitou a tese, e no caso Miguel Ángel Sandoval, em 2004, condenou os agentes do Estado envolvidos.

Pela perspectiva da justiça de transição, além da lei da anistia chilena ter sido declarada pela Suprema Corte chilena em 2006, incompatível com o esforço determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que o Chile deveria buscar a real eficácia dos direitos humanos na busca pela retratação dos desaparecidos políticos da época, o Congresso do país resolveu em votação, pela não aplicabilidade da lei. O STF seguiu

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/cap.4a.htm>>. Acesso em 25 de março de 2014.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://anistia.org.br/direitos-humanos/blog/chile-quarenta-anos-depois-do-golpe-de-pinochet-impunidade-deve-ter-fim-2013-0>>. Acesso em: 25 de março de 2014.

interpretação parecida no julgamento da ADPF 153, pois entendeu que seria papel do Poder Legislativo e não do Judiciário, revogar a lei da anistia brasileira.

Não obstante, deve ser citado também que existe uma movimentação de políticos chilenos, como por exemplo, do deputado Jorge Ulloa, no sentido de que volte a vigorar de modo pleno a lei da anistia, sob a justificativa de que independentemente de o Chile ter ratificado tratados internacionais que regulamentem a questão, estes não podem se sobrepujar a soberania histórica de reconciliação chilena.<sup>5</sup>

## O CASO URUGUAIO

Em 27 de junho de 1973, o então presidente uruguaio Juan María Bordaberry dissolveu as Câmaras de Senadores e Deputados com apoio das Forças Armadas e anunciou a criação de um Conselho de Estado com funções legislativas, dando início a um período de governos autoritários que perduraria no país até 1985.

Durante os anos do governo civil militar, membros da polícia e do Exército do Uruguai cometeram graves violações dos direitos humanos, como tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados. Em seu momento culminante, calcula-se que existiam reclusos cerca de 7.000 presos políticos, a maioria dos quais afirmou ter sofrido tortura.

O governo civil de Júlio Maria Sanguinetti em 1985 presenciou a aprovação da Lei 15.737, chamada de Lei de Reconciliação Nacional, que concedeu anistia para os crimes políticos cometidos durante o regime militar uruguaio. A diferença textual principal com o caso brasileiro é que a lei uruguaia em seu artigo 2º<sup>6</sup> definia de forma nítida a expressão que a lei brasileira usou de forma confusa, “crimes conexos”, que serviu praticamente de base argumentativa da ADPF 153 para que esta expressão não incluísse os crimes comuns praticados por militares da época da repressão, a contrário do exemplo uruguaio.

<sup>5</sup> Disponível em: [http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id\\_secao=7&id\\_noticia=215390](http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_secao=7&id_noticia=215390); último acesso em 25 de março de 2014.

<sup>6</sup> *Artículo 2º.- A los efectos de esta ley se consideran delitos políticos, los cometidos por móviles directa o indirectamente políticos, y delitos comunes y militares conexos con delitos políticos los que participan de la misma finalidad de éstos o se cometieron para facilitarlos, prepararlos, consumarlos, agravar sus efectos o impedir su punición. También se consideran delitos conexos todos aquellos que concurren de cualquier manera (reiteración real, reiteración formal o concurrencia fuera de la reiteración) con los delitos políticos.* (URUGUAIO, Lei 15.737, de 8 de março de 1985)

A Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado (Lei 15.848), proposta pelo governo presidido ainda por Sanguinetti e aprovada pelo Parlamento uruguaio em dezembro de 1986, estabelecia que a pretensão punitiva do Estado estava prescrita desde 1º de março de 1985<sup>7</sup> para investigar os crimes relacionados ao período da ditadura.

Interessante sob o ponto de vista da justiça de transição é que diferente dos outros países, no caso uruguaio houve consultas populares sobre as normas anistiadoras, realizadas em 1989 e 2009 que surpreendentemente, mantiveram vigente a anistia aos crimes praticados durante o regime militar, mas o alcance da mesma tem sido questionado por várias resoluções judiciais e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado foi submetida a *referendum* popular ainda em 1989, sendo aprovada pela maioria da população uruguaia. Nas palavras de Michelin (1996), citado por Camila Vicenci Fernandes<sup>8</sup>, estranhamente *“nenhum setor político-social impugnou o resultado. No Uruguai não havia juízo penal nem castigo algum para nenhum dos responsáveis por violações aos direitos humanos”*

Esta lei era nitidamente uma das chamadas autoanistias que os regimes militares latinos americanos se davam quando realizavam a transição para a democracia, uma vez que é prevista na lei, anistia apenas para os crimes praticados por militares e equiparados.

Houve ainda, nova consulta popular através de um plebiscito no ano de 2009 para tentar anular a lei, e mesmo tendo passado gerações de uruguaiois, foi novamente, pela vontade da maioria dos uruguaiois, mantida a eficácia da anistia.

A Lei 18.831, em tese, um avanço no que dizia respeito a responsabilização dos agentes do Estado, restabelecia a pretensão punitiva do Estado declarada prescrita pela Lei 15.848; porém, em decisão da Suprema Corte de Justiça do Uruguai de fevereiro de 2013, foram declarados inconstitucionais seus artigos 1º, 3º e 4º. A decisão foi altamente critica-

---

7 Artículo 1º.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto. (URUGUAI, Lei 15.848, de 22 dezembro de 1986)

8 VICENCI, Camila. **Leis de Anistia: Aspectos teóricos e as experiências da Argentina, Uruguai e Brasil.** Em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7637&revista\\_caderno=19](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7637&revista_caderno=19)>. Acesso em: 25 de março de 2014.

da pelos defensores dos direitos humanos, pois na prática, ela tornava prescrita novamente a possibilidade do Estado de prender os agentes estatais criminosos.

No caso *Gelman v. Uruguay* temos importantes características em relação ao crime de desaparecimento forçado, que segundo o entendimento da Corte Interamericana, não poderia ter ocorrido “sem o conhecimento ou ordens das autoridades militares”<sup>9</sup>; este é um passo importante para reconhecer a prática do crime como política de Estado e não simples casos esporádicos sem conhecimento do alto escalão militar; além disso, a decisão da Corte acompanha a tese da promotoria chilena e considera o crime em execução até os dias de hoje pelo não aparecimento da vítima.

A sentença da Corte Suprema uruguaia também viola expressamente a Convenção sobre a Não Prescrição dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, da qual o Uruguai é parte signatária desde 2001.

Não obstante, a tentativa da esquerda para revogar a lei não cessou, e em 2010, a Câmara dos Deputados uruguaia recebeu um projeto de lei interpretativo da constituição que visava a anular o primeiro, o terceiro e o quarto artigos da lei da caducidade; em votação apertada, por um voto a mais, 16 a 15, o projeto foi aprovado.

Porém, quando votado no Senado recebeu alterações que teriam que ser revistas pela Câmara dos Deputados, e quando retornou a esta Casa, de novo em votação acirrada, foram rejeitados o projeto e suas modificações, e assim o esforço legislativo para anular a lei teve fim.

Por outro lado, a Corte Suprema uruguaia determinou que a lei era inconstitucional, porém, diferente do caso brasileiro onde essa determinação da Suprema Corte nacional teria efeito *erga omnes*, a decisão da Corte uruguaia é válida apenas para os casos onde ela é requerida<sup>10</sup>. Logo, se o Poder Legislativo não revogou a norma, e a Suprema Corte não tem competência para dar esse efeito de forma geral, temos que a mesma ainda está em vigor.

9 COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Fondo y Reparaciones**. Serie C, nº. 221. 2014.

10 FORUM DE CORTES SUPREMAS DO MERCOSUL, 2011, Montevidéu. Disponível em: < [http://www.stfjus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao\\_pt\\_br/anexo/Patricia\\_20112.pdf](http://www.stfjus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Patricia_20112.pdf)>. Acesso em: 2 de abril de 2014.

## O MASSACRE ARGENTINO

A Argentina entrou em seu primeiro período ditatorial militar entre 1966 e 1973, porém foi no segundo período de governo militar, iniciado em 24 de março de 1976 que o nível de repressão política atingiu níveis nunca antes vistos.

Nesse período, 1967-1983, milhares de pessoas foram sequestradas pelas forças de segurança e subsequentemente eram tidas como “desaparecidas”. A comissão nacional sobre o desaparecimento de pessoas, implantada em 1983 pelo governo civil que assumiu o país, informou que havia na época, 8.960 casos de desaparecimento, com algumas estimativas não oficiais beirando os 30.000<sup>11</sup>

Sobre o processo de anistia Argentina vale uma breve análise de Camila Vicenci Fernandes sobre o tema:

*Em 1986, editou-se a chamada “Lei Ponto Final” (Lei 23.492/86), que determinava a extinção das ações penais por participação nos atos de forma violentas de ação política (BUCHANAN, 1987) e, em seguida, foi editada a “Lei Obediência Devida” (Lei 23.521/87) que extinguiu a punibilidade dos crimes perpetrados no Processo sob a alegação de que os militares agiram em obediência devida, sob coerção e autoridade superiores, sem possibilidade de conduta adversa. Finalmente, o então presidente argentino Carlos Menem concedeu ainda uma série de indultos aos militares já condenados (BARROS, 2003), um enorme retrocesso quanto aos esforços realizados pelo presidente anterior, Raúl Alfonsín, para processar e punir os responsáveis pelas atrocidades do regime militar (HUNTER, 1997).*

*Entretanto, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, as vítimas lograram suas primeiras vitórias. Carmen Lapacó, que tivera sua filha seqüestrada e desaparecida no regime militar, tivera suas pretensões de direito à verdade negadas pela Suprema Corte Argentina, teve seu caso analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em*

---

11 ALFONSO, Daniels. Em: <<http://www.telegraph.co.uk/culture/3673470/Argentinas-dirty-war-the-museum-of-horrors.html>>. Acessado em: 25 de março de 2014.

*1999, resultando em um acordo amigável no qual a República Argentina se comprometeu a garantir o direito à verdade dos familiares de vítimas do regime ditatorial.*

*No âmbito nacional, graças principalmente aos movimentos populares dos familiares de vítimas do regime, o cenário antes desolador da justiça argentina começa a mudar (FEMENIA; GIL, 1987). O primeiro passo foi dado em 2003 com a aprovação, pelo Congresso argentino, de uma lei que revogava as leis Ponto Final e Obediência Devida. Em 2005, a Suprema Corte argentina decidiu que as leis de anistia são inconstitucionais, declarando-as nulas. Finalmente, em 2008, ocorreu a derrogação do Código Penal Militar, ou seja, os militares ficaram sujeitos à Justiça Comum, podendo apelar para a Justiça Federal em caso de crimes militares.<sup>12</sup>*

Também se faz presente no caso argentino, a revogação da lei da anistia do país pelo Congresso, que como visto, é a forma correta tecnicamente para anulação da mesma.

No cenário argentino, assim como no uruguaio, houve duas leis para a impunidade dos agentes do Estado, a Lei da Obediência Devida e a Lei do Ponto Final, ambas foram declaradas nulas tanto pelo congresso argentino em 2003, tanto como pela suprema corte do país em 2005.

É interessante notar, que o regime argentino que terminou em 1983, viu as primeiras condenações de militares já em 1985, onde houve a iniciativa do governo civil em buscar a condenação de militares das chamadas juntas militares que governavam o país na época do regime.

O que podemos tirar da lição da experiência argentina que influenciou diretamente a justiça de transição no país e que talvez tenha influenciado diretamente a recém-instaurada democracia brasileira, é que provavelmente devido aos levantes militares ocorridos na Argentina no final da década de 80, que visavam a garantir a impunidade dos militares envolvidos com o regime, é que não tenha havido antes uma persecução penal aos militares envolvidos nestes crimes no cenário brasileiro, provavelmente por receio de um levante militar.

---

12 VICENCI, Camila. *Leis de Anistia: Aspectos teóricos e as experiências da Argentina, Uruguai e Brasil*, op. cit.

Estes chamados levantes militares argentinos foram denominados “*carapintadas*”, e ocorreram durante o final da década de 80 chegando o último em 1990, eram a favor da impunidade dos militares que cometeram crimes durante o regime militar argentino, e representaram uma real ameaça às instituições democráticas, tanto que a lei da obediência citada, aprovada em 1987, foi decorrente da forte pressão militar na época.<sup>13</sup>

Peculiar sobre o caso argentino também, é a anulação do Código Penal Militar, decorrendo daí que os militares passaram a ser julgados pela justiça comum, que é como orienta a Corte Interamericana, devido a certo corporativismo destas cortes militares quando julgam militares envolvidos nestes tipos de crimes violadores dos direitos humanos em período de governo autoritário.<sup>14</sup>

Sobre os casos de desaparecimento forçado no país, o governo se utilizava de um meio eficaz para negar que estivesse detendo seus presos políticos - ele ocultava os cadáveres uma boa parte das vezes através dos chamados “voos da morte”, onde jogava o preso de um avião em meio ao Oceano Atlântico, tamanha foi a quantidade de desaparecidos que Jorge Rafael Videla, um dos governantes do regime, declarou que “Não estão mortos nem vivos, estão desaparecidos.”<sup>15</sup>, frase que pode ser elencada como símbolo do desaparecimento forçado.

## CONCLUSÃO

Temos assim que os países do Cone Sul latino americanos quando em questão de anistia a militares de época ditatorial, se veem em um primeiro momento em situações semelhantes, estipulando de maneira geral, autoanistias que, ao decorrer dos anos, seriam obstáculos à justiça de transição nestes países, pois impediriam a prisão dos agentes do Estado envolvidos em violações aos direitos humanos na época.

Estas leis anistiadoras posteriormente foram atacadas por diversos elementos do segmento civil em diversos países, tendo alguns casos chegados à Corte Interamericana dos Direitos Humanos que determinou que

13 Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,AA1586574-5602,00-CRONOLOGIA+DE+JULGAMENTO+S+ANISTIAS+E+INDULTOS+PELA+DITADURA+ARGENTINA.html>>. Acesso em: 26 de março de 2014.

14 BATISTA, Liz. **Argentina: sem anistia, três presidentes condenados**. Em: <<http://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,argentina-sem-anistia-tres-presidentes-condenados,9211,0.htm>>. Acesso em: 26 de março de 2014.

15 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/05/1280425-nao-estao-mortos-nem-vivos-estao-desaparecidos-veja-frases-de-videla.shtml>. Acesso em: 16 de abril de 2014.

tais leis eram incompatíveis com o esforço dos Estados com a proteção dos direitos humanos.

Nos países em que existe uma lei de anistia que ainda surte efeito, os desaparecimentos forçados têm sido enfrentados com a tese de que seria um crime permanente pelo não aparecimento da vítima. A tese encontra dificuldade política, pois, teria que ir de encontro às anistias vigentes e, em caso de êxito da ação penal, prender aqueles que agora idosos, foram os perpetradores de tais crimes. ❖

# O que a Antiga Pastoral Cristã da Confissão Pode Ensinar a Juízes, Psicólogos e Assistentes Sociais?

**Esther Maria de Magalhães Arantes**

*Professora da UERJ e PUC-Rio.*

As alianças e disputas entre Igreja e Coroa, Medicina e Igreja, ou entre Medicina e Direito, não são batalhas menores. Foucault as demonstrou à exaustão. Dentre as particularidades dessas batalhas, uma, em particular, aqui nos ocupa: a que diz respeito ao depoimento judicial de crianças, como forma atualizada de práticas ocidentais cristãs, conforme os estudos genealógicos de Michel Foucault.

Antes, porém, façamos breve menção ao lugar que as práticas ocidentais cristãs ocupam nos estudos de Michel Foucault. Para isto, vamos nos valer do importante livro **Foucault e o cristianismo** (Candiotto, Souza orgs, 2012).

*O cristianismo é, ao mesmo tempo, um objeto muito presente nos trabalhos de Michel Foucault – talvez o objeto mais presente – e, embora permaneça amplamente disseminado, ressaltado em vários lugares da obra, raramente estudado (Chevalier: 45).*

O privilégio das práticas cristãs nos estudos de Foucault se explica pelo fato de ser o homem europeu “fundamentalmente um produto do Cristianismo” (LEME, 2012, p. 29-30). No entanto, é importante lembrar, de acordo com as considerações de Paul Veyne, apontadas pelo próprio Foucault (2009, p. 196), que a palavra “Cristianismo” não recobre uma realidade única.

Para Chevalier (2012, p. 51), a questão nova colocada por Foucault, em 1980, é: “qual a relação com a verdade que nasce com o Cristianismo

para que, alguns séculos mais tarde, todos tenham sido obrigados a dizer *sua verdade?*” Ou seja, Foucault teria reorientado seus estudos, apresentando “o projeto de uma história da ‘governamentalidade’, desde os primeiros séculos da era cristã” (SENELLART, 2009, p. 496).

*[...] essa ideia de um poder pastoral, completamente alheio, em todo caso consideravelmente alheio ao pensamento grego e romano, foi introduzido no mundo ocidental por intermédio da Igreja cristã. Foi a Igreja cristã que coagulou todos esses temas de poder pastoral em mecanismos precisos e em instituições definidas, foi ela que realmente organizou um poder pastoral ao mesmo tempo específico e autônomo, foi ela que implantou seus dispositivos no interior do Império Romano e que organizou, no coração do Império Romano, um tipo de poder que, creio eu, nenhuma outra civilização havia conhecido. (Foucault, 2009: 173-174)*

Assim, dos primeiros séculos da nossa era até o século XVIII, esse pastorado cristão constituiu-se em dispositivo de poder que não cessou de desenvolver-se – não significando, no entanto, que tenha permanecido o mesmo ao longo do tempo ou que o Cristianismo tenha sido o único a exercer o pastorado.

*[...] creio que podemos dizer o seguinte: a verdadeira história do pastorado, como foco de um tipo específico de poder sobre os homens, a história do pastorado como modelo, como matriz de procedimentos de governo dos homens, essa história do pastorado no mundo ocidental só começa com o cristianismo. E sem dúvida a palavra “cristianismo” – refiro-me aqui ao que costuma dizer Paul Veyne – o termo “cristianismo” não é exato, na verdade ele abrange toda uma série de realidades diferentes. Sem dúvida seria necessário dizer, se não com maior precisão, pelo menos com um pouco mais de exatidão, que o pastorado começa com certo processo que, este sim, é absolutamente único na história e de que sem dúvida não encontramos nenhum exemplo em nenhuma civili-*

*zação: processo pelo qual uma religião, uma comunidade religiosa se constituiu como Igreja, isto é, como uma instituição que aspira ao governo dos homens em sua vida cotidiana a pretexto de leva-los à vida eterna no outro mundo, e isso na escala não apenas de um grupo definido, não apenas de uma cidade ou de um Estado, mas de toda a humanidade (Foucault, 2009: 196).*

Mas em que, exatamente, consiste a especificidade deste pastorado? Segundo Chevalier (2012, p. 50), Michel Foucault teria feito uma afirmação surpreendente: que o Cristianismo é a religião da “salvação na imperfeição”.<sup>1</sup>

*Quando um homem é batizado, o Espírito de Deus desce sobre ele, e ele assim recebe: 1) um conhecimento iluminativo e definitivo da verdade; 2) uma purificação pelos seus pecados. Mas, problema: se ele comete um pecado após o seu batismo, existe para ele uma nova possibilidade de ser salvo, ou seja, de se converter uma segunda vez? Com efeito, a primeira conversão é a do batismo, e era inicialmente a única. Para um filósofo grego, como para os primeiros pensadores cristãos, profundamente marcados pelo estoicismo ou pelo neoplatonismo, se tivermos sido iluminados uma vez, estamos definitivamente na verdade; e se cairmos de novo, significa que não fomos verdadeiramente bem iluminados.*

(...)

*Com o cristianismo, como o confirma o texto do Pastor, aparece pouco a pouco a ideia – revolucionária para a época –, que, mesmo se o batizado tiver recebido a verdade inteira e brilhante no batismo, ele pode sempre recair no erro. Logo, se aceitarmos a possibilidade de recaída, faz-se, portanto, necessário aceitar uma segunda chance; o que será definido e instituído a partir do século III sob o termo de “segunda penitência” (CHEVALIER, 2012, p. 52).*

---

1 Em considerações sobre a aula de 27 de fevereiro de 1980 do curso *Do governo dos vivos* (ainda não publicado no Brasil), a propósito do texto *O pastor*, de Herman, da metade do século II.

Para ser novamente aceito na Igreja, o cristão que cometeu um pecado grave deve fazer uma confissão pública ou “ato de fé”, reconhecendo-se pecador e manifestando enfática adesão à verdade do Cristianismo.

Aparece, no entanto, um pouco mais tarde, outro modelo de penitência, mais discreto e, inicialmente, restrito aos monges, que comporta três aspectos: uma relação de obediência permanente e incondicional ao pastor, o exame exaustivo de consciência e a obrigação de dizer a totalidade dos movimentos do pensamento.

*Foucault insiste então no fato de que não há uma tecnologia cristã da verdade, mas que há duas, radicalmente distintas, mesmo que o cristianismo não cesse de atravessá-las e de articular uma sobre a outra: de um lado, uma prática privada, verbal e subjetiva; de outro, uma prática pública, não verbal e objetiva. Mas esses dois modelos, por opostos que sejam, repousam numa mesma problematização, radicalmente nova, das relações entre sujeito e a verdade: apesar da iluminação recebida uma única vez no batismo, o cristão deve constantemente recomeçar sua conversão, repetir o primeiro movimento que o fez virar-se para Deus, pois sua vida, até seu último suspiro, será ameaçada pelo pecado – sem repouso possível. A penitência não é mais um acontecimento particular (antes do batismo), mas a própria condição humana (p. 53).*

(...)

*Toda a pastoral ulterior da confissão dos pecados, da necessidade de fazer regularmente penitência para voltar sem cessar para Deus (e, portanto, de ser ajudado pela mediação de um padre, de um diretor, de um superior, de um conjunto de técnicas e de instituições) nasceu dessa relação nova com a verdade. Tal é o corte cristão, em relação com a filosofia antiga: a verdade não é mais o que incorporo mais um pouco a cada dia pelo uso de minha razão, sempre melhor esclarecida (...); mas ela é o que não cesso de perder a despeito do fato que ela me é dada e dada de novo sem cessar – é o esquema da pastoral cristã. (p. 53).*

Nesta nova pastoral da confissão, o que está em jogo é a decifração do pensamento pelo exame e pelo relato exaustivo dos movimentos do pensamento, assegurando que este não é o resultado de um espírito maligno que nos engana, mas vem de Deus. Esta nova pastoral começa a ser formada nos séculos XII-XIII, ganhando novo fôlego a partir do século XVI, período caracterizado como sendo de uma “cristianização em profundidade”. (FOUCAULT, 2002, p. 223.)

*(...) não é mais um código de atos permitidos ou proibidos; é toda uma técnica para analisar e diagnosticar o pensamento, suas origens, suas qualidades, seus perigos, seus poderes de sedução e todas as forças obscuras que podem esconder-se sob o aspecto que ele apresenta. E se o objetivo é, enfim, expulsar tudo o que é impuro ou indutor de impureza, não se pode estar atento a não ser por meio de uma vigilância que não desarma jamais, uma suspeita que é preciso ter em qualquer lugar e a cada instante contra si mesmo (CANDIOTTO: 2012:106).*

Surge toda uma literatura destinada aos penitentes, que são os manuais de confissão, mas, principalmente, os grandes tratados destinados aos confessores, pois estes devem possuir conhecimentos e virtudes para desempenharem suas funções de confessor e não sucumbirem às tentações a que estarão expostos ouvindo os pecados dos penitentes.

A título de exemplificação, eis o que poderia ser uma confissão exaustiva:

*Num manual de confissão da primeira metade do século XVII (...) encontramos o detalhe do que podia ser, do que devia ser uma boa confissão quanto ao sexto mandamento (ou seja, quanto ao pecado da luxúria) (...). Eis alguns exemplos do que devia ser dito ou das perguntas que deviam ser feitas pelo confessor (...). A propósito do pecado (...) da poluição voluntária sem conjunção dos corpos, o penitente tinha que*

*dizer (...) em que precisamente pensara enquanto praticava essa poluição. Porque, conforme tivesse pensado nisso ou naquilo a espécie de pecado devia mudar. Pensar num incesto era evidentemente um pecado mais grave do que pensar numa fornicação pura e simples (...). Era preciso perguntar (...) se ele tinha se valido de um instrumento, ou se ele tinha se valido da mão de outrem, ou ainda se ele havia se valido de uma parte do corpo de alguém. Ele tinha de dizer qual era essa parte do corpo (...). Tinha de dizer se havia se valido da parte do corpo unicamente por um motivo utilitário, ou se havia sido levado a ela por um (...) desejo particular. Quando se abordava o pecado de sodomia, era necessário também fazer certo número de perguntas (...). Se se tratava de dois homens que chegavam ao gozo (...). No caso de duas mulheres (...). Quanto à sodomia entre homem e mulher, se ela se deve a um desejo pelo sexo feminino (...) (mas se) se deve a um gosto particular pelas partes posteriores (...).* (p. 275-276)

A exigência do exame exaustivo não se fará sem consequências, propiciando o aparecimento da “carne” enquanto correlata de tais procedimentos: “A carne é o que se nomeia, a carne é aquilo de que se fala, a carne é o que se diz” (p. 257).

Antes do concílio de Trento, entre os séculos XII e XVI, a confissão dos pecados contra o sexto mandamento, por exemplo, se dava basicamente no modelo “jurídico” da infração da lei ou dos mandamentos. “Era, no fundo, o inventário das relações permitidas e proibidas” (p. 235). A partir de então, o novo exame “vai ser um percurso metucioso do corpo, uma espécie de anatomia da volúpia. É o corpo com suas diferentes partes, o corpo com suas diferentes sensações” (p. 236).

*Tentei lhes mostrar que esse exame obedecia a duas regras. Por um lado, deve ser na medida do possível extensivo à totalidade da existência: seja o exame que se procede no confessorário, [seja] aquele a que se procede com o diretor de consciência – trata-se em todo caso de fazer a totalidade da existência passar pelo filtro do exame, da análise e do discurso. Por outro lado, esse exame é colhido numa relação de autoridade, numa relação de poder que é ao mesmo tempo*

*muito estrita e exclusiva. Deve-se contar tudo ao diretor, ou contar tudo ao confessor, mas só a ele. O exame que caracteriza essas novas técnicas da direção espiritual obedece, portanto, as regras da exaustividade, por um lado, e da exclusividade, de outro (p. 256).*

(...)

*Em outras palavras, não se entra numa idade em que a carne deve ser enfim reduzida ao silêncio, mas numa idade em que a carne aparece como correlativa de um sistema, de um mecanismo de poder que comporta uma discursividade exaustiva e um silêncio ambiente criado em torno dessa confissão obrigatória e permanente. (p. 257)*

Como nos esclarece Foucault, a confissão exaustiva não se aplicava à totalidade dos cristãos, mas, principalmente, aos que viviam nos conventos e seminários. No entanto, a partir de meados do século XVI, aparece o fenômeno da possessão, que Foucault distinguirá do fenômeno da feitiçaria dos séculos XV e XVI – devendo ambos os fenômenos, no entanto, serem compreendidas como efeitos gerais de uma grande onda de cristianização ocorrida nos países europeus. A feitiçaria será intensamente combatida pela Inquisição.

*É no bojo da instituição cristã mesma, é no bojo mesmo desses mecanismos da direção espiritual e da nova penitência de que eu lhes falava, é aí que aparece esse personagem não mais marginal, mas ao contrário absolutamente central na nova tecnologia do catolicismo. A feitiçaria aparece nos limites exteriores do catolicismo. A possessão aparece no foco interno, onde o catolicismo tenta introduzir seus mecanismos de poder e de controle, onde ele tenta introduzir suas obrigações discursivas: no próprio corpo dos indivíduos. É aí, no momento em que ele tenta fazer funcionar mecanismos de controle e de discursos individualizantes e obrigatórios, que aparece a possessão (p. 260).*

Diferentemente da feiticeira, a pessoa possuída resiste ao demônio, não sendo sua cúmplice e nem com ele fazendo tratos. Como manifestação desta possessão, o seu corpo é tomado por tremores, agitação, sendo a sua marca a convulsão. Segundo Foucault, a convulsão é “essa imensa noção-aranha”, cujos fios se estendem tanto pelo lado da religião e do misticismo, como se estende pelo lado da medicina e da psiquiatria, e que vai ser motivo de uma batalha entre poder eclesiástico e poder médico (p. 269).

Pergunta: o que faz com que a carne, levada até certo ponto, possa se tornar “carne convulsiva”? Segundo Foucault, a “carne convulsiva” é o efeito da resistência dessa cristianização no nível dos corpos individuais. Ou seja, resistência do corpo submetido à obrigação do exame de consciência exaustivo e permanente.

A Igreja, confrontada com os efeitos de suas próprias técnicas de poder, desavisada do que era verdadeiramente “a carne”, tratou de controlá-los. Inicialmente, tentando reinscrevê-los no campo mais conhecido da feitiçaria. No entanto, isto não lhe caía bem, sendo principalmente as religiosas as possuídas.

*Em outras palavras, como é possível governar as almas de acordo com a fórmula tridentina, sem se chocar, num momento dado, com a convulsão dos corpos? Governar a carne sem cair na cilada das convulsões (...) penetrar a carne, fazê-la passar pelo filtro do discurso exaustivo e do exame permanente; submetê-la, por conseguinte em detalhe, a um poder exclusivo; logo, manter sempre a exata direção da carne, possui-la no nível da direção, mas evitando a qualquer preço essa subtração, essa esquiva, essa fuga, esse contrapoder, que é a possessão. Possuir a direção da carne, sem que o corpo oponha a essa direção esse fenômeno de resistência que a possessão constitui. (p. 275)*

Foi para resolver tal impasse que a Igreja criou alguns mecanismos, que Foucault chamará de “anticonvulsivos” (275), dentre os quais: um moderador interno, significando, por exemplo, diminuir a visibilidade entre o confessor e o penitente no móvel do confessionário, utilizando-se telas ou grades, ou seguir regras tais como o confessor não olhar para o

penitente. Também não insistir nos detalhes, a não ser na primeira confissão, seguindo o preceito do “laxismo”, de que “é melhor para o confessor absolver um pecado que ele acredite ser venial, quando é mortal, do que induzir pela confissão mesma desse pecado novas tentações no espírito, no corpo, na carne do seu penitente” (p. 277).

*Assim é que o concílio de Roma, em 1725, deu conselhos explícitos de prudência aos confessores para seus penitentes, principalmente quando estes são gente jovem e, mais ainda, crianças. De tal sorte que chegamos a esta situação paradoxal na qual duas regras vão agir no interior dessa estrutura de confissão (...): uma é a da discursividade exaustiva e exclusiva, a outra, a que agora é a nova regra da enunciação contida. É preciso dizer tudo e é preciso dizer o menos possível; ou ainda, dizer o menos possível é o princípio tático numa estratégia geral que manda tudo dizer. (p. 277-278)*

Como consequência da regra de “tudo dizer” - que sustenta o princípio da confissão exaustiva - não apenas em relação aos atos consumados, mas também em relação aos toques, olhares e palavras sensuais, passou-se à regra de “maior reserva”, principalmente em se tratando de crianças e jovens.

*Com crianças, é bem melhor faltar com a integridade material da confissão do que ser a causa de aprenderem o mal que não conhecem ou inspirar-lhes o desejo de conhecê-lo. (FOUCAULT, 2002, p. 279.)*

Um segundo “anticonvulsivo” utilizado é a transferência do penitente ao poder médico, transformando a convulsão em fenômeno desvinculado e estranho à direção de consciência. Ou seja, o que a modalidade da penitência cristã organizou como carne, a medicina tomará como doença dos nervos.

*Quando as convulsões não se encontrarem mais apenas nos conventos das ursulinas, mas, por exemplo, entre os convulsionários de Saint-Médard (isto é, numa camada da popula-*

*ção relativamente baixa da sociedade), ou entre os protestantes de Cévennes, então a codificação médica passará a ser um imperativo absoluto. De sorte que, entre Loudun (1632), os convulsionários de Saint- Médard ou de Cévennes (início do século XVIII), entre essas duas séries de fenômenos, começa, se arma toda uma história: a história da convulsão como instrumento e objeto de uma lição da religião consigo mesma, e da religião com a medicina. (p. 281).*

Restaria ainda, segundo Foucault, um terceiro “anticonvulsivo”, que é o apoio que o poder eclesiástico buscará nos sistemas disciplinares. O policiamento e a vigilância dos corpos, principalmente da criança e do adolescente, toma, então, a primazia face à direção da consciência.

*Os aparelhos disciplinares (colégios, seminários, etc.), policiando os corpos, substituindo-os num espaço meticulosamente analítico, vão permitir que se substitua essa espécie de teologia complexa e um tanto irreal da carne pela observação precisa da sexualidade em seu desenrolar pontual e real. (...)*

*Assim, no âmago, no núcleo, no centro de todos esses distúrbios carnis ligados às novas direções espirituais, o que vamos encontrar vai ser o corpo, o corpo vigiado do adolescente, o corpo do masturbador. (p. 287).*

É, principalmente, na aula de 5 de março de 1975, que Foucault (2002) fará uma análise minuciosa desta questão. Não entraremos em detalhes sobre este tema, que foge aos objetivos mais imediatos deste texto, cabendo, no entanto, assinalar um ou dois pontos. A intensa cruzada contra a masturbação das crianças, que tem início a partir de meados do século XVIII, resultou, primeiramente, num discurso médico “ficcional”, ou, como prefere Foucault, numa “fabulação científica”, uma vez que a masturbação passa a constar como causa possível de todas as doenças: meningite, doenças ósseas, doenças dos olhos, doenças cardíacas, tuberculose, alienação ou loucura.

*(...) Em suma, a infância é acusada de responsabilidade patológica, o que o século XIX não esquecerá.*

*E assim, por esta espécie de etiologia geral, de potência causal concedida à masturbação, a criança fica responsável por toda a sua vida, por suas doenças e por sua morte. É responsável, mas será culpada? (p. 307)*

De fato, não era razoável culpar as crianças pelos seus atos, uma vez que os médicos haviam observado a masturbação em crianças muito pequenas. Isto não significou, no entanto, encarar a masturbação como fenômeno corriqueiro ou natural. Ao contrário, a culpa passa a ser atribuída aos pais, que não vigiam e nem corrigem os seus filhos, deixando-os a cargo de uma “criadagem desqualificada”. Exigia-se que o espaço da família se transformasse em espaço de vigilância contínua das crianças. Esta família centrada em si mesma, que exerce contínua vigilância sobre seus filhos, tem o médico como seu melhor aliado. É a ele, médico, que se deve fazer a confissão da sexualidade.

*Os pais devem, portanto, vigiar, espiar, chegar pé ante pé, levantar cobertas, dormir ao lado [do filho]; mas, descoberto o mal, têm de fazer o médico intervir imediatamente para curá-lo. Ora, essa cura só será verdadeira e efetiva se o doente aceitá-la e participar. O doente tem de reconhecer seu mal; tem de compreender as consequências dele; tem de aceitar o tratamento. Em suma, tem de confessar. Ora, está muito bem dito, em todos os textos dessa cruzada, que a criança não pode e não deve fazer essa revelação aos pais. Só pode fazê-la ao médico. “De todas as provas – diz Deslandes, a que é a mais importante adquirir é uma confissão”. Porque a confissão elimina “toda espécie de dúvida”. Ela torna “mais franca” e “mais eficaz a ação do médico”. (p. 317-318).*

O médico passará a prescrever uma série de medidas, incluindo, se necessário, a mutilação genital das meninas, o que Foucault caracterizou como sendo “uma grande perseguição física da infância” no século XIX nas Europa, resultando no surgimento dos “distúrbios internos do corpo familiar, centrado no corpo da criança” (p. 322).

*Foi Antoine Dubois, parece que no início do século XIX, que retirou o clitóris de uma doente que tinham tentado curar em vão, amarrando-lhe as mãos e as pernas (p. 320).*

*(...)*

*Por certo, discute-se no século XIX a legitimidade dessas castrações ou quase castrações, mas Deslandes, o grande teórico da masturbação, em 1835, diz (...) que inconveniente haveria nisto? “O maior inconveniente” seria colocar a mulher assim amputada “na categoria, já tão numerosa”, das mulheres que são “insensíveis” aos prazeres do amor, “o que não as impede de virem a ser boas mães e esposas-modelos [rectius:dedicadas]”. Ainda em 1883, um cirurgião como Garnier praticava a ablação do clitóris das meninas que se entregavam à masturbação. (p. 320-321)*

*Em todo caso - através de tudo isto que não há como não chamar de uma grande perseguição física da infância e da masturbação no século XIX, perseguição que, sem ter as mesmas consequências, tem quase a mesma amplitude das perseguições às bruxas nos séculos XVI-XVII -, constituiu-se uma espécie de interferência e de continuidade medicina-doente. (p. 321)<sup>2</sup>.*

Por certo Foucault não desconhece que a demanda para que a família se ocupasse da criança também estava ligada a uma preocupação pela vida da criança: “Os pais têm de cuidar dos filhos, os pais têm de tomar conta dos filhos, nos dois sentidos: impedir que morram e, claro, vigiá-los e, ao mesmo tempo, educá-los” (p. 323).

Em suma, os perigos que levaram a Igreja Católica a introduzir mudanças nas regras do exame exaustivo foram, além do problema da convulsão, o risco de se ensinar ao penitente o pecado da carne que ele não deveria cometer e o risco de macular a pureza do confessor. Ou seja, passou-se a temer os efeitos indutores de tal exame.

E qual a relevância desta discussão histórica, tendo-se em vista os direitos atuais de crianças e adolescentes?<sup>3</sup>

Em 2003, teve início, na Justiça da Infância e Juventude de Porto Alegre, um projeto intitulado *Depoimento sem Dano*. De lá, para cá, tal

---

<sup>2</sup> Foucault nos dirá que a sexualidade, assim investida, é que se constituirá no grande domínio médico das anormalidades.

<sup>3</sup> Parte desta discussão encontra-se em Arantes, E. M. M. (2012).

iniciativa ganhou a adesão do Conselho Nacional de Justiça, existindo diversas experiências de “depoimento sem dano” ou “inquirição especial” em andamento no Brasil, totalizando 41 salas até meados de 2011.

Tal projeto foi implantado na 2ª Vara da Capital gaúcha e prevê a possibilidade de produção antecipada de prova no processo penal, antes do ajuizamento da ação, para evitar que a criança seja revitimizada com sucessivas inquirições nos âmbitos administrativo, policial e judicial. A sistemática permite a realização de audiência, simultaneamente, em duas salas interligadas por equipamentos de som e imagem. Na sala de audiência ficam o juiz, o promotor e as partes. O magistrado faz as inquirições por intermédio do profissional que se encontra com a criança em outra sala. Simultaneamente, é efetivada a gravação de som e imagem em CD, que é anexado aos autos do processo judicial.<sup>4</sup>

Afirma-se, por um lado, que esse procedimento não é, senão, o cumprimento do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, e que tal dispositivo tem possibilitado uma condenação acima de 70% dos suspeitos de abuso sexual de crianças e adolescentes. No entanto, por outro lado, alegando justamente a pouca idade e a imaturidade da criança, busca-se designar psicólogo ou assistente social para tomar o seu depoimento, a despeito do que pensam os Conselhos Profissionais destas áreas e a despeito da compreensão que a criança possa ter de seu envolvimento em tal situação e do impacto que isto terá em sua vida. Necessário, então, ver o que estabelecem a Convenção e os documentos internacionais sobre o tema.

O direito da criança de ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração constitui um dos quatro princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990 (Decreto nº 99.710), sendo os demais: o princípio da não discriminação, o direito à vida e ao desenvolvimento, e o princípio do melhor interesse da criança. Assim, os direitos internacionais da criança não mais se limitam, como na Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959, aos direitos que derivam de sua vulnerabilidade e dependência do adulto. Nesse sentido, um dos dispositivos mais celebrados da Convenção tem sido o artigo 12, que assegura à criança o direito de exprimir suas opiniões livremente, levando-se devidamente em conta essas opiniões em função de sua idade e maturidade.

---

4 Informações sobre depoimento sem dano ou especial podem ser encontradas em: <http://jjj.tj.rs.gov.br>.

No entanto, como qualquer outro princípio, esse não pode ser visto de forma isolada, mas guardando dependência e inter-relação com os outros princípios da Convenção. Deve-se lembrar, igualmente, que expressar seus pontos de vista é um direito e não uma obrigação da criança.

Em função, justamente, de dificuldades na compreensão desse direito, o Comitê da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança promoveu, em 2006, um dia de discussão para explorar os significados do artigo 12 e suas relações com os outros dispositivos da Convenção.<sup>5</sup>

A questão é tão sensível que o próprio Comitê lembra que a “escuta” é um processo difícil que pode ter um impacto traumático na criança. Ressalta que, em procedimentos administrativos ou judiciais, a escuta requer, antes de mais nada, que a criança seja informada sobre as condições nas quais será ouvida e as consequências que poderão advir dessa escuta. O direito a essa informação é essencial, como pré-condição para uma decisão esclarecida. Adverte que todos os processos nos quais a criança participa e é ouvida devem ser: *transparentes* e *informativos*, devendo a criança ser informada dos procedimentos, propósitos e possíveis consequências de sua participação; *voluntários*, nunca devendo a criança ser coagida ou obrigada a participar, tendo o direito de parar a qualquer momento; *respeitosos*, oferecendo à criança a oportunidade de participar; *relevantes*, dando à criança a oportunidade de dizer o que é relevante para ela; *amigáveis*, ou seja, adaptados à criança; *inclusivos*, evitando discriminação; e, *seguros* e *sensíveis* a riscos, dentre outros.

Na Resolução nº 2005/20 (*Guidelines on Justice in Matters Involving Child Victims and Witnesses of Crime*), afirma-se que a participação da criança vítima ou testemunha de crimes pode ser necessária para a condenação de infratores, reconhecendo, no entanto, as dificuldades envolvidas em tal participação. Assim, a criança deve ser tratada de forma cuidadosa e sensível durante todo o processo judicial, levando-se em consideração sua idade, desejos, compreensão, gênero, orientação sexual, etnia, cultura, religião, formação linguística, condição socioeconômica, *status* de refugiado ou imigrante, bem como as necessidades especiais de saúde e assistência, dentre outras. As crianças e seus responsáveis devem ser protegidos quanto à sua privacidade, além de ser prontamente informados da existência de serviços de saúde e outros serviços de assistência e suporte relevantes.

<sup>5</sup> Convention on the Rights of the Child. Committee on the Rights of the Child. Fifty-first session. Geneva, 25 may-12 June 2009. (CRC/C/GC/12, 20 July 2009).

O documento *Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime. Model Law and Related Commentary* – UNODC e UNICEF, 2009, lembra que o princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer sobre quaisquer outras considerações, e que a criança vítima e/ou testemunha tem o direito de ser tratada com dignidade e compaixão; ser protegida contra discriminações; ser informada; ser ouvida e expressar seus pontos de vista e suas preocupações; receber assistência efetiva; além de ter direito à privacidade; ser protegida de danos durante o processo judicial; ter direito à segurança, à reparação, dentre outros.

Daniel O’Donnel (2009) analisa o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança face às leis internacionais de Direitos Humanos, apresentando, também, um levantamento sobre os esforços de alguns países para sua implementação. Segundo o autor, a disposição não postula a necessidade de a criança participar de procedimentos administrativos e jurídicos, mas apenas confere a ela o direito de expressar seus pontos de vista e serem eles levados em consideração, de acordo com sua idade e maturidade.

No levantamento empírico sobre os procedimentos adotados em diferentes países, O’Donnel encontrou grande variedade, classificando-os, no entanto, em três grandes grupos: no primeiro, crianças abaixo de determinada idade não são ouvidas em procedimentos judiciais; o segundo grupo não estipula, via legislação, uma idade mínima para que a criança seja ouvida, existindo, em geral, uma idade mínima baseada em jurisprudência ou regulamentação. Um terceiro grupo estipula que crianças acima de uma determinada idade devem ser ouvidas.

De acordo com estudo de Gerison Lansdow (2005), o princípio do desenvolvimento da capacidade da criança tem grande implicação para a compreensão dos direitos da criança. Tal princípio estabelece que a proteção dos pais ou responsáveis deva diminuir na medida em que aumenta a capacidade da criança exercer seus direitos por ela mesma e em seu benefício. Assim, o conceito de desenvolvimento da capacidade é central para se equacionar a tensão entre proteção e autonomia introduzida pela Convenção no Direito da Criança. Ao mesmo tempo em que é necessário respeitar o direito de participação da criança, é igualmente necessário não colocá-la prematuramente em situações de responsabilidade que possam lhe causar danos.

Nesse sentido, segundo o autor, no que o risco associado à decisão for relativamente pequeno, pode-se conceder à criança o direito de decidir sem que ela demonstre nível significativo de capacidade. No entanto,

quando o risco for considerado alto, é necessário assegurar maior grau de competência e maturidade, o que implica as habilidades de compreender e comunicar informações relevantes; pensar e escolher com certo grau de liberdade; entender potenciais benefícios, riscos e danos; e possuir um conjunto de valores básicos que possibilite tomar decisões.

A questão, no entanto, continua sendo como verificar esses níveis de maturidade e competência da criança para participar de decisões administrativas e jurídicas, uma vez que não há resposta fácil para essa questão. Ademais, deve a criança ser constantemente submetida a exames de especialistas para o exercício de seus direitos?

Lansdown (2005, p. 16) afirma que esta é, talvez, “a questão mais difícil e controversa”, em se tratando dos direitos de crianças e adolescentes, postulando a necessidade de se buscar uma articulação entre as noções de desenvolvimento, participação/autonomia e proteção.

De qualquer modo, seja convocando, convidando ou apenas permitindo que crianças testemunhem, o que é relevante, segundo O’Donnel (2009), é que a modalidade de sua participação deve ser consistente com a totalidade dos direitos e princípios reconhecidos pela Convenção, bem como por outros documentos internacionais pertinentes. Nesse sentido, em relação à participação de crianças como testemunhas de crimes, o autor considera que a questão mais relevante do ponto de vista das autoridades e da sociedade é se a criança pode oferecer evidências e, neste caso, que peso atribuir a elas e quais salvaguardas devem ser acionadas para amparar o impacto da experiência da tomada do depoimento judicial de crianças e adolescentes.

Diante de tantas salvaguardas necessárias para se proteger a criança, uma vez reconhecido que a experiência de depor na justiça pode causar novos danos a uma criança já fragilizada e, quiçá, traumatizada, não é o caso de se reconhecer, assim como fez a Igreja Católica, ao perceber o dano que certos procedimentos de confissão poderiam causar às crianças, que é melhor para o juiz e para a sociedade absolver um possível infrator do que causar novos danos à criança?

Não se trata, aqui, segundo Wanderlino Nogueira Neto, de impor ou impedir, via legislação, que qualquer pessoa menor de 18 anos seja inquirida em Juízo. Trata-se, no entanto, de situar o debate nos marcos dos direitos humanos. Nesse sentido, é necessário evitar que crianças sejam usadas como meio de prova único e preponderante em processo penal,

devendo-se lutar pelo aperfeiçoamento da investigação processual policial e judicial. Deve-se também lutar para que a criança não tenha sua condição peculiar de desenvolvimento e sua dignidade desrespeitadas nessas situações extraordinárias de depoimento. E que o depoimento não seja confundido com a escuta profissional nas áreas da Medicina, Psicologia, Antropologia, Serviço Social etc. Quando, excepcionalmente, se precisar ouvir crianças e adolescentes (ou quando eles claramente declararem seu desejo de serem ouvidos), é necessário que estejam previamente orientados e fortalecidos por uma equipe de advogados, assistentes sociais, psicólogos, antropólogos (crianças indígenas, quilombolas, ciganas, povos tradicionais etc).<sup>6</sup> ❖

## REFERÊNCIA

ARANTES, E. M. M. "Pensando o direito da criança de ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração". *In*: AASPTJ-SP; CRESS-SP (Org.). **Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes: a proteção de direitos segundo especialistas**. 2012.

CANDIOTTO, C. e SOUZA, P. (Orgs) (2012). **Foucault e o Cristianismo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora.

CHEVALIER, P. "O cristianismo como confissão em Michel Foucault". *In*: CANDIOTTO, C.; SOUZA, P. (Org.). **Foucault e o Cristianismo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

FOUCAULT, M. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, [2002].

FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LANSDOWN, G. **The evolving capacities of the child**. UNICEF Innocent Research Centre. Florence, Italy, 2005.

LEME, J. L. C. "A desrazão, a confissão e a profundidade do homem europeu". *In*: CANDIOTTO, C.; SOUZA, P. (Org.). **Foucault e o Cristianismo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

O'DONNELL, Daniel. "*The right of the children to be heard: children's right to have their views taken into account and to participate in legal and administrative proceedings*". **Innocenti Working Paper nº 2009-04**, UNICEF Innocenti Research Centre. Florence, Italy, 2009.

---

<sup>6</sup> Comunicação pessoal, s/d.

SENEILLART, M. "Situação dos Cursos". In: FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

UNITED NATION. **Economic and Social Council** (2005). "*Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*". Disponível em: <<http://www.un.org/docs/ecosoc/documents/2005/resolutions/Resolution%202005-20.pdf>>.

# Esgotamento Sanitário Limitado a coleta, Transporte e Despejo *In Natura*. Inexigibilidade de Exação

## Uma análise do REsp 1.339.313/RJ

**Fernando Foch**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Constitucional. Presidente do Fórum Permanente de Direito à Informação e Política de Comunicação Social do Poder Judiciário, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.*

### 1. INTRODUÇÃO

Ao menos no Estado do Rio de Janeiro, avolumaram-se ações judiciais depois que autarquias municipais e concessionárias de serviços de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário passaram a cobrar pela coleta de resíduos esgotados e seu transporte até ponto de lançamento no meio ambiente, mas sem tratamento.

Milhares de consumidores não se conformaram com a cobrança, ao entendimento de que a exação era inexigível, uma vez que o serviço não correspondia à definição de esgotamento sanitário dada pelo art. 3.º, I, “b”, da Lei federal 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que “Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico” e “altera as Leis nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.”

Preceitua a citada norma:

*Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:*

*I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas<sup>1</sup> e instalações operacionais de:*

*a) saneamento básico: (...)*

*b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;*

*c) (...)*

*d) (...)*

*II – (...)*

*III – (...)*

*IV – (...)*

*V - (...)*

*VI – (...)*

*VII – (...)*

*VIII – (...)*

*§ 1º (...)*

*§ 2º (...)*

*§ 3º (...)*

A partir de inúmeras sentença de primeiro grau de jurisdição, a maior parte delas a reconhecer a inexigibilidade da exação, o tema inaugurou acesa discussão no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca da possibilidade ou da impossibilidade de cobrança por esgotamento sanitário, quando não inclusivo de todas as suas etapas, ou seja, da coleta ao despejo do material coletado no meio ambiente, mas já tratado.

<sup>1</sup> Ortografia vigente na data da publicação.

Isso permitiu pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da disciplina do art. 543-C do CPC — recurso repetitivo. Daí resultou acórdão, cuja ementa é a seguinte:

*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA E TRANSPORTE DOS DEJETOS. INEXISTÊNCIA DE REDE DE TRATAMENTO. TARIFA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.*

*1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando a Corte de origem emprega fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia.*

*2. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto regulamentador 7.217/2010, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue.*

*3. Tal cobrança não é afastada pelo fato de serem utilizadas as galerias de águas pluviais para a prestação do serviço, uma vez que a concessionária não só realiza a manutenção e desobstrução das ligações de esgoto que são conectadas no sistema público de esgotamento, como também trata o lodo nele gerado.*

*4. O tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza socioambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público.*

*5. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. [...]*

6. Diante do reconhecimento da legalidade da cobrança, não há que se falar em devolução de valores pagos indevidamente, restando, portanto, prejudicada a questão atinente ao prazo prescricional aplicável às ações de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

7. Recurso especial provido, para reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de esgotamento sanitário. Processo submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

(REsp 1.339.313/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, Julgado em 12/06/2013, DJE 21/10/2013).

## 2. PERSISTÊNCIA DO DISSENSO JURISPRUDENCIAL

Se antes desse acórdão o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estava dividido entre entender devida ou indevida a cobrança pelo serviço de esgotamento sanitário não fornecido em todas as suas fases, depois dele passou a expressar, além desses entendimentos, mais um, a saber, o de ser cabível a remuneração desde que proporcional ao fornecimento do serviço. Nesta última hipótese, os julgados, baseados em que os casos concretos mais numerosos são aqueles em que duas das quatro etapas são cumpridas — coleta e transporte, — e duas não — tratamento e posterior deposição, — partem do pressuposto de ser razoável que as autarquias e as pessoas jurídicas de direito privado que disso se ocupam cobrem 50% do que é exigido pelo fornecimento de água.

Acatando o paradigma, vem-se posicionando as Primeira, Segunda, Quarta, Sexta, Sétima, Oitava, Nona, Décima, Décima Terceira, Décima Quinta, Décima Sétima, Décima Nona, Vigésima, Vigésima Terceira, Vigésima Quarta, Vigésima Quinta e Vigésima Sexta Câmaras Cíveis. Seguem alguns arestos:

0009035-75.2011.8.19.0007 - APELAÇÃO  
DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 25/02/2014 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO INDENIZATÓRIA E REPETI-

*ÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE ESGOTO. APLICAÇÃO DO CDC. DESNECESSIDADE DE TRATAMENTO DOS RESÍDUOS PARA JUSTIFICAR A COBRANÇA DA TARIFA. A PRESTAÇÃO DE CADA ETAPA DO SERVIÇO PÚBLICO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO LEGÍTIMA A CONTRAPRESTAÇÃO PELO USUÁRIO. JURISPRUDÊNCIA ATUAL E ASSENTADA DO STJ. O mais moderno entendimento do STJ sustenta a possibilidade de cobrança de tarifa de esgoto não apenas quando todas as etapas previstas no art. 3º, I, “b”, da Lei n.º 11.445/2007 estejam sendo cumpridas pela concessionária ou autarquia prestadora do serviço público. O benefício individualmente considerado para o usuário do serviço de esgotamento sanitário está na coleta e escoamento dos dejetos. O tratamento final de efluentes é uma etapa complementar, de destacada natureza socioambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público. Assim, não pode o usuário do serviço, sob a alegação de que não há tratamento, evadir-se do pagamento da tarifa, sob pena de permitir-se o colapso de todo o sistema. A ausência de tratamento pode, se muito, ensejar punições e multas de natureza ambiental, se não forem cumpridos as exigências da concessão e observados os termos de expansão pactuados com o Poder Público. Constata-se que a residência da parte autora é atendida pelo sistema de captação de dejetos da ré, mesmo que de forma precária. Nestes termos, nega-se seguimento ao recurso, consoante o artigo 557, **caput**, do CPC.*

0258876-10.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. JESSE TORRES - Julgamento: 07/11/2013 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

*APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Preliminar de ilegitimidade passiva que se rejeita. É decenal o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito (CC, art. 205 e verbete 412, da Súmula do STJ). Esgoto sanitário. Ausência de tratamento. Concessionária que presta o serviço de coleta do esgoto sanitário. Contraprestação cobrada de serviço **uti singuli**, que ostenta natureza jurídica de tarifa. Legitimidade da cobrança ainda quando o serviço é prestado*

ao contribuinte parcialmente (Lei nº 11.445/2007 e Decreto nº 7.217/10). Orientação traçada no julgamento do REsp nº 1.339.313/RJ, processado na forma do art. 543-C do CPC. Obrigação de natureza pessoal e não **propter rem**. A só recusa em transferir a titularidade do serviço de abastecimento de água para o nome do autor e a cobrança de débito de terceiro, por si só, não geram dano moral indenizável, visto que se inserem no campo do mero aborrecimento (verbete nº 75, do TJRJ). Dano moral não caracterizado. Primeiro recurso a que se dá parcial provimento, negado seguimento ao segundo.

010141-43.2010.8.19.0028 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

DES. ANTONIO ILOIZIO B. BASTOS - Julgamento: 26/02/2014 - QUARTA CÂMARA CÍVEL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESGOTAMENTO SANITÁRIO. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DOS DEJETOS. COBRANÇA DA TAXA DE ESGOTO. POSSIBILIDADE. 1. Trata-se de ação civil pública tendo como causa de pedir a falta de tratamento dos dejetos no processo de esgotamento sanitário, em virtude do que foram formulados os pedidos, acolhidos, de abstenção de cobrança da taxa respectiva e devolução do indébito; 2. Iniludivelmente, é intuitivo que a coleta e transporte dos dejetos são serviços que devem ser remunerados, não se podendo olvidar, ademais, da decisão em termos coletivos, lançada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.339.313/RJ), confirmando a tese de que, à luz do art. 3º da Lei 11.445/07 e do art. 9º do Decreto 7.217/10, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue; 3. Dado provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos do autor.

0414204-30.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 25/02/2014 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA INDENIZATÓRIA. CEDAE. ESGOTAMENTO SANITÁRIO. COLETA E TRANSPORTE. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COBRANÇA LEGÍTIMA. LEI Nº 11.445/07. DECRETO Nº 7.217/2010. RECURSO REPETITIVO RESP. Nº 1.339313/RJ. CANCELAMENTO DA SÚMULA Nº 255 DO TJRJ. REFORMA DA SENTENÇA. A controvérsia reside acerca da legalidade ou não da cobrança de taxa correspondente ao serviço de coleta e tratamento de esgoto. Natureza da remuneração cobrada pelo fornecimento de água e esgoto é de tarifa ou preço público, não possuindo natureza fiscal, a qual por sua natureza está sempre adstrita ao serviço prestado. A cobrança da tarifa de esgoto está disciplinada no art. 45, **caput**, da Lei nº 11.445/07, que obriga as edificações permanentes urbanas a se conectarem às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento disponíveis, ficando sujeitas ao pagamento de tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desse serviço. A mencionada Lei 11.445/07, ao dispor sobre as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, ampliou tal serviço, incluindo a realização de infraestrutura e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários. Ou seja, trata-se de serviço público complexo, que abrange não somente o tratamento dos esgotos sanitários, conforme a redação também do art. 9º do Decreto nº 7.217/2010. Cancelamento a Súmula nº 255 do TJRJ, pelo E. Órgão Especial, nos autos do Processo Administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000, julgado em 16/01/2012, que entendia pela impossibilidade da cobrança. Licitude da cobrança de tarifas, nos moldes do art. 29, I, da Lei nº 11.445/2007 que disciplina as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Jurisprudência já pacificada da Corte Superior, através do julgamento do Resp. nº 1.339.313/RJ, submetido ao regimento dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC. Reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos. Provimento ao recurso.*

0009539-30.2013.8.19.0066 - APELAÇÃO

DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 19/03/2014 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DO § 1º DO ARTIGO 557, DO CPC APELAÇÃO - CEDAE - ESGOTAMENTO SANITÁRIO - PRESTAÇÃO PARCIAL DO SERVIÇO - AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DO ESGOTO - LEGALIDADE DA COBRANÇA. I- A nova orientação adotada pelos tribunais superiores é no sentido de que a ausência de recolhimento impediria a ampliação e manutenção da rede, trazendo graves prejuízos para o poder público e para a população em geral. II- Entendimento consolidado no artigo 9º do decreto nº 7.217/2010, que regulamenta a Lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. III- Obrigação de pagamento da tarifa onde, em um juízo de valor, com observância da ponderação, não se pode prestigiar integralmente aquele que, ao lançar os dejetos em rede pública, mesmo que não tratada, contribui primariamente com a poluição ambiental. IV- Dever de pagamento cuja origem está na ideia maior da lesão ao meio ambiente, e, em menor monta, na contraprestação integral do serviço público. V - Descabimento da reparação moral, porquanto não houve falha na prestação do serviço. VI- Decisão que se confirma. VII- Recurso conhecido, a que se nega provimento.

0021244-42.2012.8.19.0007 - APELAÇÃO

DES. NORMA SUELY - Julgamento: 17/12/2013 - OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO. COBRANÇA DE TARIFA PELO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JULGAMENTO ANTECIPADO NA FORMA DO ART. 285-A, DO C.P.C. RECURSO DO AUTOR PRETENDENDO A NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO. JULGAMENTO DE CASOS IDÊNTICOS. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ENTENDIMENTO RECENTE DO STJ QUANTO À LEGALIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO, MESMO QUANDO A PRESTAÇÃO DESSE SERVIÇO É PARCIAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

0008084-81.2011.8.19.0007 - APELAÇÃO

DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 24/02/2014  
- NONA CÂMARA CÍVEL

ESGOTO. COBRANÇA. LEGALIDADE. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA PARCIAL. TARIFA DEVIDA. A Lei nº 11.445/2007 (art. 3º, I, “b”), regulamentada pelo Decreto nº 7.217/2010 (art. 9º) dispõe que os serviços prestados a título de esgoto sanitário abrangem, além do tratamento dos efluentes, a coleta, o transporte e a disposição final dos dejetos. Considerando que o apelado realiza parte de tais serviços, a contraprestação encontra-se albergada na norma legal, entendimento este firmado na Corte Superior através do julgamento do REsp 1.339.313/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC e da Resolução/STJ 8/2008, no qual se assentou as seguintes premissas: 1. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto regulamentador 7.217/2010, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue. 2. Tal cobrança não é afastada pelo fato de serem utilizadas as galerias de águas pluviais para a prestação do serviço, uma vez que a concessionária não só realiza a manutenção e desobstrução das ligações de esgoto que são conectadas no sistema público de esgotamento, como também trata o lodo nele gerado. 3. O tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza socioambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público. 4. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Negado seguimento ao recurso, **ut** art. 557, **caput** do CPC.

0025610-44.2012.8.19.0066 - APELAÇÃO

DES. PEDRO SARAIVA ANDRADE LEMOS - Julgamento: 22/01/2014 - DECIMA CÂMARA CÍVEL

*Apelação Cível. Ação Declaratória c/c Indenizatória. Direito do Consumidor. Tarifa de esgoto. Prestação parcial do serviço. Legalidade da cobrança da tarifa de esgoto. Matéria pacificada sob o rito dos recursos repetitivos. Teor da Lei nº 11.445/2007 e do Decreto nº 7.217/10. Legitimidade da cobrança da tarifa de esgoto pela coleta e transporte deste, ainda que não seja realizado o tratamento pela concessionária de serviço público. O serviço público de esgotamento sanitário, ainda que prestado de forma parcial, não autoriza a ausência de recolhimento da respectiva contraprestação, ante o risco de grave prejuízo ao poder público e à população, uma vez que inviabilizaria a ampliação e manutenção da rede. Precedentes jurisprudenciais do STJ e desta Corte. Sentença mantida. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, na forma do art. 557, **caput**, do CPC.*

0012611-08.2013.8.19.0007 - APELAÇÃO

DES. SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 04/02/2014 - DECIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

*Ação de Cobrança. Tarifa de esgoto. Unidade residencial. Alegação de ilegalidade da cobrança de tarifa de esgoto. Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Barra Mansa (SAAE/BM) no polo passivo. Autora que alega ilegalidade da cobrança de tarifa de esgoto, já que o serviço não é prestado pela empresa. Sentença de improcedência. Súmula 255 do TJRJ já cancelada. Orientação do STJ em sentido diametralmente oposto, firmada tanto na Primeira quanto na Segunda Turma. Se houver prestação de uma das etapas do esgotamento sanitário, ainda que não seja realizado o tratamento final, a tarifa é devida, sob pena de graves e desnecessários prejuízos para o Poder Público e para a população em geral. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço*

*público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Precedentes: REsp 1.330.195/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04.02.2013; REsp 1.313.680/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29.06.2012; e REsp 431121/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 07/10/2002 (REsp 1.339.313 / RJ -Relator(a) Ministro: Benedito Gonçalves - Órgão Julgador - Primeira Seção - Data do Julgamento: 12/06/2013 - Data da Publicação/Fonte: DJe 21/10/2013). Apreciação com cunho de repercussão geral. Com espeque no art. 557 do CPC, NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, mantendo integralmente a r. sentença afrontada.*

0119020-60.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. MARIA REGINA NOVA ALVES - Julgamento: 27/02/2014  
- DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. CEDAE. COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO DO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. ORIENTAÇÃO PACIFICADA, APÓS O JULGAMENTO DO RESP Nº 1.339.313/RJ, PELO C. STJ, NO SENTIDO DE QUE É LEGAL A COBRANÇA DA TARIFA PELO SERVIÇO DE ESGOTO, AINDA QUE SOMENTE UMA DAS ETAPAS SEJA PRESTADA. POSICIONAMENTO ATUAL DESTES TJRJ. REALIZAÇÃO DE ACORDO ENTRE O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E A CONCESSIONÁRIA RÉ, TENDO COMO OBJETO A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE CAPTAÇÃO, TRATAMENTO, ADUÇÃO, DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL, COLETA, TRANSPORTE E TRATAMENTO DE ESGOTOS NO BAIRRO DE CAMPO GRANDE. CANCELAMENTO DA SÚMULA Nº 225 DESTES TJRJ. RECURSO CONHECIDO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 557, **CAPUT**, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

0016482-68.2012.8.19.0205 - APELAÇÃO

DES. MARCIA ALVARENGA - Julgamento: 19/03/2014 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO INOMINADO. CONSUMIDOR. CEDAE. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO PARCIAL DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DOS DEJETOS. TAXA DE COBRANÇA. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO E. STJ. *Relativo à cobrança tarifa de esgoto quando há rede de esgotamento sanitário que atende à residência do consumidor, como no caso concreto, mas sem a integralidade de todas as etapas que compõem o serviço (coleta, transporte, escoamento e tratamento sanitário dos dejetos antes do deságue), atualmente o entendimento jurisprudencial é diferente daquele estampado na sentença. O STJ, no julgamento por meio de recurso repetitivo no Resp 1.339.313/RJ, firmou entendimento no sentido da licitude da cobrança de tarifa de esgoto ainda que não haja tratamento sanitário dos dejetos.* AGRAVO INOMINADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

0352054-76.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA - Julgamento: 18/03/2014 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. CEDAE. TARIFA DE ESGOTO. O STJ, POR MEIO DO RESP N.º 1.339.313/RJ (RECURSO REPETITIVO), PACIFICOU ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE É LEGÍTIMA A COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO MESMO NA HIPÓTESE EM QUE A CONCESSIONÁRIA RESPONSÁVEL PELO SERVIÇO REALIZE APENAS A COLETA, O TRANSPORTE E O ESCOAMENTO DOS DEJETOS, AINDA QUE NÃO PROMOVA O RESPECTIVO TRATAMENTO SANITÁRIO ANTES DO DESÁGUE. NO ENTANTO, É IMPRESCINDÍVEL QUE A CONCESSIONÁRIA, AO MENOS, EFETUE A COLETA, O TRANSPORTE E O ESCOAMENTO DOS DEJETOS. EXISTÊNCIA DE REDE SANITÁRIA QUE ATENDE AO IMÓVEL DA PARTE AUTORA. NO CASO, POR MEIO DE CONVÊNIO, OS DEJETOS SANITÁRIOS SÃO LANÇADOS EM GALERIA DE ÁGUAS PLUVIAIS, QUE É

MANTIDA PELA RÉ. PRECEDENTES DESTE EG. TRIBUNAL. REFORMA INTEGRAL DA R. SENTENÇA. PROVIMENTO DO RECURSO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC.

0001112-44.2013.8.19.0066 - APELAÇÃO  
DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 25/02/2014 - VIGÉSIMA  
CÂMARA CÍVEL.

*“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE QUE O SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NÃO É INTEGRALMENTE PRESTADO. LEGALIDADE DA COBRANÇA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. A lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, Lei nº 11.445/07, em seu art. 3º, I, “b”, dispõe que esgotamento sanitário é constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente. 2. **In casu**, o autor ressente-se da ausência de uma das fases relativas ao serviço de esgotamento sanitário, ou seja, o serviço é prestado, mas de forma incompleta. 3. A orientação adotada atualmente pelos Tribunais Superiores é no sentido de ser possível a cobrança da tarifa, ainda que o serviço não venha sendo prestado na sua integralidade. 4. Aliás, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial representativo de controvérsia de autoria da Companhia de Estadual de Águas e Esgotos - Cedae, pacificou esse entendimento, como se depreende dos autos do REsp 1.339.313/RJ. 5. Desta forma, não mais subsiste o verbete sumular nº 255, deste Tribunal de Justiça, que afirmava a ilegalidade da cobrança da tarifa de esgoto nas localidades onde o serviço não é completo. 6. Ou seja, ainda que de forma parcial, o serviço é prestado, gera custos para o réu, legitimando a cobrança. 7. Desprovimento do recurso por ato do Relator.*

0020462-35.2012.8.19.0007 - APELAÇÃO  
DES. LUCIO DURANTE - Julgamento: 14/10/2013 - VIGÉSIMA  
TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR  
APELAÇÃO CÍVEL.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPE-  
TIÇÃO DE INDÉBITO. ESGOTO. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO.  
COLETA DOS DEJETOS COM O DESPEJO **IN NATURA**. LEGALI-  
DADE DA COBRANÇA PELA PRESTAÇÃO PARCIAL. NOVO POSI-  
CIONAMENTO DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTI-  
ÇA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. *Relação consumerista  
entabulada entre as partes, a qual enseja incidência do CDC.  
Alegação de serviço de tratamento de esgoto sanitário co-  
brado sem a efetiva contraprestação, uma vez que não há o  
tratamento dos dejetos, mas só a sua coleta e escoamento.  
Ausência de controvérsia acerca da inexistência de tratamen-  
to do esgoto sanitário, que é despejado “in natura” no Rio  
Paraíba do Sul e seus afluentes. Sentença de improcedência  
(artigo 285-A do CPC). Apelação da parte Autora. Consolida-  
ção no Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento  
do Recurso Repetitivo (Recurso Representativo de Controvér-  
sia) REsp 1.339.313/RJ, do entendimento de que é possível a  
cobrança pela prestação parcial do serviço de esgotamento  
sanitário, desde que a concessionária realize pelo menos uma  
de suas etapas, sendo este composto pela coleta, transporte  
e escoamento dos dejetos. Recurso contrário à jurisprudência  
dominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça, compor-  
tando a aplicação do “caput” do art. 557 do CPC. Negativa de  
seguimento pelo Relator.*

0011046-27.2013.8.19.0001 - APELAÇÃO  
DES. PETERSON BARROSO SIMÃO - Julgamento: 19/03/2014 -  
VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR  
APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. Ação Declara-  
tória cumulada com pedido de Repetição do Indébito. Lega-  
lidade da tarifa de esgoto. 1. Alegação da parte autora de  
inexistência de prestação do serviço de esgotamento sanitá-  
rio. Sentença de improcedência. Apelação da parte autora.

2. Lançamento de resíduos na GAP (Galeria de Águas Pluviais). Convênio firmado com a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. 3. A participação da ré em uma ou algumas das etapas previstas no art. 3º, I, b, da Lei no 11.445/2007 é suficiente para tornar legítima a cobrança da tarifa de esgoto. 4. Em decisão proferida no REsp n.º 1.339.313/RJ (Recurso Repetitivo), o STJ pacificou entendimento no sentido de que é legítima a cobrança de tarifa de esgotamento sanitário mesmo na hipótese em que a concessionária responsável pelo serviço realize apenas a coleta, o transporte e o escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue. 5. Logo, inexistente cobrança indevida a ensejar devolução do valor pago. 6. Sentença que não merece reforma. 7. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, **CAPUT**, DO CPC.

0018790-43.2013.8.19.0205 – APELAÇÃO

DES. CLAUDIO DELL ORTO - Julgamento: 17/03/2014 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR  
APELAÇÃO. COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTAMENTO. Prestação parcial do serviço. Concessionária que apenas coleta e transporta, mas não trata o esgoto proveniente do imóvel da autora. Pretensão de repetição de indébito. Julgamento de procedência. Reforma da sentença que se impõe. Legalidade da cobrança impugnada, conforme entendimento mais atualizado do STJ. Licitude da cobrança de taxa pela coleta e transporte de esgotamento sanitário, ainda que não haja tratamento do mesmo. Inteligência do art. 9º do Decreto nº 7.217/2010, que regulamenta a Lei Federal nº 11.445/07. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 557, § 1º - A, DO CPC.

0021674-46.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. MYRIAM MEDEIROS - Julgamento: 17/03/2014 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR  
RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL. ESGOTAMENTO SANITÁRIO. CEDAE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO

*C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO E INDE-  
NIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO  
PEDIDO. REFORMA. O ATUAL POSICIONAMENTO DA CORTE  
SUPERIOR DE JUSTIÇA, AO DEFINIR O ALCANCE DO ART. 9º  
DO DECRETO Nº 7.217/2010, QUE REGULAMENTA A LEI Nº  
11.445/2007, É NO SENTIDO DA LICITUDE DA COBRANÇA  
DA TARIFA DE ESGOTO, AINDA QUE A PRESTAÇÃO DO SER-  
VIÇO SEJA PARCIAL, OU SEJA, COMPREENDENDO APENAS A  
COLETA E TRANSPORTE, APESAR DA INEXISTÊNCIA DE TRA-  
TAMENTO DOS DEJETOS SANITÁRIOS (RESP Nº 1.339.313/RJ,  
JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CPC). RECURSO DA  
RÉ A QUE SE DÁ PROVIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, § 1º-  
A, DO CPC, FICANDO PREJUDICADO O RECURSO DO AUTOR.*

No sentido de não de ser devida a cobrança, têm-se manifestado as  
Décima Primeira, Décima Segunda, Décima Sexta, Décima Oitava e Vigési-  
ma Segunda Câmaras Cíveis. Eis alguns exemplos:

*0005012-86.2011.8.19.0007 - APELAÇÃO*

*DES. ROBERTO GUIMARAES - Julgamento: 12/02/2014 - DÉ-  
CIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL*

*ACÓRDÃO APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉ-  
BITO, COM PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS.  
SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE BARRA MANSA  
SAAE. PRESTAÇÃO PARCIAL DO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO  
SANITÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO  
DA AUTORA. 1-Relação de consumo entabulada entre as par-  
tes, sendo certo que cabe à concessionária, nos termos do  
artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, a prestação  
adequada, eficiente e contínua do serviço essencial. 2- Ser-  
viço de tratamento de esgoto sanitário cobrado sem a efe-  
tiva contraprestação. 3-No caso em tela, a ausência de tra-  
tamento dos resíduos coletados na região em que reside a  
autora não foi negada pela ré, restando incontestado o fato  
de que os dejetos são lançados sem qualquer tratamento na  
natureza. 4-A legitimidade da cobrança efetuada depende*

*da existência de contraprestação por parte da ré, o que não ocorre. Portanto, a inexistência do serviço libera a autora do pagamento da tarifa, possibilitando a repetição dos valores indevidamente despendidos. 5-Restituição do indébito, na forma simples, em razão da inexistência de má-fé. 6-Dano moral não configurado (Súmula 75 do TJRJ) 7-Parcial provimento do recurso.*

0027383-98.2012.8.19.0204 - APELAÇÃO

DES. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento: 24/09/2013 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

*EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO. COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTO. Bairro de Realengo. Dejetos que são lançados nas galerias de águas pluviais (GAP). Fato incontroverso nos autos. Art. 7º, § 3º do Decreto Estadual nº 22.872 que não autoriza a utilização da rede de águas pluviais para despejo de esgoto, as quais não integram o sistema público de esgotamento sanitário. Concessionária que, embora tenha afirmado que o serviço de esgotamento sanitário é prestado, não ofereceu qualquer prova nesse sentido, ônus que a ela incumbia. Hipótese vertente que não guarda similitude fática com o Recurso Especial nº 1.313.680/RJ, representativo da controvérsia, segundo o qual, para a cobrança de tarifa de esgoto basta a efetiva realização de uma das atividades previstas no art. 9º do Decreto nº 7.217/10, ainda que o mesmo não seja prestado em sua integralidade. Cobrança indevida. Parte autora que faz jus à repetição do indébito em dobro. Ausência de engano justificável que autorize a cobrança de serviço que não foi prestado, caracterizando-se a abusividade da cobrança. Orientação firmada pelo STJ através do regime de recurso repetitivo (REsp nº 1.113.403/RJ), no sentido de que a ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto se sujeita ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil. Incidência da Súmula nº 412 DO STJ. Prazo prescricional decenal. Art. 205 do Código Civil de 2002. Dano*

*moral não configurado. Reforma da sentença que se impõe para declarar inexistente a relação jurídica no que tange à cobrança do serviço de tratamento de esgoto sanitário; bem como para condenar a demandada a devolver em dobro os valores indevidamente cobrados, com correção monetária a contar do desembolso e juros de mora a partir da citação, observado o prazo prescricional decenal. Parcial provimento ao recurso na forma do artigo 557, § 1º-A, do CPC*

0052871-29.2005.8.19.0001 – APELAÇÃO

DES. MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 07/03/2014 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

*ORDINÁRIA. DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BAIRRO DE CAMPO GRANDE, BEM COMO, DE EXCESSO NA COBRANÇA REFERENTE AO MÊS DE ABRIL DE 2004, EM VALOR SUBSTANCIALMENTE SUPERIOR À SUA MÉDIA MENSAL, NO QUE CONCERNE AO FORNECIMENTO DE ÁGUA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO DE QUE NÃO SE CONHECE, POR NÃO REITERADO. ENTENDIMENTO JÁ PACIFICADO NO C. STJ, SOB A ÉGIDE DO ART. 543-C, DO CPC, NO SENTIDO DA APLICAÇÃO DO PRAZO EXTINTIVO DECENAL PARA A COBRANÇA DE DÉBITOS REFERENTES À TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. REMUNERAÇÃO QUE TEM NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO (TARIFA) E NÃO DE TRIBUTO (TAXA), CONFORME JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, NECESSITANDO, CONTUDO, DE SUA EFETIVA PRESTAÇÃO, A FIM DE JUSTIFICAR E POSSIBILITAR A RESPECTIVA COBRANÇA. AUSÊNCIA DO SERVIÇO NA LOCALIDADE, SENDO OS EFLUENTES SANITÁRIOS ENCAMINHADOS A SUMIDOURO CONSTRUÍDO PELOS DEMANDANTES, ENQUADRANDO-OS, ASSIM, NA REGRA DE EXCEÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 97, DO DECRETO Nº 553/76. REPETIÇÃO EM DOBRO QUE SE MANTÉM, ANTE A AUSÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL NA HIPÓTESE. EXCESSO NA COBRANÇA REFERENTE A FATURA DO*

MÊS DE ABRIL DE 2004. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA A DETERMINAR O ACRÉSCIMO DE CONSUMO. CONCESSIONÁRIA QUE NÃO LOGROU DEMONSTRAR A REGULARIDADE DAS COBRANÇAS. REFATURAMENTO DA CONTA CORRETAMENTE DETERMINADO. MANUTENÇÃO DA SOLUÇÃO DE 1º GRAU. RECURSO CONHECIDO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO **CAPUT**, DO ART. 557, DO CPC.

0014977-54.2012.8.19.0007 – APELAÇÃO

DES. GILBERTO GUARINO - Julgamento: 11/03/2014 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. MUNICÍPIO DE BARRA MANSA. TAXA DE ESGOTO. SAAE/BM. PEDIDO DE CONSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, EM CÚMULO SUCESSIVO COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. ESGOTO DESPEJADO NA BACIA DO RIO PARAÍBA DO SUL. FATO INCONTROVERSO. INEXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL, ATENTA À COMPETÊNCIA CONCORRENTE (ART. 24 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). MATÉRIA REGULAMENTADA PELO DECRETO FEDERAL N.º 7.217, DE 21 DE JUNHO DE 2010, CUJO ART. 9º DIZ EXISTENTE O SERVIÇO PÚBLICO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, COM A CONCRETIZAÇÃO DE APENAS “UMA OU MAIS” DENTRE AS ATIVIDADES QUE ELENCA, PONDO-SE EM CONFRONTO COM O QUE DISPÕE O ART. 3º, I, “B”, DA LEI N.º 11.445/07. ILEGALIDADE. EMPRESA QUE SOMENTE EXECUTA OS SERVIÇOS DE COLETA E TRANSPORTE DOS DEJETOS, MAS NÃO O DE TRATAMENTO. SIMPLES ATO ADMINISTRATIVO NÃO PODE RESTRINGIR O CLARAMENTE DISPOSTO EM LEI, ATO NORMATIVO GENÉRICO E ABSTRATO DE SUPERIOR HIERARQUIA. COBRANÇA QUE É, PORTANTO, INDEVIDA. RESP. 1.339.313, QUE SEGUIU O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL), ENTENDENDO PELA LEGALIDADE DA TARIFA. AFASTAMENTO DAQUELE ENTENDIMENTO, EIS QUE O MEIO AMBIENTE É AGREDIDO COM O DESPEJO **IN NA-**

**TURA.** QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA. PRECEDENTES DESTES. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REPETIÇÃO SIMPLES DO INDÉBITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 85-TJRJ. PRAZO PRESCRICIONAL. SÚMULA N.º 412-STJ. DEVOLUÇÃO SUBMETIDA À PRESCRIÇÃO DECENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECENTÍSSIMA DECLARAÇÃO, PELO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, POR ARRASTAMENTO, DO ART. 5º DA LEI N.º 11.960/09 (ADIN N.º 4.357/DF, REL. MIN. AYRES BRITTO). APLICAÇÃO DO IPCA, ÍNDICE QUE MELHOR REFLETE A INFLAÇÃO ACUMULADA, CONFORME VOTO VISTA DO MIN. LUIZ FUX. ENTENDIMENTO QUE PASSOU A SER ADOPTADO PELO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO RECURSO ESPECIAL N.º 1.270.439, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS DE 0,5% (MEIO POR CENTO) AO MÊS, DESDE A CITAÇÃO, ATÉ 30/6/2009, INCIDINDO, APÓS ESSA DATA, UMA ÚNICA VEZ E ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO, OS JUROS APLICADOS À CADERNETA DE POUPANÇA, CONFORME DISPOSIÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI N.º 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.960/2009. LEGISLAÇÃO QUE TEM APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO, CONFORME JULGAMENTO, EM REPERCUSSÃO GERAL, DO AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 842.063, CONVERTIDO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PELA SUPREMA CORTE. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. SÚMULA N.º 75-TJRJ. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE 10% (DEZ POR CENTO) DA CONDENAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, COM EXTRAÇÃO DE PEÇAS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO.

0001755-82.2013.8.19.0007 – APELAÇÃO

DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 11/03/2014 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. COBRANÇA POR SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. SAAE BM. TARIFA. AÇÃO COM FORTE NATUREZA CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. NECESSÁRIA A

*DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OU QUE O SERVIÇO ESTÁ À DISPOSIÇÃO DO USUÁRIO DE FORMA EFICIENTE, O QUE NÃO OCORREU. O TRATAMENTO DO ESGOTO É INERENTE AO PRÓPRIO SERVIÇO E A SUA AUSÊNCIA TORNA ILEGÍTIMA A COBRANÇA DA TARIFA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO NA FORMA SIMPLES E OBSERVADA A PRESCRIÇÃO DECENAL. DANOS MORAIS NÃO OCORRIDOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO QUE ENSEJA O RECONHECIMENTO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

Por fim, a admitir a licitude da cobrança proporcional, manifestam-se as Terceira, Vigésima Terceira e Vigésima Sétima Câmaras Cíveis, do que são exemplos os arestos a seguir lembrados:

*0179343-65.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO*

*DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - Julgamento: 05/02/2014 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL*

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM FACE DA CEDAE. ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO PARCIAL DO SERVIÇO POR MEIO DAS GALERIAS DE ÁGUAS PLUVIAIS. BAIRRO DE CAMPO GRANDE. PLEITO DE CONDENÇÃO DA RÉ PARA QUE COBRE PELO CONSUMO MEDIDO E DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO DE ANTIGA LOCATÁRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELO DA AUTORA. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DO ESGOTO. LEGALIDADE DA COBRANÇA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. NOVA ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO STJ NO SENTIDO DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTO, QUANDO O SERVIÇO É PRESTADO DE FORMA PARCIAL, SEM TRATAMENTO DOS DEJETOS. COMPROVAÇÃO DE QUE PARTE DOS SERVIÇOS REFERENTES AO ESGOTAMENTO SANITÁRIO É PRESTADO À AUTORA. NÃO SE PODE REPUTAR LÍCITA A COBRANÇA DA TARIFA EM SUA TOTALIDADE. SE O SERVIÇO É PRESTADO PELA METADE, DEVERÁ SER COBRADO NA PROPORÇÃO DE 50%. EXISTINDO HIDRÔMETRO INSTALADO NA UNIDADE CONSU-*

MIDORA, É ILEGAL A COBRANÇA POR ESTIMATIVA. APESAR DE SER ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DE QUE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO DE COBRANÇAS DE CONSUMO DE ÁGUA SE SUJEITA À PRESCRIÇÃO DECENAL, O AUTOR SOMENTE REQUEREU A RESTITUIÇÃO DOS VALORES DOS ÚLTIMOS 05 ANOS, DEVENDO A CONDENAÇÃO PERMANECER RESPEITANDO ESSE LIMITE. CORRETO JULGAMENTO DO PLEITO AUTURAL DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, POSTO QUE NÃO SE PROVOU A LOCAÇÃO DO IMÓVEL PARA TERCEIRO DURANTE O PERÍODO CONTESTADO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DA RÉ PARA PERMITIR A COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO NO PERCENTUAL DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DO VALOR INTEGRAL, REDUZINDO NESSA MESMA PROPORÇÃO OS VALORES A SEREM REPETIDOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR.

0033910-63.2012.8.19.0205 - APELAÇÃO

DES. MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 19/03/2014 - VI-GÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. TARIFA DO SERVIÇO DE ESGOTO. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DO ESGOTAMENTO SANITÁRIO. COBRANÇA INTEGRAL INDEVIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA PARCIAL. COBRANÇA PROPORCIONAL. DANOS MORAIS. *Controvérsia sobre a legalidade da cobrança de tarifa de esgoto em 100% sem a efetiva prestação total de serviço, porquanto desprovido do integral tratamento dos resíduos pela concessionária. Questão controvertida neste Tribunal e sedimentada no STJ, pelo Resp 1.339.313/RJ, pela legalidade da cobrança, porquanto o serviço é considerado prestado se apenas uma de suas etapas for realizada. Relatora que não compartilha desse entendimento, assim como esta colenda Câmara Cível, que entendeu pela ilegalidade da cobrança em 100% quando não prestadas todas as etapas que compõem o serviço. Aresto proferido no julgamento da AC 0025335-69.2010.8.19.0204 que deu adequada solução*

*à controvérsia, decidindo pelo pagamento proporcional às etapas prestadas pela concessionária. Reforma da sentença para condenar a concessionária a se abster de cobrar a tarifa de esgotamento sanitário em 100% do valor da água consumida na unidade e a restituir, na forma simples, a teor da súmula nº 85 do TJRJ, 50% dos valores pagos a esse título, respeitado o prazo prescricional de dez anos, com a incidência dos juros de mora desde a citação e correção monetária a partir da data de cada desembolso. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.*

0142562-88.2004.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. MARCOS ALCINO A TORRES - Julgamento: 19/03/2014 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR

*Agravo interno em Apelação. Concessionária do serviço público de águas e esgotos. Cedae. Cobrança de tarifa de esgoto de usuário residente em região não beneficiada por estação de tratamento. Licitude reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça que não implica admissão da cobrança na alíquota integral. Abatimento proporcional do preço. 1. O Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações, firmado com o Município do Rio de Janeiro, não afasta a legitimidade da Cedae para responder a demandas de repetição de valores por ela cobrados. 2. Aplica-se o prazo geral do direito civil, e não o especial do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, nem o do art. 27 da Lei nº 8.078/90, nem tampouco o minorado do art. 206, § 3º, V, do Código de 2003, à pretensão de repetição de indébito deduzida pelo usuário contra pessoas jurídicas prestadoras de serviço público de água e esgoto (REsp nº 928.267-RS, nº 1.179.478-RS, nº 1.155.657-SP e nº 1.163.968-RS). 3. A orientação do Superior Tribunal de Justiça quanto à licitude da cobrança de tarifa de esgoto, ainda que desenvolvida apenas uma ou duas das atividades previstas no art. 3º, I, «b», da Lei nº 11.445/2007 (Marco Regulatório do Saneamento Básico), não implica autorização de cobrança desse preço público no seu valor integral, já que o serviço*

*correspondente tampouco é prestado na sua totalidade. 4. Em aplicação do art. 20, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, por analogia, o usuário dos serviços públicos de esgotamento que conte apenas com a simples ligação de sua residência à rede coletora de dejetos, sem tratamento do lodo nem, por conseguinte, sua adequada disposição final no meio ambiente, faz jus ao abatimento proporcional da respectiva tarifa à metade do valor constante da fatura, que é o mesmo cobrado pela concessionária, indistintamente, em toda a região metropolitana por ela atendida. 5. Desprovemento do recurso.*

Mesmo assim, há dissenso em alguns dos órgãos julgadores mencionados, como se pode concluir dos arestos seguintes, também recentíssimos:

0030034-32.2012.8.19.0066 - APELAÇÃO

DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 12/03/2014 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

*Agravo interno em apelação cível. Ausência de fornecimento do serviço de tratamento de esgoto. Impossibilidade de cobrança de tarifa de esgoto. Relação de consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Verbete sumular 254 TJERJ. A remuneração paga pelos serviços de água e esgoto tem natureza jurídica de tarifa ou preço público o que torna imprescindível a prova da sua efetiva prestação para legitimar sua cobrança. Da análise dos fatos narrados nos autos possível concluir pelo defeito na atuação do réu que afirmou, expressamente, não prestar o serviço de tratamento e disposição final adequados dos resíduos. Desta forma, não prestando a ré o serviço de forma adequada, com disponibilização de todas as etapas do esgotamento sanitário, não há efetiva prestação do serviço, não se justificando a cobrança da tarifa de esgoto, devendo esta ser afastada. Precedentes. Devolução em dobro dos valores indevidamente pagos, nos termos do artigo 42 parágrafo único do CDC. Ausência de en-*

*gano justificável, tendo em vista a não prestação do serviço. Ônus sucumbenciais devidamente fixados. Recurso ao qual se nega provimento.*

0018428-07.2012.8.19.0066 - APELAÇÃO

DES. RENATA COTTA - Julgamento: 26/02/2014 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

*RECURSO DE APELAÇÃO. COBRANÇA DO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. SAAE/VOLTA REDONDA. TARIFA. LEGALIDADE DA COBRANÇA. ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP Nº 1.339.313/RJ. A Lei 11.445/2007 prevê que o esgotamento constitui-se das etapas de coleta, transporte, tratamento e disposição final do esgoto. Nesse passo, sempre entendi que se o prestador do serviço público não disponibilizasse todas as etapas do esgotamento sanitário, não haveria a efetiva prestação do serviço, razão pela qual descabida a cobrança da tarifa. Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, uniformizou o entendimento, ao julgar o REsp nº 1.339.313/RJ. Assentou a Corte Superior que é legal a cobrança de tarifa de esgoto, ainda que não haja o tratamento sanitário. Na hipótese dos autos, narra o autor que o esgotamento sanitário do imóvel é coletado por uma rede pública. Logo, ainda que a apelada só realize uma das atividades elencadas no art. 9º, do Decreto nº 7.217/10, qual seja, a coleta, não há que se falar em ilegalidade da cobrança da tarifa de esgoto. Desprovimento do recurso.*

0024943-24.2013.8.19.0066 - APELAÇÃO

DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 18/03/2014 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. TARIFA DE ESGOTO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO. RECENTE ENTENDIMENTO DO*

*STJ PELA LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ALUDIDA TARIFA, AINDA QUE O SERVIÇO PÚBLICO NÃO CONTEMPLE TODAS AS FASES DO SANEAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se o serviço público está sendo prestado, ainda que não contemple todas as suas fases, é devida a cobrança da tarifa. A argumentação da Corte Superior é no sentido de que a legislação dá suporte à cobrança, além de não estabelecer que o serviço público de esgotamento sanitário somente exista quando todas as etapas são efetivadas, não proibindo a cobrança da tarifa pela prestação de apenas uma ou algumas dessas atividades. Precedentes jurisprudenciais daquela Corte e deste Tribunal. Seguimento negado ao Recurso, com base no art. 557, **caput**, do CPC.*

0028126-54.2011.8.19.0007 - APELAÇÃO

DES. FERNANDO CERQUEIRA - Julgamento: 12/03/2014 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO. MUNICÍPIO DE BARRA MANSA. INEXISTÊNCIA DO TRATAMENTO DOS DEJETOS, QUE SÃO LANÇADOS **IN NATURA** NO RIO PARAÍBA DO SUL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1.Desnecessidade de realização de perícia técnica, uma vez que incontroversa a ausência de rede de tratamento de esgoto naquela localidade. 2.Cobrança que se impõe em razão da prestação de pelo menos uma das etapas do serviço público de esgotamento sanitário, previstas no art. 9º do Decreto Nº 7.217, que regulamentou a Lei nº 11.445/07. 3.Precedente do E. STJ. 4.Cancelamento do verbete nº 255 da súmula desta Corte de Justiça. 5.Sentença mantida. **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

0002871-26.2013.8.19.0007 - APELAÇÃO

DES. GABRIEL ZEFIRO - Julgamento: 12/02/2014 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. PRETENSÃO DE ANULAR A COBRANÇA DE SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO CUMULADA COM PLEITO DE REPETIÇÃO EM DOBRO DO ALEGADO INDEVIDO E REPARAÇÃO MORAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, NA FORMA DO ART. 285-A DO CPC. INCIDÊNCIA NA HIPÓTESE DO ART. 249, § 2º, DO CPC. DECISÃO QUE MERECE REFORMA, UMA VEZ QUE A JURISPRUDÊNCIA SE CONSOLIDOU NO SENTIDO DE QUE É INCABÍVEL A COBRANÇA DE TARIFA PELA SIMPLES CAPTAÇÃO E TRANSPORTE DO ESGOTO SANITÁRIO. VALORIZAÇÃO E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE (DIREITO FUNDAMENTAL DE 3ª GERAÇÃO). SERVIÇO PRESTADO DE MANEIRA INADEQUADA, DEFEITUOSA E INCOMPLETA, EM DETRIMENTO DO ART. 6º, X, DO CDC C/C 6º, § 1º, DA LEI 8.987/95, BEM COMO NOCIVO AO MEIO AMBIENTE. INCIDÊNCIA AO CASO DA LEI 11.445/2007 E DO DECRETO REGULAMENTAR Nº 7.217/2010. PRECEDENTES DO TJRJ. SITUAÇÃO QUE NÃO É SUSCETÍVEL DE PROVOCAR LESÃO DE ORDEM MORAL, CONSUBSTANCIANDO MERO ABORRECIMENTO DA VIDA NORMAL DE RELAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE PARA JULGAR PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO E DECLARAR A NULIDADE DA COBRANÇA EM TELA, COM DEVOLUÇÃO SIMPLES DO INDEVIDO, ANTE O ENGANO JUSTIFICÁVEL EM RAZÃO DO DISSENSO JURISPRUDENCIAL QUE REINA NESTA CORTE A RESPEITO DO TEMA, OBSERVADA A PRESCRIÇÃO DECENAL QUE É APLICÁVEL AO CASO.

0249780-73.2007.8.19.0001 – APELAÇÃO

DES. ROBERTO GUIMARAES - Julgamento: 12/03/2014 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA DE TARIFA DE ESGOTO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CEDAE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PRESTA-

*ÇÃO DO SERVIÇO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 1 - Por meio do REsp n.º 1.339.313/RJ (Recurso Repetitivo), o STJ pacificou entendimento no sentido de que é legítima a cobrança de tarifa de esgotamento sanitário mesmo na hipótese em que a concessionária responsável pelo serviço realize apenas a coleta, o transporte e o escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue. 2 - **In casu**, empresa terceirizada faz o tratamento de esgoto nos imóveis da autora. A concessionária ré não logrou êxito em comprovar que presta o serviço relativo ao tratamento de esgoto. O recebimento dos resíduos sólidos já tratados em suas estações de tratamento não enseja a cobrança da tarifa. 3 - Prescrição quinquenal, conforme art. 174 do CTN c/c o art. 175, parágrafo único, III, e 150, § 3º, da Constituição da República. 4 - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.*

### **3. AS PREMISSAS DO ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO**

O acórdão paradigmático estabeleceu três premissas maiores para a conclusão a que chegou. A primeira foi a de que o art. 9.º do Decreto federal 7.217, de 21 de junho de 2010, ato que regulamentou a Lei 11.445/07, estabeleceu que o serviço de esgotamento sanitário se caracteriza por uma ou mais das atividades indicadas no art. 3.º da Lei 11.445/07, por ele regulamentada.

“Assim” — diz o voto condutor — “há de se considerar prestado o serviço público de esgotamento sanitário pela simples realização de uma ou mais das atividades arroladas no art. 9.º do referido decreto, de modo que, ainda que detectada a deficiência na prestação do serviço pela ausência de tratamento dos resíduos, não há como negar tenha sido disponibilizada a rede pública de esgotamento sanitário”, mesmo que a coleta vá dar na rede de esgoto pluvial.

A segunda é a de que o não pagamento pelo serviço inviabilizaria sua prestação continuada, pela via de quebrar o equilíbrio financeiro do contrato de concessão.

A terceira é a de que “o tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza socioambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público.”

Nenhuma delas é verdadeira.

### 3.1. A ilegalidade do regulamento da Lei 11.445/07

Claramente fiel às regras de objetividade e clareza ditadas pela Lei Complementar 95/98, especialmente as do art. 11, inciso I, “a”, “b” e “c”, e inciso II, “a”, o art. 3.º da Lei 11.445/07 contém definições de saneamento básico, abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, gestão associada, universalização, controle social, prestação regionalizada, subsídios e localidade de pequeno porte.

Deixa claro, no inciso I do art. 3.º, que saneamento básico consiste em serviços de abastecimento de água potável, de esgotamento sanitário, e de limpeza urbana e manejo das águas pluviais.<sup>2</sup>

Por outro lado, o art. 2.º define os princípios dos serviços públicos de saneamento básico. Segue o dispositivo, na íntegra:

*Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:*

*I - universalização do acesso;*

*II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;*

*III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;*

*IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à*

<sup>2</sup> Cf. a transcrição inserta na Introdução deste artigo.

*saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;*

*V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;*

*VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;*

*VII - eficiência e sustentabilidade econômica;*

*VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;*

*IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;*

*X - controle social;*

*XI - segurança, qualidade e regularidade;*

*XII - integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.*

*XIII - adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água.<sup>3</sup>*

*Ex vi* do art. 2.º, II, ou seja, de acordo com princípio da integralidade, saneamento básico é, como recém-visto, “o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico”. A norma, na segunda parte, até explica o porquê: porque isso propicia “à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados”.

Sobreleva no texto que a lei impediu que se viesse a considerar como serviço de esgotamento sanitário senão apenas e tão somente o conjunto das “atividades de infraestruturas e instalações operacionais de coleta,

---

3 Id.

transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente”.

A própria lei expressamente impediu que sua regulamentação definisse serviço de esgotamento, tanto quanto o de abastecimento de água potável, o de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e o de drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, como a execução de uma ou de algumas de suas etapas. Para caracterizá-los, exige o texto legal a prestação de todos.

No entanto, não se pode desconhecer que o Decreto 7.217/10, no que concerne ao serviço de esgotamento sanitário, fez tábula rasa da vedação legal. Não dispôs apenas mais do que a lei; dispôs contra a lei, como demonstra o art. 9.º, com base no qual se tem admitido a cobrança por serviço não prestado — já que este é, *ex vi legis*, no que aqui interessa, “constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente” (Lei 11.445/07, art. 3.º, I, “b”). Eis a citada norma do regulamento:

*Art. 9º Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por uma ou mais das seguintes atividades:*

*I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários;*

*II - transporte dos esgotos sanitários;*

*III - tratamento dos esgotos sanitários; e*

*IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas.*

*§ 1º Para os fins deste artigo, a legislação e as normas de regulação poderão considerar como esgotos sanitários também os efluentes industriais cujas características sejam semelhantes às do esgoto doméstico.*

*§ 2º A legislação e as normas de regulação poderão prever penalidades em face de lançamentos de águas plu-*

*viais ou de esgotos não compatíveis com a rede de esgotamento sanitário.*

Conhecida que é a hierarquia das normas jurídicas, avulta a impossibilidade de decreto regulamentar dispor mais do que a lei ou contra ela. É impossível dar a este último força de ato legislativo, portanto, capaz de derrogar norma legal, cedendo-se ao argumento político, mas não jurídico, de que comprometido estaria o equilíbrio financeiro dos contratos de concessão sem a contraprestação das atividades de coleta de esgoto sanitário nos imóveis em que é produzido e seu transporte até o ponto de despejo *in natura*, diga-se de passagem no mar ou em rios, córregos, canais, lagos, lagoas, seja diretamente, seja através de galerias de águas pluviais.

Sob tal ponto de vista, a tarifa e o preço público são inexigíveis.

### **3.2. Inexistência de risco de inviabilização da atividade**

A inexigibilidade não implica qualquer comprometimento do sistema. Não o inviabiliza nem obsta sua manutenção. O art. 29 da Lei 11.445/07 tem o seguinte teor, sublinhado no que aqui interessa:

*Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:*

*I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;*

*II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades;*

*III - de manejo de águas pluviais urbanas: na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades.*

§ 1º *Observado o disposto nos incisos I a III do **caput** deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:*

*I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;*

*II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;*

*III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;*

*IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;*

*V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;*

*VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;*

*VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;*

*VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.*

§ 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

A norma, a par de indicar, para o caso de saneamento básico, a possibilidade de cobrança separada pelo serviço de abastecimento de água potável (constituído “pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição” — art. 3.º, I, “a”) e pelo de esgotamento sanitário (“constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações

prediais até o seu lançamento final no meio ambiente” — art. 3.º, I, “b”), mostra que esse custeio vem preferencial, mas não exclusivamente da receita proveniente dos pagamentos dos usuários. Assim mesmo, quando isso é possível porque, em certas circunstâncias, nenhum pagamento será exigível.

Com efeito, tanto o preço público — remuneração de serviço público divisível e específico, regido pelo regime contratual de direito público prestado diretamente pela pessoa estatal, seja por sua Administração Direta, seja pela indireta — quanto a tarifa — remuneração do mesmo serviço, mas prestado pela pessoa jurídica de direito privado, por força de concessão — ambas, dizia, têm nítida natureza de preço político, já que, *ex vi legis*, “observado o disposto no art. 29 (...)” — diz o art. 30, *caput*, da Lei — “a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores: “categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo” (inciso I), “padrões de uso ou de qualidade requeridos” (inciso II), “quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente” (inciso III), “custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas” (inciso IV), “ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos; e” (inciso V) “capacidade de pagamento dos consumidores” (inciso VI).

Convém destacar dois dispositivos que, constantes do autógrafo submetido à sanção presidencial, foram vetados: os arts. 33 e 34<sup>4</sup>.

Com relação à existência de outras fontes de custeio, o art. 33 da Lei disporia no *caput* que “A cobrança pela prestação do serviço público de abastecimento de água deve ser realizada por meio de tarifas fixadas com base no volume consumido de água”<sup>5</sup>. O § 1.º reteria que “Na inviabilidade de medição, a cobrança a que se refere o *caput* deste artigo pode ser feita por estimativa e deve levar em conta a renda e o consumo médio de água de cada uma das áreas atendidas.”<sup>6</sup>

O art. 34 teria, também no *caput*, redação segundo a qual “A co-

---

4 Mensagem 5/07. In [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Msg/VEP-09-07.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Msg/VEP-09-07.htm).

5 Id. ib.

6 Id. ib.

brança pela prestação do serviço público de esgotamento sanitário deve ser realizada por meio de tarifas, que poderão ser fixadas com base no volume de água consumido.”<sup>7</sup> O parágrafo único diria: “Aplica-se ao serviço público de esgotamento sanitário o disposto no § 1º do art. 33 desta Lei.”<sup>8</sup>

Não é demais observar que a interpretação histórica de texto legal inclui, dentre outros elementos, a perquirição dos debates que o precederam e, a depender do sistema governativo, dos vetos impostos pelo Chefe de Estado ou pelo Chefe de Governo — enfim, aquele a quem o autógrafo é enviado para fins de sanção, isto é, no Brasil, o Presidente da República. Pois bem: nas razões de veto do art. 33 está consignado que

*Esse dispositivo é conflitante com o inciso I do art. 29, pois estabelece a tarifa como a única forma de cobrança pela prestação dos serviços de abastecimento de água. O inciso I do art. 29 ao estabelecer que a tarifa será utilizada de maneira preferencial, admitindo explicitamente a existência de outros preços públicos, aborda a questão de forma mais adequada. Tal fato pode inclusive implicar em aspectos de saúde pública, sendo indutor de consumo abaixo do mínimo recomendado, principalmente junto aos consumidores de baixa renda, com menor capacidade de pagamento. Portanto, diante do conflito entre os dois dispositivos mencionados, propõe-se a manutenção do disposto no I do art. 29 e o veto do caput do art. 33.”<sup>9</sup> (Sublinhei.)*

Já nas do dispositivo seguinte está dito que se aplica “ao art. 34 as mesmas considerações feitas no art. 33.”<sup>10</sup>

Se a lei define como serviço de esgotamento sanitário aquele que é “constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgo-

7 Id. Ib. A propósito, vetado o dispositivo, mostra-se ilegal, ainda, o art. 10 do Decreto 7.217/10, porque dispõe, indo muito além da lei, que “a remuneração pela prestação de serviços públicos de esgotamento sanitário poderá ser fixada com base no volume de água cobrado pelo serviço de abastecimento de água.” A norma regulamentar, emitida pelo Presidente da República que sucedeu o que vetara idêntica disposição inserida no autógrafo que viria a se transformar na Lei 11.445/07, tem o nítido propósito de contornar o veto.

8 Id. Ib.

9 In [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Msg/VEP-09-07.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Msg/VEP-09-07.htm).

10 Id. Ib.

tos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente” (art. 3.º, I, “b”); se ela veda expressamente que se considere como tal uma, duas ou três dessas quatro etapas (art. 2.º, II), avulta, como já sustentado, a ilegalidade do art. 9.º, *caput*, do Decreto 7.217/10.

Essa ilegalidade tornaria irrelevante a consideração de que “o tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza socioambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público”. Mas essa terceira premissa é tão gravemente falsa, que merece consideração sob a ótica dos direitos fundamentais.

### 3.3. Uma permissão agressiva a direitos fundamentais

É verdade insofismável a de que o tratamento do esgoto coletado seja uma etapa posterior à da coleta e do transporte até o lugar de tratamento. Também é intuitivo que o lançamento de esgotos sanitários no meio ambiente, *in natura*, sem qualquer tratamento, atenta contra dois direitos fundamentais: o direito ao meio ambiente hígido e o direito à saúde.

O art. 225 da Constituição da República reza que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

A Declaração Sobre o Ambiente Humano, promanada da Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente, conhecida como Declaração de Estocolmo, de 1972, afirmou que “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente.”

Também consigna que “Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados.”

E mais:

*Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. (...) Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, dever ser atribuída importância à conservação na natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.*

O primeiro princípio da Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, promanada da Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (“Rio 92”), é precisamente o de que “Os seres humanos têm direito a uma vida saudável produtiva em harmonia com o meio ambiente”.

Já o Documento Final da recente reedição dessa conferência, a “Rio + 20”, fez constar, de seu parágrafo 121, que os Estados e governos nela representados, o Estado brasileiro entre eles, reafirmaram “compromissos em relação ao direito humano à água *safedrinking* e saneamento, que devem ser progressivamente realizados para as nossas populações com pleno respeito à soberania nacional.”<sup>11</sup>

Dir-se-ia que esses documentos internacionais não têm força suficiente para definir direitos fundamentais, eis que não são tratados, com o que não se subsomem no § 2.º do art. 5.º da Constituição da República.<sup>12</sup> Engano, arrisco-me a afirmar. Norma concessiva de direito fundamental não pode merecer interpretação restritiva, até porque esta poderia resultar em sua constrição.

Comentando o dispositivo, ensina José Afonso da Silva que

*Aqui se tem uma hipótese de incorporação de normas internacionais de direitos humanos ao ordenamento constitucional interno (...). Essa incorporação tem amplas consequências. A primeira é alargar o campo constitucional desses direitos. (...) A segunda consiste na adoção da concepção monista no que*

---

<sup>11</sup> “121. Reafirmamos nossos compromissos em relação ao direito humano à água *safedrinking* e saneamento, que devem ser progressivamente realizados para as nossas populações com pleno respeito à soberania nacional. Destacamos ainda nosso compromisso com a Década Internacional de Acção 2005-2015 ‘Água para a Vida’.”

<sup>12</sup> Art. 5.º (...) “§ 2.º 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.”

*tange ao direito internacional dos direitos humanos, pela qual se define a unidade, neste campo, entre direito internacional dos direitos humanos e o direito interno constitucional (...)*

*Resta dizer que o termo “tratado” deve ser tomado no contexto do art. 5.º, § 2.º, em sentido genérico, para abranger todos os acordos internacionais sobre direitos humanos — ou seja, declarações, convenções, pactos, protocolos e outros atos internacionais. (...) Aliás, o § 1.º do art. 5.º, quando afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, abrange igualmente as normas internacionais definidoras desses direitos e garantias, como uma das consequências de sua integração automática no sistema de direitos da Constituição.*<sup>13</sup>

A Constituição da República preocupa-se com o meio ambiente, dedicando-lhe todo o Capítulo VI — “Do Meio Ambiente” — do Título VIII — “Da Ordem Social”. Estabelece que protegê-lo é da competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, VI). Inclui na competência legislativa concorrente dos três primeiros a de legislar sobre “proteção do meio ambiente e controle da poluição” (art. 24, VI) e acerca de “responsabilidade por dano ao meio ambiente” (id., VIII).

Eleva ainda a defesa do meio ambiente a princípio constitucional setorial, a saber, da ordem econômica (art. 170, VI). Condiciona a atuação do Estado, no favorecimento à atividade garimpeira por intermédio de cooperativas, à proteção ambiental (art. 174, § 3.º), cuja preservação define como requisito da função social da propriedade (art. 186, II). Aliás, estabelece que essa conservação deve nortear as atividades do Sistema Único de Saúde (art. 200, VIII).

No que concerne à comunicação social, atribui à União a competência de estabelecer, por lei, “os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (art. 220, II).

13 SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, 3.ª ed., p. 178.

O art. 225 reforça e explicita a competência material da União na proteção e defesa ambientais (§ 1.º), o que inclui a localização de usinas nucleares (§ 6.º). Também constitucionaliza o dever de o explorador de recursos minerais restaurar o meio ambiente (§ 2.º), prevê sanções penais, administrativas e civis para os que lhe causarem danos (§ 3.º), condiciona a utilização da Floresta Amazônica ao respeito ambiental (§ 4.º) e torna indisponíveis terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, necessárias à preservação de ecossistemas naturais (§ 5.º).

Por fim, comete ao Ministério Público a função institucional de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

Nesse cenário, e considerando o art. 5.º, § 2.º, da Constituição da República, não há como considerar senão fundamental o direito ao meio ambiente sadio, para cuja efetividade o constituinte criou todas essas normas.<sup>14</sup>

Inocência Mártires Coelho, comentando o Capítulo VI do Título VIII da Constituição da República, diz que

*No que se refere aos princípios fundamentais do direito ambiental, apesar de pequenas alterações de nomenclatura, a maioria dos autores converge na indicação dos seguintes: princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, princípio da natureza pública da proteção ambiental, princípio do controle do poluidor pelo Poder Público, princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento, princípio da participação comunitária, princípio do poluidor-pagador, princípio da prevenção, princípio da função socioambiental da propriedade, princípio do direito ao desenvolvimento sustentável e princípio da cooperação entre os povos.*

(...)

(...)

(...)

14 Nesse sentido, MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2007, p. 796, 21.ª ed.

*No âmbito constitucional, como assinala a maioria dos juristas, o capítulo do meio ambiente é um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial, contendo normas de notável amplitude e reconhecida utilidade; no plano infraconstitucional, como reflexo e derivação dessa matriz superior, são igualmente adequadas e rigorosas as regras de proteção ao ambiente e da qualidade de vida, em que pesem as dificuldades para tornar efetivos os seus comandos, em razão da crônica escassez de meios humanos e materiais, agravada pelo acumplicamento criminoso de agentes públicos com notórios agressores da natureza.*

*Com relação aos princípios do direito ambiental em sentido estrito, merece destaque — até porque, em certa medida, engloba os demais — o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, que está expresso no **caput** do art. 225 da Constituição de 1988 — “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” — e serve de vetor para orientar as ações do Poder Público, definidas no § 1.º desse preceito constitucional. (Grifos do autor. Sublinhei.)*<sup>15</sup>

Esse direito é metaindividual, mais precisamente do gênero dos difusos. Transcende o individual, mas não o exclui, como, por exemplo, a metalinguagem não exclui a linguagem, o metacromismo não suprime a cor, a metapsíquica não elimina a psicologia e a metanorma não prescinde da norma.

Sendo individuais, os direitos difusos são, na precisa, sintética e completa definição do art. 81, III, do CDC, “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. São indivisíveis, é verdade, mas perpassam todos os indivíduos que integram a coletividade à qual dizem respeito, o que significa também serem individuais.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo e Brasília: SARAIVA e IDP, 2009, 4.ª ed., p. 1.424.

E tanto o são, que a própria Constituição da República lhes reserva uma garantia ativa no art. 5.º, o qual forma o Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” – do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Trata-se do inciso LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é indivisível – daí se dizer que não é um direito individual próprio –, sua defesa em juízo é que não pode ser individual. Tanto é assim que, através da ação civil pública (Lei 7.347/85), ela compete ao Ministério Público, à Defensoria Pública, às pessoas políticas da federação brasileira, a entidades de suas Administrações Indiretas e a associações que cumpram certos requisitos (art. 5.º, I, II, III, IV e V, “a” e “b”), bem assim, pela via de ação popular, a qualquer pessoa titular de direitos políticos ativos (Lei 4.717/65, art. 1.º, *caput*, e § 3.º<sup>16</sup>). Esta, ao propô-la, o faz em nome da sociedade.

A coleta de esgoto sanitário nos imóveis em que é produzido e seu transporte até o ponto de despejo *in natura* afronta, ainda, o art. 225, *caput*, da Constituição da República, porque não é assim que se cumpre o dever, imposto a todos pela norma, de defender meio ambiente ecologicamente equilibrado e de “preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, às quais, a continuar assim, seus antepassados terão legado enorme, colossal, gigantesca cloaca como *habitat*. Pagando, é claro, e muitas vezes ao Poder Público, pelos diuturnos transporte e descarga de sua cota de imundície no mar ou em rios, córregos, canais, lagos, lagoas, seja diretamente, seja através de galerias de águas pluviais.

Isso não condiz com os deveres impostos pela Constituição da República e pelo Direito Internacional Público, os quais, por seu turno, se baseiam na solidariedade — no caso do Brasil, princípio constitucional fundamental — e exigem efetiva atuação do Estado, o qual, como

---

16 Hely Lopes Meirelles, discorrendo sobre a ação popular, diz que esta “é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas, sim, interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor, é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga.” (MEIRELLES, Hely Lopes; atualizadores: WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: RT, p. 171, 34.ª ed., 2012). No mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes; atualizadores: ALEIXO, Décio Balestero e BURLE FILHO, José Emmanuel, *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, p. 801, 39.ª ed., 2013. Pode-se concluir que, em caso de procedência, o autor será beneficiário indireto e imediato.

sabido, atua através de suas três únicas funções: legislação, administração e jurisdição.

Comentando a Convenção Sobre a Diversidade Biológica, também emitida pela conferência da ONU realizada nesta capital em 1992 (“Rio 92”), o prof. Fábio Konder Comparato afirma que “a harmonia ambiental do planeta”, pressupõe aplicar,

*na esfera planetária, o princípio fundamental da solidariedade, tanto na dimensão presente quanto na futura, isto é, solidariedade entre todas as nações, povos e grupos humanos da mesma geração, bem como geração entre atual e as futuras. É evidente que a geração presente tem o dever fundamental de garantir às futuras gerações uma qualidade de vida pelo menos igual à que ela desfruta atualmente. Mas não é menos evidente que esse dever para com as gerações pósteras seria despido de sentido se não se cuidasse de superar, desde agora, as atuais condições de degradação ambiental em todo o planeta, degradação essa que acaba por prejudicar mais intensamente as massas miseráveis dos países subdesenvolvidos.<sup>17</sup> (Sublinhei.)*

Para esse notável professor da USP,

*É o Estado que deve atuar precipuamente, como o administrador responsável dos interesses das futuras gerações. Na verdade, tratando-se de um direito da humanidade, não é apenas ao Estado nacional que incumbe essa tarefa, mas sim ao concerto universal das nações.<sup>18</sup> (Sublinhei.)*

Não se discute mais que o direito à saúde, sendo social (CRFB, art. 6.º, *caput*), é, em certa medida, difuso. É difuso e impropriamente individual no plano da saúde pública e propriamente individual no que se refere à pessoa em si considerada. Esse segundo aspecto fica evidente com o art. 196 da Constituição, ao dispor que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas” — evidente-

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004, 3.ª ed., p. 422.

<sup>18</sup> Id., p. 425.

mente de saúde pública, no que se inscrevem, por óbvio, o saneamento básico, campanhas de vacinação e de esclarecimento — “que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e” — agora sim, também a saúde individual — “ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Por força de efeitos altamente deletérios sobre o meio ambiente e a qualidade de vida, a não prestação do serviço de esgotamento sanitário atenta contra o direito à saúde e atinge o direito fundamental à vida, insculpido no *caput* do art. 5.º da Constituição.

O direito à vida não é só o de seu titular manter-se vivo, por força do respeito à imposição a todas as demais pessoas, do dever de não interromper o processo vital daquele, oponível *erga omnes* e, assim, exigível de todos e de quem quer que seja. Ele é algo mais do que isso: compreende o de viver com dignidade.

A vida deve ser digna porque, por natureza, a qualifica a dignidade da pessoa humana, fundamento da República (CRFB, art. 1.º, III) e cláusula geral dos direitos da personalidade, eis que inerente a esta. Todo ser humano têm um crédito oponível a todas as demais pessoas naturais e jurídicas: o de estas se absterem de qualquer conduta que lhes atinja aquele atributo essencial.

Aliás, segundo Ricardo Lewandowski, do ponto de vista jurídico,

*(...) é possível definir a dignidade da pessoa humana como uma metanorma, que confere significado aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado, aqui, (...) não apenas sob a ótica individual, mas encarado, especialmente, sob um prisma coletivo. E, para que se possa apreender o conteúdo desse postulado, é preciso repotar-se àquilo que a doutrina alemã denomina de Menschenbild, ou seja, a imagem da pessoa que se encontra descrita, de modo amplo, no texto constitucional.*

*Nessa linha, Helena Regina Lobo da Costa, amparada em Konrad Hesse, assenta que “a imagem da pessoa delineada em nossa Constituição é a de um ser humano portador de direitos individuais, coletivos e sociais, de nacionalidade e de direitos políticos, que lhe garantem espaço para o exercício li-*

vre de sua personalidade, sem ignorar que esta pessoa existe em relação com os demais (Mitsein, em oposição a Selbstein – existir isoladamente”. Essa pessoa – prossegue ela – deverá, portanto, ser compreendida sempre em sua dupla acepção: como **ens individuale e ens sociale**.<sup>19</sup> (Sublinhei.)

Viver dignamente é, assim, também viver a salvo do risco de doenças provocadas ou facilitadas por falta, por exemplo, de serviço de esgotamento sanitário: coleta de esgotos, transporte, tratamento e deposição adequada, no meio ambiente, do material tratado.

Portanto, o tratamento final de efluentes não é algo que interessa apenas às relações entre concessionárias e o Poder Público. Interessa a toda a sociedade e a cada qual se seus membros porque diz respeito ao meio ambiente ecologicamente adequado, direito fundamental de todos. E a todos, por força de disposição constitucional, se impõe, como imposto é ao Poder Público, “o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CRFB, art. 225, *caput*).

Por isso, a questão não pode ser vista apenas pelo prisma do Direito do Consumidor. E por isso é inaceitável que a coleta de esgoto sanitário, no prédio em que é produzido, e seu transporte para longe dali, ou nem tão longe assim, satisfaz o usuário, tudo a justificar a cobrança. Se essa satisfação existe, ela se afasta de dever constitucional e do Direito Internacional Público, que onera a todos, ou seja, pessoas, sociedades particulares, sociedade civil, Estado e o concerto internacional de Estados, qual seja, o de preservar, recuperar, não agredir o meio ambiente e legá-lo hígido aos pósteros.

#### 4. DA ILICITUDE DA EXAÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Impossível é a análise do tema, prescindindo-se da ótica do Direito do Consumidor.

É pacífico ser de consumo a relação que há entre o prestador do

---

19 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, "Pesquisas Genéticas e Princípio da Dignidade Humana", in **Estudos: Direito Público / Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**, coordenação de MARTINS, Ives Gandra da Silva, ROSSET, Patrícia e AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 170. O autor cita COSTA, Helena Regina Lobo da, "A Dignidade da Pessoa Humana e as Teorias da Prevenção Geral Positiva". Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP em 2003, p. 21.

serviço de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário ou de arremedo disso.

No Direito brasileiro, o que caracteriza a relação de consumo não é o fornecimento de bens e serviços em caráter profissional a um consumidor não profissional e pessoa física, tão somente, como se poderia concluir pela interpretação meramente literal dos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/90, o que é inadequado, porque o CDC é lei principiológica, a qual dá efetividade e eficácia ao princípio constitucional da defesa do consumidor.

Não poderia o Direito defender partes contratantes e/ou litigantes de forças iguais, porque isso feriria o princípio constitucional fundamental da isonomia. Buscando também a igualdade material, ideal de justiça da Constituição da República, o Direito infraconstitucional protege o mais fraco em relação ao mais forte.

Por isso, a questão deve ser vista sob a ótica consumerista, que a professora Cláudia Lima Marques chama de “finalismo aprofundado”, o qual, sem chegar aos extremos finalistas e maximalistas, fica num meio-termo que valoriza a proteção da parte mais fraca na relação de consumo, admitindo pessoas jurídicas eventualmente como consumidoras.

Ao discorrer acerca do campo de aplicação do CDC nas relações contratuais, sob o ponto de vista desse “finalismo aprofundado”, leciona Claudia Lima Marques que:

*No caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4.º, I), é o polo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato (...) Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos cocontratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente. (...)*<sup>20</sup>

Assim, o que vai tornar aplicável o CDC é a prestação de bens – produtos e serviços – profissionalmente a um destinatário final, profissional

---

20 MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006, 5.ª ed., p. 317.

ou não, pessoa natural ou pessoa jurídica, em situação de vulnerabilidade em face do fornecedor.

É claro haver dissídio doutrinário. Não se desconhece que uma corrente de pensamento, a finalista, parte do pressuposto de que o direito consumerista é instrumento de tutela da parte mais fraca na relação de consumo, o que leva à conclusão de que o consumidor é apenas destinatário econômico do produto ou do serviço, para uso próprio ou da família, o que, de resto, exclui as pessoas jurídicas. Do mesmo modo, é sabido que outra escola, a maximalista, não faz distinções; para ela, sobreleva que o tomador de bens e serviços, seja qual for, sendo ou não pessoa natural, está em inevitável desvantagem.

Seja como for, ganha realce a observação da mesma autora recém-lembrada, no sentido de que

(...)

*Em resumo, em minha opinião atual existem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.* (MARQUES, Cláudia Lima, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006, 5.ª ed., p. 317.)<sup>21</sup>

São dispensáveis maiores exercícios expositivos para se considerar que todos os usuários dos serviços de fornecimento de água potável e de esgotamento sanitário, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, estão, quando nada, em situação de hipossuficiência fática. É claro que o tomador doméstico desses préstimos se vê técnica e informacionalmente inferiorizado em relação ao prestador. E em grau inversamente proporcional à sua educação, logo — e infelizmente, — situação social.

Não é fornecimento seguro e adequado de serviço coletar esgoto sanitário e jogá-lo *in natura* no meio ambiente, o que afronta o comando do art. 22, *caput*, do CDC, a dispor que “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

Impossível desconhecer, ademais, ser direito básico do consumidor “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou

---

21 MARQUES, Cláudia Lima, id. ib.

nocivos”, tanto quanto “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (CDC, art. 6.º, I e VI). A prática mencionada o ignora e é abusiva porque subsumida no inciso V do art. 39 do CDC: “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

Enfim, não é juridicamente admissível a cobrança de serviço não prestado, a saber, o de esgotamento sanitário, o qual, reafirma-se, consiste, *ex vi legis*, de todas as suas quatro etapas: coleta, transporte (desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente), tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, nisso incluídas todas as atividades inerentes a cada qual delas.

## 5. MATÉRIA AINDA SEM PACIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Dir-se-á que a matéria está pacificada por força do julgamento do REsp 1.339.313/RJ.

A assertiva, contudo, não é correta, a começar por não ser vinculante acórdão que julga recurso especial, segundo a disciplina do art. 543-C do CPC, tanto que, “Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem” (§ 7.º), “serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça” (inciso II), certo que, em tal caso, “mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial” (8.º).

À exceção das súmulas vinculantes, que impõem critérios de julgamento que têm de ser observados por todos os órgãos jurisdicionais, o acórdão que o STJ emite com base no art. 543-C tem a força de todo e qualquer acórdão, ou seja, concorre para a diuturna interpretação do Direito, obra coletiva de todos os tribunais, como é da tradição jurídica dos Estados que adotam a vertente romano-germânica do Direito, como o Brasil.

Como lembra Cândido Rangel Dinamarco,

*Num sistema de direito escrito como é o nosso, de origem romana, inexistem a força dos precedentes como portadores de preceitos para o futuro. Não há neles autênticas normas gerais e abstratas contendo previsões de fatos ou condutas*

(fattispecie) e imposição de consequências jurídicas a eles (sactionis juris). Nisso, os ordenamentos jurídicos de marca românico-germânica afastam-se do sistema da **common law**, em que umadas partes do julgamento (**holding**) constitui verdadeira regra a prevalecer em julgamentos futuros.

A influência exercida pelas linhas da jurisprudência dos tribunais considera-se suscetível de legítimas resistências pelos juízes inferiores, os quais não se reputam vinculados a ela.<sup>22</sup> (Sublinhei)

Para o emérito processualista,

Afirmção da jurisprudência como fonte do direito incorre, inicialmente, num desvio de perspectiva e mesmo de conceitos. Ela o seria se fosse portadora de normas gerais e abstratas com eficácia em relação a casos futuros, atribuindo bens ou determinando condutas e sendo vinculante em relação aos sujeitos atingidos e aos juízes que no futuro viessem a julgar a respeito das situações ali previstas. A repetição razoavelmente constante de julgados interpretando o direito positivo de determinado modo (jurisprudência) exerce algum grau de influência sobre os futuros julgadores mas não expressa o exercício do poder, com os predicados de generalidade e abstração inerentes à lei. A diferença entre poder e influência, que são temas de ciência política, reside justamente nisso – que enquanto o primeiro se impõe sem possibilidade de recusa, a segunda somente sugere condutas ou, como no caso da jurisprudência, linhas de interpretação jurídica. A influência que os precedentes jurisprudenciais exercem sobre os juízes é somente um fato e não vincula.<sup>23</sup> (Sublinhei)

Carlos Maximiliano preleciona que a jurisprudência apenas “preenche as lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais”, sendo “um verdadeiro suplemento da legislação, enquanto serve para a integrar

22 DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco, **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, volume I, p. 83. Grifos do autor. Ortografia da época da edição.

23 O. cit., p. 82. Grifos do autor.

nos limites estabelecidos; instrumento importantíssimo e autorizado de Hermenêutica, traduz o modo de entender e aplicar os textos em determinada época e lugar: constitui assim uma espécie de *uso legislativo*, base do Direito Consuetudinário, portanto.”<sup>24</sup> Para ele, “o sistema jurídico desenvolve-se externamente por meio da lei, e internamente pela secreção de novas regras, produto da exegese judicial das disposições em vigor.”<sup>25</sup>

Tecendo a acerba crítica a um “verdadeiro fanatismo pelos acórdãos”<sup>26</sup>, com seu acatamento “de modo absoluto e exclusivo”<sup>27</sup>, o grande jurista gaúcho afirma que

*(...) A jurisprudência auxilia o trabalho do intérprete; mas não o substitui, nem dispensa. Tem valor; porém relativo. Deve ser observada quando acorde com a doutrina. (...)*

*(...) É certo que o julgado se torna fator de jurisprudência somente quanto aos pontos questionados e decididos (...).*

*(...) Não basta, entretanto, saber da existência de um acórdão, para o adotar e invocar. Além de confrontar decisões várias, estudem-se os respectivos consideranda. O julgado vale, sobretudo, pelos seus fundamentos. O que não é solidamente motivado e conclui sobre razões vulgares, fúteis ou contrárias aos princípios, não tem importância alguma, não está à altura de documentar trabalhos forenses embora da sua insubsistência teórica não deflúa a inocuidade da sentença; ao contrário, esta, enquanto não reformada, prevalecerá. Aresto não bem fundamentado é simples afirmação e em Direito não se afirma, prova-se. Uma data de acórdão não é argumento.*<sup>28</sup>

Enfim, pela via da não vinculação, entendimento contrário a acórdão prolatado em sede de recurso repetitivo, pode conduzir, pelo debate judicial da matéria nele versada, ou seja, pelo poder da argumentação,

---

24 MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 16.ª ed., p. 178.

25 Id. ib.

26 *Op. cit.*, p. 181

27 *Op. cit.*, p. 183

28 Id. ib.

a outro, diverso do expresso naquele. É nessa possibilidade que reside a capacidade criadora da jurisprudência, o que, por exemplo, há de ter resultado na revogação da Súmula 263 do STJ – “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação” – e, mais que isso, na edição da Súmula 293, em sentido diametralmente oposto – “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.”

Demais disso o que o art. 543-C indica é a adoção de uma técnica para se atingir a dois objetivos: de um lado, a redução dos litígios, com o desafogo da máquina judiciária, extraordinária e insuportavelmente asoberbada; de outro, a pacificação social, que é o fim ontológico da jurisdição. Tal função do Estado consiste na aplicação, ao caso concreto que lhe é submetido, da vontade abstrata do ente estatal, realizada através de outra de suas funções: a legislação. Por isso, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, como dispõe o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *ex vi* da Lei 12.376/10<sup>29</sup>.

Por essa razão não se vê como acolher, do ponto de vista doutrinário, recente entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

*0002199-18.2013.8.19.0007 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA*

*DES. SÉRGIO LUCIO CRUZ - Julgamento: 14/04/2014 - ÓRGÃO ESPECIAL*

*UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ESGOTAMENTO SANITÁRIO. EXAÇÃO. Incidente suscitado pela Segunda Câmara Cível do TJRJ. Divergência jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de cobrança de tarifa e/ou preço público, a título de serviço de esgotamento sanitário, quando não observadas todas as quatro etapas previstas no art. 3.º, I, “b”, da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Inviabilidade de uniformi-*

---

<sup>29</sup> Decreto-Lei 4.657/42.

*zar-se, neste momento, a questão, por prematuro, eis que o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem de julgar recurso repetitivo, mas ainda não transitado em julgado, posto submetido à apreciação do Pretório Excelso. Não conhecimento do incidente.*<sup>30</sup>

Ao contrário. Resta demonstrado e tornado evidente pela persistência do dissídio jurisprudencial que o acórdão paradigmático não atingiu aquele primeiro desiderato e, por consequência, está distante de alcançar o segundo. O tão só desafogo da máquina judiciária não é suficiente porque não basta alcançá-lo ao preço de formais pacificação e prevenção de litígios.

Sabido que à Administração Pública só é dado fazer o que a lei permite, é de se ponderar que, mesmo admitindo-se a cobrança pela coleta e transporte de esgotos sanitários, tal como consignado no judicioso parecer ministerial (págs. 204/8), “a adoção do referido posicionamento, no caso concreto, depende da existência de lei local, uma vez que se faz mister conferir publicidade aos parâmetros e critérios adotados para a exação, porquanto os usuários do serviço têm direito de impugnar o percentual adotado para cada cobrança, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e da informação.”

Nesse sentido, o aresto abaixo transcrito, anterior ao acórdão-paradigma, o qual ora sublinho em parte:

0486200-54.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO

1ª Ementa

DES. JESSÉ TORRES - Julgamento: 24/04/2013 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Apelação. Serviço de água e esgoto. Norma que fixa tarifa que engloba a prestação dos serviços de água e de esgoto em idêntica proporção. Omissa a norma regulamentadora, todavia, quando o serviço de esgoto não é prestado ou se o é parcialmente. A concessionária pode e deve cobrar do usu-

---

30 Está consignado nas razões de decidir que “Como (...) ainda não existe trânsito em julgado desse acórdão, atado que foi por recurso extraordinário, prematuro seria uniformizar a jurisprudência no âmbito desta Corte, antes do pronunciamento do Pretório Excelso” (in <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>). Conquanto não se veja prematuridade por esse motivo, a afirmação abona a convicção de que acórdão em sede de recurso repetitivo não inibe a capacidade criadora da jurisprudência.

*ário pelo volume de serviço que este consome. Se o consumo se inviabiliza pela ausência do serviço, ilegítima é a cobrança. Se o serviço é prestado apenas parcialmente, viável seria a cobrança em correspondência ao prestado e consumido, mas tal correspondência há de ser prevista em lei ou norma da entidade reguladora. Concessionária que estipula, em sede administrativa, o índice da tarifa que incidirá sobre a prestação parcial do serviço de esgoto. Ilegalidade. Recurso a que se nega seguimento.*

Na fundamentação, ressalta o eminente relator que,

*na ausência de lei, não pode a concessionária substituir-se ao poder concedente na definição da política tarifária, que àquele reserva a Constituição Federal (art. 175, p. único, III).*

## **6. UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL MÉDIA**

Objetivando, no entanto, adoção de solução preocupada com o estabelecimento de uma política judiciária, e na busca de uma solução que represente uma média do entendimento jurisprudencial, pode-se considerar que, de todo modo, o usuário conta com o serviço de coleta e transporte de esgoto predial, o que, *ex vi legis*, não é o de esgotamento sanitário, sendo, no entanto, semelhante, parecido, vizinho do definido no art. 3.º, I, “b”, da Lei 11.445/07. O sentimento de não ser admissível a isso não corresponder contraprestação vem claramente do princípio jurídico que repudia o enriquecimento sem causa, mais afeito ao Direito Privado e, entretanto, ínsito ao conceito social do justo.

Com a ressalva de que, pessoalmente, assim não penso, mas tendo em mente aquele escopo pacificador, pode-se admitir ser razoável acatá-lo. Mesmo assim, não se pode admitir fixação arbitrária de tarifas e preços públicos. É fato notório que autarquias municipais fluminenses os têm estabelecido em 50% do que é cobrado pelo fornecimento de água, como se a remuneração da prestação do serviço de esgotamento sanitário, tal como definido na Lei 11.445/07, devesse corresponder a exatos 100% daquele.

Além disso, é evidente que coletar esgotos sanitários e lançá-los *in natura* no meio ambiente dispensa insumos, é menos custoso, exige menos tecnologia, menos dispêndios de manutenção e menos investimentos, do que tratá-los, isto é, torná-los inócuos à saúde humana, bem assim à natureza. Não há, ousou crer, nenhuma expertise para assim concluir. Basta a experiência comum. Fica evidenciado – estou convencido – que a arbitrária fixação agride ao princípio da modicidade tarifária, presente na Lei 11.445/07.

Há, assim, necessidade de lei que defina o preço público a ser cobrado pelo Poder Público, quando o serviço é prestado pela Administração Pública, ou de ato normativo da entidade de regulação, na hipótese de prestação por concessionária (pessoa jurídica de direito privado). Não é demais lembrar que, nos termos do art. 22 da Lei 11.445/07, é objetivo da regulação, dentre outros, “definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.”

Concluir-se-ia, assim, que a cobrança de tarifa ou preço público por quaisquer das etapas da atividade de esgotamento sanitário (Lei 11.445/07, art. 3.º, I, “b”) dependeria de definição tarifária por lei ou por ato da entidade reguladora, conforme seja ele prestado diretamente pela Administração Pública ou por concessionária (pessoa jurídica de direito privado).

## **7. ABORDAGEM DO TEMA NAS AÇÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO FLUMINENSE**

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, colacionada acima, desnuda dois fatos interessantes. O primeiro deles, talvez o mais relevante, é o de que os autores das ações, que vêm sendo propostas no Judiciário fluminense, e que objetivam a declaração da inexigibilidade dos créditos que lhes são opostos por esgotamento sanitário insuficientemente realizado, não exploram o tema à vista do Direito Constitucional.

Portanto, não há menção a malferimento ao direito à vida, à saúde ou a meio ambiente sadio. Muito menos à dignidade humana. Tampouco frequenta a *causa petendi* a inobservância do disposto no inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, a exigir, como antecedente da fixação de tarifas e preços públicos, a definição de política tarifária e seu cumprimento.

A prática permite concluir que a *causa petendi*, constante, aliás, de petições iniciais no mais das vezes padronizadas, se limita a afirmar que autarquias municipais e concessionárias às quais o saneamento básico é cometido não podem cobrar por esgotamento sanitário, já que apenas a coleta e o transporte são efetuados. E nada mais. Nenhuma linha argumentativa se agrega a isso, a não ser, vez ou outra, inócua menção a um verbete sumular do TJRJ – aliás, de efêmera vida, eis editado em 16 de janeiro de 2012 e revogado em 31 de maio do mesmo ano<sup>31</sup>, qual seja o de número 255:

*Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário.*

O segundo está em que os órgãos jurisdicionais deslindam essas causas sem tal abordagem. Provavelmente esteja aí a razão pela qual essa peculiar situação, multiplicadora de ações na Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ainda não tenha merecido exame pelo Supremo Tribunal Federal, como exemplifica o aresto abaixo:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TARIFA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL PLENÁRIO VIRTUAL TEMA 424 ARE. Nº 685.029-RG. 1. A matéria **sub examine** teve sua repercussão geral rejeitada pelo Plenário Virtual desta Corte, nos autos do ARE nº 685.029-RG, de relatoria do E. Ministro Cezar Peluso, DJe 30.8.2011. 2. **In casu**, o acórdão recorrido assentou: “AGRAVO LEGAL. SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO. ESGOTAMENTO SANITÁRIO. RECONHECIMENTO DA FALTA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUTARQUIA. PAGAMENTO DE CUSTAS ISENÇÃO. ‘Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário.’ (Constante do Aviso TJ nº 51, de 16.6.2011 – DJERJ, ADM 190 (2)*

31 Cf. Processos Administrativos 0032040-50.2011.8.19.0000 e 0032040-50.2011.8.19.0000 ([http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos\\_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&idioma=0](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&idioma=0))

– 17.6.2011). *Ante a natureza autárquica da prestadora do serviço público, incabível sua condenação ao pagamento das custas processuais diante do instituto da isenção tributária. Recurso provido em parte.” 3. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(ARE 701455 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento: 11/12/2012.)

De outro bordo, não se tem notícia de ação coletiva que verse sobre a questão abordada neste artigo. Existem, sim, feitos de tal natureza, mas que buscam a condenação de o Estado do Rio de Janeiro ou de o município, em especial o do Rio de Janeiro, não raro de ambos, a procederem à urbanização de favelas, com o planejamento e a realização de amplo leque de obras, as quais vão desde contenção de encostas até a implantação de redes de esgotamento sanitário, mas de todo inexistentes. Há também ações individuais nesse sentido.

Nem umas, nem outras não aludem, contudo, à incompletude do esgotamento sanitário e à inexigibilidade da exação oposta aos usuários.

## 8. CONCLUSÃO

Apesar da proposta, de contornos mais políticos do que jurídicos, lançada no item 6, não se vê como concluir senão pela inexigibilidade da exação. Esta é a única conclusão a que permite chegar uma visão pós-positivista da Constituição, a qual tem foco na efetividade dos direitos fundamentais que ela assegura. Essa é a ótica pela qual se deve ver o mundo jurídico.

Ela leva também à conclusão de que a solução dada ao tema pelo acórdão paradigmático não consoa com a Lei 11.445/07, com os direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde e à vida, este último considerado sob o prisma da dignidade humana. Não atende ao princípio constitucional setorial da legalidade (CRFB, art. 37, *caput*). E destoia do Direito do Consumidor, já a partir de seu delineamento constitucional. ❖

## BIBLIOGRAFIA

COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação História dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco, **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, "Pesquisas Genéticas e Princípio da Dignidade Humana", in **Estudos: Direito Público / Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**, coordenação de MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins, ROSSET, Patrícia e AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. São Paulo: Lex Magister, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006, 5.ª ed.

MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 16.ª ed.

MEIRELLES, Hely Lopes; atualizadores: ALEIXO, Décio Balestero e BURLE FILHO, José Emmanuel, **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: RT, p. 801, 39.ª ed., 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; atualizadores: WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: RT, p. 171, 34.ª ed.. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo e Brasília: SARAIVA e IDP, 2009, 4.ª ed.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da, **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007, 3.ª ed.

VASCONCELOS, Edson de Aguiar, **Direito Fundamental de Cidadania ou Direito a Ter Direitos**. Curitiba: CRV, 2012.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Msg/VEP-09-07.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Msg/VEP-09-07.htm)

[http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos\\_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&idioma=0](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&idioma=0)

<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>

# Legado Orwell: O Paradigma da Ultravigilância

**Leonardo Rezende Cecilio**

*Discente do curso de formação Perito em Análise Forense Computacional (CLAVIS). Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Membro da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e do Instituto Brasileiro de Direito da Informática (IBDI). Advogado criminalista.*

## RESUMO

Este trabalho pretende demonstrar a importância de a agenda internacional de cibersegurança estar inserida no contexto do Estado de Direito democrático ao apontar algumas de suas tendências que demandam atenção e acompanhamento. Na atual conjuntura do desenvolvimento das civilizações, marcado por responsabilidades e ambições globais, a tecnologia da informação ostenta sua onipresença na vida civil ao permear Estado, mercado e sociedade, compelindo países a repaginarem aspectos internos e externos concernentes a Segurança e Defesa. Apoiado em abordagem interdisciplinar, o presente artigo objetiva convocar reflexões sobre limites ao poderio do Estado ao expor uma análise do circular confronto entre a retórica da prevenção e as liberdades individuais – agora projetado na órbita digital.

## INTROITO

Em 1948, a literatura britânica profetizou, no romance intitulado *1984*, uma sociedade hiperbolicamente monitorada por uma personagem de traços leviatânicos – o chamado *Grande Irmão (Big Brother)*. O mentor da obra, Eric Arthur Blair, mais conhecido pelo pseudônimo que adotara,

George Orwell, cogitou um futuro em que cidadãos seriam alvo de um cotidiano regime de vigilância, justificado por políticas de segurança e ordem.

Atualmente, a matiz regulatória do Estado-Nação tem se mostrado enfraquecida. A ausência (ou inexpressão) normativa de atividades socialmente vitais evoca situações de descontrole, como a crise econômica mundial de 2008, seqüela do *laissez-faire, laissez-passez* estadunidense para o setor financeiro que deixou evidente que a desregulação pode ser um poderoso vetor de desenvolvimento sem controle político (RODRÍGUEZ; AGUDELO) – mas também um prelúdio de circunstâncias traumáticas. No ambiente digital não seria diferente.

Os tempos atuais testemunham uma digitalização de conhecimentos e atividades, em que a tecnologia da informação perpassa Estado, mercado e sociedade. Na maioria dos países, do cidadão à máquina pública, cada vez mais tem sido confiada à informática a salvaguarda de dados, o planejamento, a execução e o controle de serviços essenciais. Das residências às ruas, um onipresente aparato de tecnologias informacionais computa ininterruptamente o movimento de mercadorias, serviços e indivíduos, e, além disso, todo esse empreendimento conta agora com a terceirização, fragmentando ainda mais a indústria da vigilância.

Ocorre que a aparente liberdade proposta pela internet não é despreziosa, mas inversamente proporcional à privacidade, renunciada homeopaticamente a cada clique. A falaciosa gratuidade dos serviços oferecidos na rede é, em verdade, custeada com a informação – a moeda da nova *economia dos dados*. Em um domínio capaz de abarcar crimes, espionagem e até conflitos bélicos, a atual conjuntura da fragilidade da informação desafia a comunidade internacional no desenho de coordenadas legislativas e operacionais eficazes para o enfrentamento de variados níveis de hostilidade informática.

Contudo, o diagnóstico da agenda internacional de cibersegurança aponta para discrepâncias entre teoria e prática; não o bastante, a falta de transparência das potências informáticas, aliada a documentos normativos estrategicamente promulgados, tem dado respaldo legal a uma série de violações a direitos fundamentais. Nesse sentido, são revisitadas as indesejáveis reflexões sobre como se prover segurança sem obliterar direitos conquistados através de séculos – agora escaneadas para a dimensão computacional.

## ANAMNESE: A GUERRA AO TERROR

Quando o curso ordinário e sóbrio da vida social em determinada localidade é atacado de forma brusca, abre-se uma série de canais de disputas ideológicas discursivas (ŽIŽEK, 2011). Instalado no corpo social em virtude do trauma (natural, militar ou econômico), o pânico acomete o público de tal maneira que chega a prepará-lo para aceitar, quase inauditamente, intervenções oportunamente propostas – por fim, encaradas como inevitáveis; entra em cena a imposição de dispositivos aptos a escorar e legitimar novos modelos de, por exemplo, economia de mercado, gestão de governo ou política de segurança à região afetada. Naomi Klein afortunadamente identificou esse fenômeno, intitulado-o de *doutrina do choque* (KLEIN, 2007).

O incidente de 11 de Setembro de 2001 representou uma das maiores cisões entre Ocidente e Oriente já vista na História. Compreensivelmente, a sociedade norte-americana mergulhou em um profundo sentimento de pânico coletivo – nutrido pelo frenesi midiático –, e, em meio a uma fileira de síndromes, os discursos de ódio contra o mundo árabe ganharam tônica. Estabelecida uma base de nações aliadas comprometidas contra o *terror*, sob o estandarte da *defesa da liberdade*, a Administração Bush assinalou os países componentes do que chamou de *Eixo do Mal* e declarou guerra contra terrorismo internacional.

Involuntariamente, a fragilidade momentânea do povo estadunidense, embebida na ideia de insegurança absoluta, propiciou que a retórica da prevenção justificasse uma compulsão maniqueísta pela captura do inimigo islã. A esse respeito, Richard Clarke <sup>1</sup> confirma que a manipulação emocional sofrida pela população norte-americana foi, de fato, utilizada como estratégia de governo para motivar, dentre outras medidas, o envio de tropas ao Iraque (CLARKE, 2010) <sup>2</sup>.

Em um primeiro momento, a compulsiva perseguição do Governo Bush às nações árabes retomou a lógica do *Direito Penal do Inimigo*, de Günter Jakobs, que propõe a desconsideração do inimigo como pessoa (*Feinde sind aktuell Unpersonen*). Posteriormente, sucessivas providências foram sendo tomadas nos campos político, jurídico e industrial, origi-

---

1 Richard Clarke foi Coordenador de Segurança Nacional, Proteção de Infraestrutura e Contra-Terrorismo nos Estados Unidos, atuante desde o Governo Reagan até 2003. Vide entrevista concedida a Jorge Pontual, do programa *Milênio (GloboNews)*, em maio de 2005, disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=QvXWPTqt564>>.

2 Para maior aprofundamento no tema, recomenda-se a análise de Robert Castel sobre as angústias alimentadas pela insegurança na atualidade em CASTEL, Robert. **A insegurança social: O que é ser protegido?** Petrópolis: Vozes, 2005.

nalmente na intenção de darem aporte ao empreendimento de segurança que era então construído; contudo, essas iniciativas transbordaram sobre a própria sociedade civil estadunidense.

Pouco mais de trinta dias após a ofensiva jihadista em território norte-americano, como manobra para isentar do então vigente *Freedom of Information Act* (FOIA)<sup>3</sup> todas as solicitações de repasse de informações feitas a empresas prestadoras de serviços de comunicação, o Congresso aprovou o chamado *USA Patriot Act*<sup>4</sup>, a fim de legitimar a requisição de registros informacionais em hipóteses suscetíveis de investigação. Mais tarde, ante a projeção dos questionamentos sobre sua constitucionalidade, seguindo essa linha, o poder público foi amplificado através de emendas que solidificaram a *National Security Letter* (NSL).

Instituídas em 2003<sup>5</sup> pela Administração Obama, as chamadas *cartas de segurança nacional* são uma espécie de intimação administrativa, advindas do Poder Executivo, e que legitimam a exigência não judicial da quebra do sigilo de comunicações – podendo, inclusive, impor dever de silêncio a seus destinatários. As NSLs passaram a ser utilizadas, sobretudo pelo FBI, para investigações autorizadas em casos de suspeita de terrorismo internacional ou inteligência clandestina (espionagem), sendo vedado – ao menos teoricamente – seu uso para elucidar de questões de menor potencial ofensivo.

## HEGEMONIA INFORMÁTICA

Hodiernamente, a concentração de serviços em poder de alguns ícones do setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC) responde pela hegemonia das chamadas *potências informáticas*. Aspectos como dependência de fornecedores (majoritária ou exclusivamente) estrangeiros, hospedagem de ativos da informação em infraestruturas tecnológicas internacionais e sua governança compartilhada com proprietários de outros países são determinantes tanto de questões operacionais ligadas ao ambiente virtual quanto de sua situação regulatória.

<sup>3</sup> Diploma regulador da liberdade de expressão nos EUA, em vigor desde 1967.

<sup>4</sup> Acrônimo de *Unitening and Strenghtening America by Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, aprovada em 26 de Outubro de 2001.

<sup>5</sup> Através da promulgação do *Eletronic Communication Privacy Act* (ECPA), 18 U.S.C. seção 2709.

Em particular, projetada para fins militares no auge da Guerra Fria, a internet foi desenvolvida para o intercâmbio de dados entre diversos computadores sem que houvesse – propositalmente – um comando central. O objetivo fora criar um sistema imune aos ataques iminentes, capaz de manter seu funcionamento na eventual destruição de um ou mais servidores conectados. Portanto, é de se notar que sua criação foi baseada em uma relação de confiança.

Mais tarde, observou-se a apropriação do sistema de rede pelo meio acadêmico, no intuito de otimizar o compartilhamento de pesquisas, seguida pela eclosão da multimídia, que impôs uma demanda por transmissão de grandes volumes de dados, o que tornou obsoletos os antigos meios utilizados nesses tráfegos (VIEIRA, 2000). Novas tecnologias foram sendo desenvolvidas e novos ícones corporativos aderiram à disputa pela hegemonia de mercado. Mas a arquitetura do ambiente informático conservou as peculiaridades originais do contexto em que fora criada, respondendo pela inviabilidade de definição de limites territoriais – e, com isso, dificultando o estabelecimento de jurisdições.

Além disso, o incentivo contemporâneo à busca por uma integração global absoluta, condicionada ao desenvolvimento econômico e tecnológico de alguns países, proporcionou a concentração das infraestruturas geradoras de telecomunicações sob o controle de algumas empresas do setor privado. Responsáveis pela construção das bases físicas que edificam o ambiente virtual <sup>6</sup>, essas multinacionais, naturalmente, são regidas pelo ordenamento jurídico de suas respectivas nacionalidades – salvo aspectos atraentes da aplicação de leis locais, por exemplo, relações trabalhistas. Nesse diapasão, sabe-se hoje que o controle dessas infraestruturas físicas geradoras do domínio virtual possibilita, logisticamente, a interceptação do fluxo de dados em escala intercontinental. Igualmente, torna-se maior o poder de barganha das potências informáticas nas negociações e nas próprias iniciativas legiferantes de âmbito internacional sobre a governança da internet – o que faz jus ao antigo aforismo de que *aquele que domina a informação detém o poder*.

## **A TENDENTE INTROSPECÇÃO DA AGENDA INTERNACIONAL DE CIBER-SEGURANÇA**

Em termos globais, a aceleração do incremento tecnológico chega praticamente a subestimar o Direito, desafiando legislador e destinatários da norma a identificar e absorver uma série de conceitos de alta tec-

<sup>6</sup> V.g., satélites, servidores, data centers, supervias de cabos de fibra óptica e antenas de rede sem fio (*wireless*).

nicidade e difícil compreensão. Não é exagerado reconhecer que, *hoje, a urgência parece subverter, e de forma durável, a produção de todo o Direito* (ÖST, 1999, p. 360). Por outro lado, um Estado não rendido a um punitivismo simbólico e inflacionário <sup>7</sup> não se confunde com um Estado ignorante de transformações cosmovisionais e, conseqüentemente, negligente com novos contornos do *modus vivendi*.

Não se pretende negar o progresso de técnicas empregadas para fins hostis, sendo natural e justa a expectativa de que, com elas, evoluam também os recursos estatais para fins persecutórios. Entretanto, o avanço instrumental do poder público para inibir ações lesivas à sociedade deve vir acompanhado de limitações normativas de modo a conter uma conhecida tendência de extrapolação de seu uso legítimo, já que *as disciplinas sempre tendem a ultrapassar os âmbitos institucional e local em que são consideradas* (FOULCAULT, 2000, p. 298-299).

Ao longo do desenvolvimento das sociedades, viu-se necessário que, antes de lançar-se a conter circunstâncias, deve o Estado ser capaz de controlar sua própria força <sup>8</sup>, pelo que foram sendo consagrados e insculpidos nos ordenamentos jurídicos democráticos os direitos afirmados como fundamentais – estandartes da esfera impenetrável do indivíduo (RODOTÀ, 2010). A esse respeito, leciona Paulo Gustavo Gonet Branco que

***a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas*** (BRANCO *et al*, 2009, p. 265).

É indubitável a subordinação do indivíduo aos Poderes Públicos – sendo isto, justamente, o que lhe gera deveres para com o Estado <sup>9</sup>. No entanto, a personalidade humana exige que haja *desfrute de um espaço de liberdade* contra as ingerências estatais, já que a autoridade pública é exercida sobre homens livres, na dicção de Jellinek (*apud* BRANCO *et al*,

---

<sup>7</sup> No entender do doutrinador espanhol Jesús María Silva-Sánchez, a disciplina penal tem se modulado a partir do clamor imediatista e punitivo da opinião pública – crente na (falaciosa) ideia de que o combate da criminalidade se reveste de eficiência com a edição reiterada de tipos penais e com o recrudescimento das penas (SILVA-SÁNCHEZ *apud* CECILIO, 2010, p. 16).

<sup>8</sup> TSU, Sun. **A Arte da Guerra: os treze capítulos originais**. Adaptação de André da Silva Bueno. São Paulo: Jardim dos Livros, 2010.

<sup>9</sup> Aqui se refere à *teoria dos quatro status*, de Georg Jellinek.

2009, p. 289)<sup>10</sup>. No direito positivo brasileiro, coube ao artigo 5º, inciso X, da Constituição de 1988 declarar *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*.

De acordo com a Electronic Frontier Foundation (EFF), conhecidos não mais que a data de nascimento, o código postal e o sexo (o que corresponde, aproximadamente, a uma quantidade de informação mensurada em 33 bits), é possível deduzir a identidade de alguém (EFF, 2010). Há alguns anos – muito antes de virem à tona as revelações da campanha de megaespionagem norte-americana – afirmou-se, com propriedade, que o Google e o Facebook tornavam-se as maiores bases de dados do mundo (GLENNY, 2011).

Em *Dark Market*, Misha Glenny destacou que a *onipresença multi-plataforma e multitarefa do Google* violaria a legislação antitruste norte-americana, e que a imensidão de dados pessoais ali aglomerados consistem, a um só tempo, em uma oportunidade para o crime e um perigo às liberdades civis (GLENNY, 2011, p. 17). Para o autor, tal ameaça era devida à possibilidade de o governo dos EUA acessar bancos de dados daquela empresa sem grandes esforços legais, o que dispensaria a necessidade de invasão daqueles sistemas por suas agências de inteligência para tanto. Em poucas letras, Glenny resumiu sua principal insinuação: *quem abriria mão desse poder em nome da legislação antitruste?* (*ibidem*). Também na literatura já se cogitava o perfil das atividades desempenhadas pelos departamentos de segurança e inteligência dos Estados Unidos; era o que ensaiava Dan Brown, em **Digital Fortress**, publicado no longínquo ano de 1998.

Após o incidente de 11 de Setembro, o governo norte-americano passou a legitimar medidas que antes seriam transgressões normativas, invocando possuir autoridade executiva para permitir algo próximo a um programa de espionagem nacional por meio da National Security Agency (NSA) – sem ordem judicial (RISEN, 2005).

Hoje, o barateamento das tecnologias de armazenamento de dados é um dos catalisadores da chamada política de *interceptação estratégica*, compreendida como o monitoramento massivo e indistinto das comunicações dos cidadãos; se antes um indivíduo despertava uma potencial ne-

---

10 No mesmo sentido, Léon Duguit, para quem *pouco importa a noção que se tenha do Estado (...); é preciso afirmar energeticamente e incansavelmente que a atividade do Estado em todas as suas manifestações é limitada por um Direito superior a ele, que há coisas que ele não pode fazer e outras que ele deve fazer, e que essa limitação não se impõe apenas a este ou àquele órgão, mas ao Estado mesmo como pessoa, se admite essa concepção, e se impõe a todas as manifestações da atividade estatal, seja qual for o órgão que intervenha* (grifo nosso) (DUGUIT, 1927, p. 517).

cessidade de monitoramento por razões de natureza profissional ou por indícios de envolvimento criminosos, nos dias de hoje a regra é, primeiro, vigiar e registrar randomicamente para, posteriormente, refinar as informações coletadas (*ibidem*, p. 57) – ainda que, literalmente, o que se fazer com a enxurrada de dados armazenados seja o maior desafio que vem sendo enfrentado. De toda maneira, o meio especializado hoje reconhece que *a internet, que deveria ser um espaço civil, se transformou em um espaço militarizado* (ASSANGE *et al*, p. 53).

Seguindo uma linha de eventos já vivenciados, não parece exagerada a identificação de uma tendência brasileira em importar o modelo estadunidense de vigilância na Internet (leia-se, nas telecomunicações, de modo geral). Semelhante caminho foi tomado pela apropriação do discurso da *segurança nacional* (em verdade, invocado para instrumentalizar campanhas anticomunistas) e o da *Guerra às Drogas*, que serviram para produzir, no âmbito interno, a retórica da *segurança pública*<sup>11</sup>: como grafado em diversas passagens na História, o adversário político tende a ser transformado no inimigo social – ou seja, no criminoso comum. E para buscá-lo, em particular, o Estado não costuma medir esforços<sup>12</sup>.

Na experiência norte-americana, o ultramonitoramento foi inicialmente ativado para rastrear ramificações de grupos ligados à atividade terrorista e criminalidade grave – sendo vedado seu uso para investigação de crimes de menor potencial ofensivo. Posteriormente, passou-se a perseguir adeptos do *cyber hacktivism* (ciberativismo)<sup>13</sup> e, finalmente, dedicou-se à defasagem completa das telecomunicações dos próprios cidadãos norte-americanos, além de indivíduos, empresas e órgãos públicos de variadas nacionalidades.

No Brasil, embora absolutamente legítima a busca pelo desenvolvimento de resiliência para momentos de crise – condição indispensável

11 Recomenda-se BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Instituto Carioca de Criminologia. Coleção Pensamento Criminológico: Volume II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

12 Recomenda-se FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

13 Como a tentativa de enquadrar semântica e juridicamente Julian Assange e Edward Snowden no tipo penal de terrorismo, além das abordagens seguidas de interrogatórios extraoficiais em aeroportos com ciberativistas sem a presença de advogados. Um incidente que ganhou notabilidade foi a experiência de brasileiro David Miranda, que, por ser companheiro de Glen Greenwald (jornalista que publicou as primeiras denúncias de Snowden ao *The Guardian*), foi detido no aeroporto de Heathrow (Londres), em 2013. Embora considerada legítima a temporária restrição da liberdade de Miranda pela Justiça britânica, o Itamaraty considerou a medida injustificável (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1414398-detencao-de-david-miranda-em-aeroporto-de-londres-foi-legal-diz-justica-britanica.shtml>>. Acesso em: 21.02.2014).

para defender os interesses nacionais na comunidade global –, algumas notícias sinalizam a tendência de importação das dimensões tecnossociais da ultravigilância. Uma delas é a compra, já anunciada, de *drones* para equipar o aparato policial<sup>14</sup>. Os drones **são aeronaves não tripuladas, originalmente produzidos para cenários de guerra, equipados com ferramentas de mapeamento geográfico, identificação de alvos de calor, filmagem e fotografia de alta resolução e artilharia de longo alcance**<sup>15</sup>. Hoje, estão sendo reduzidos ao tamanho de pássaros de pequeno porte **e até insetos para tornar a própria guerra invisível à nação em nome da qual é travada** (BAUMAN, 2013, p. 27). No cenário brasileiro, embora sua aquisição tenha se dado em virtude da agenda de segurança dos eventos multitudinários dos quais o País será anfitrião, é pertinente questionar a que será destinado o uso desses equipamentos **após o término** dessas festividades, já que políticas e ferramentas concebidas para contenção e enfrentamento de ameaças antagônicas costumam, cedo ou tarde, ser apontadas para a própria população em nome da segurança pública. Inclusive, a projeção é que os drones possam ser utilizados nos meios civil<sup>16</sup> e comercial<sup>17</sup>.

Outro aspecto relevante na mesma linha é o já ocorrente embate travado entre redes sociais e a Justiça a respeito da possibilidade de repasse de dados e metadados<sup>18</sup> de indivíduos sob investigação criminal (e política) envolvidos nos afamados protestos que se espalharam por diversas cidades brasileiras nos últimos meses<sup>19</sup>. Embora sutil, é perceptível que, originalmente, nem mesmo a própria legislação americana que regulava tal matéria previu a possibilidade de repasse de informações de suspeitos que não estivessem sendo investigados por *terrorismo* ou criminalidade *grave*; essa última categoria de delitos foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro sob a alcunha de *crimes hediondos* – dentre os quais não se

14 Vide <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/05/em-1-acao-conjunta-de-drones-fab-e-pf-apreendem-drogas-na-fronteira.html>>. Acesso em: 02.02.2014.

15 <http://www.tecmundo.com.br/veiculos/41834-drones-o-que-e-preciso-saber-sobre-os-robos-voadores-ilustracao-.htm>.

16 Vide <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1019/noticias/o-novo-alvo-dos-drones>>. Acesso em: 02.02.2014.

17 Vide <<http://www.theguardian.com/technology/2014/mar/04/facebook-talks-drone-satellite-firm-internet>>. Acesso em: 02.02.2014.

18 Metadados são, literalmente, *dados sobre dados* ou, ainda, *dados de não conteúdo*, como a identificação destinatário e remetente de mensagens e carimbos de data e hora.

19 "Autoridades travam batalha judicial com Facebook por dados de 'black blocs'." Por Josias de Souza. Publicado em 16.02.2014. Disponível em: <<http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2014/02/16/autoridades-travam-batalha-judicial-com-facebook-por-dados-de-black-blocs/>>. Acesso em: 07.03.2014.

encontram os delitos que têm sido, via de regra, imputados aos manifestantes mais exaltados, como os intitulados *Black Blocs* <sup>20</sup>.

## VIDA PRIVADA E ESTADO DE (RELATIVO) DIREITO

A hodierna megalomania de determinadas potências informáticas pela montagem de um pitoresco banco geral de dados remete ao acúmulo armamentista que iconografou o período da Guerra Fria, caricaturando algo que se poderia chamar de uma inescrupulosa *corrida informacional*, cujo objetivo permanece absolutamente incógnito. É como se estivesse sendo criada uma espécie de bolha a partir de uma estrondosa quantidade de biografias digitais não autorizadas, formadas tanto pela disposição voluntária de informações quanto pelo arrombamento da vida privada, sobretudo pela via das telecomunicações, cujo destino é consideravelmente obscuro.

O direito à privacidade possui a faculdade de constranger os outros ao respeito de situações vitais que somente dizem respeito ao próprio titular (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 77); seu cerne alude ao controle de quais informações devam ou não ser levadas a conhecimento público, sujeito, portanto, à exclusiva e discricionária decisão daquele a quem pertencem (BRANCO, 2009, p. 422). Além disso, é válido destacar que a privacidade é um dos componentes de maior relevância no interior de certas relações humanas – como o casamento (*ibidem*, p. 421). Soa inconcebível cogitar um Estado que se declare *de Direito* e que, ao mesmo tempo, permita relativizar indistintamente a privacidade de seus próprios cidadãos sob o pretexto da (espera pela) iminência de ataques. Na seara dos Direitos Humanos, já foi afirmado que a expressão *vida privada* compreende a proteção contra

*ataques à integridade física, moral e sobre a liberdade intelectual (do indivíduo), contra o uso impróprio do nome e da imagem de alguém, contra atividades de espionagem ou de controle ou de perturbação da tranquilidade da pessoa e contra a divulgação de informações cobertas pelo segredo profissional (ROLIN, 1973).*

---

20 De modo geral, a eles têm sido imputados os crimes de quadrilha ou bando, dano ao patrimônio público ou privado e de incêndio, que não integram o catálogo definidor de crimes hediondos no ordenamento jurídico brasileiro.

O afirmado *Estado de Direito* resulta da conexão entre o Estado, propriamente dito, e a ordem jurídica, sendo baseado no poder político, no direito e nos indivíduos (COSTA, ZOLO & SANTORO, 2006, p. 96). Incontestavelmente, de acordo com a teoria constitucional tradicional, para que haja verídico reconhecimento do Estado de Direito como tal, *os poderes públicos devem ser exercidos sobre balizas estabelecidas pelo ordenamento jurídico* – leia-se, dentro dos conhecidos limites constitucionais (NICOLITT, 2008, p. 27-29). O que vem a destoar disso caracteriza desvio e corrupção, engendrando o conceituado Estado de Exceção permanente (SCHMITT, 2006).

Em tempos de anormalidade constitucional, quando algum poder de fato metajurídico <sup>21</sup> representa ameaça à ordem instituída – declarada inapta a manter o controle social –, uma série de medidas são postas em cena sob o pretexto de restaurar a estabilidade, resposta essa que surge, profilaticamente, sob a forma daquilo a que se chamou de *Estado de Exceção* (NICOLITT, 2008, p. 32).

A ideia do Estado de Exceção surgiu na perspectiva das constituições emergentes após a II Guerra Mundial; a tragédia vivida pelas democracias entre as duas grandes guerras deixou como lição a importância de se reconhecer os direitos do homem e, ao mesmo, manter a salvaguarda geral dos regimes (MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1957, p. 178 e 197). Nesse plano, o conceito intenta a *organização constitucional dos períodos de crise*, consistindo, em apertada síntese, em uma tentativa desesperada dos regimes democráticos de restabelecer a estabilidade afetada por abalos políticos, sacrificando minimamente os direitos e garantias constitucionais (COELHO, 2009, p. 1383). Não obstante, diversos países têm conhecido, em pleno século XXI, uma duração demasiado extensa (quando não permanente) desse *ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político* (AGAMBEN, 2004, p.11).

Tal como ocorreu na experiência germânica, em que se assistiu à gênese da Administração Nazista a partir de um Estado de Exceção permanente, também o Estado norte-americano, após o incidente de 11 de Setembro, passou a adotar técnicas de governo com medidas destoantes do regime democrático, reveladas, já de primeiro momento, na for-

---

21 Devo essa expressão a Cipriana Nicolitt.

ma de interceptações telefônicas em massa e de constrangimentos a que foram submetidos turistas e imigrantes nos aeroportos (NICOLITT, 2008, p. 33). No contexto da obsessiva campanha de *guerra ao terror*, diversos governos acompanharam o exercício estadunidense na relativização, em larga escala, de direitos fundamentais sob a justificativa da segurança e defesa nacionais. Isso caracteriza a manifestação de medidas de tentativa de restauração do sentimento de segurança que, tomadas em caráter de emergência, ganharam durabilidade e assim permaneceram no cenário político-social cotidiano. Paulatinamente, os contornos do Estado dito democrático passam a ser distorcidos, aproximando-se de um sintoma crônico do Estado de Exceção – que, provisório na origem, passa a ser, paradoxalmente, mantido como regra.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua concepção, o paradigma consagrado de Estado de Direito é desafiado a acalantar o épico embate entre segurança e liberdade. Mais do que elementos naturais e necessários às sociedades humanas, esses valores representam condições fundamentais ao bem estar coletivo e à própria felicidade individual – que são, por excelência, a original pretensão da existência do Estado.

Nos tempos contemporâneos, determinados por responsabilidades e ambições globais, o advento da tecnologia e suas reflexas transformações na *sociedade da informação* têm interpelado esse embate, agora escaneado para um domínio até então inexplorado.

Desse modo, forma-se uma espécie de holograma do confronto circular entre a retórica da segurança e a liberdade, imprimindo a lição de que, malgrado o fascínio e o temor que pairam sobre nova dimensão incógnita, a atividade persecutória no ciberespaço deve seguir a mesma lógica daquela (que deve ser) operada no ambiente físico. Mas, para isso, deve-se repensar a corrente expansão inflacionária e simbólica do Direito Penal e, sobretudo na tradição brasileira, a produção de um ordenamento jurídico amador, fatiado em sucessivos remendos e adornado tanto com normas temerariamente permissivas quanto com figuras típicas imprecisas, desprovidas de precisão técnica e, portanto, inúteis. ❖

## BILIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2ª ed. Trad. POLETI, Iraci D. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

**A Primer on Information Theory and Privacy**. Por Peter ECKERSLEY. Publicado em 26.01.2010. Disponível em: <<https://www.eff.org/de-eplinks/2010/01/primer-information-theory-and-privacy>>. Acesso em: 22.08.2012

ASSANGE, Julian; APPELBAUM, Jacob; MÜLLER-MAGUHN, Andy; ZIMMERMANN, Jérémie. **Cypherpunks – Liberdade e o futuro da Internet**. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2013.

**Autoridades travam batalha judicial com Facebook por dados de 'black blocs'**. Por Josias de Souza. Publicado em 16.02.2014. Disponível em: <<http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2014/02/16/autoridades-travam-batalha-judicial-com-facebook-por-dados-de-black-blocs/>>. Acesso em: 07.03.2014.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 29ª Ed. São Paulo: Globo, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Instituto Carioca de Criminologia. Coleção Pensamento Criminológico. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e Medo na Cidade**. Trad. AGUIAR, Eliana. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BURDEAU, Georges. **Méthode de La Science Politique**. Paris: Ed. Daloz, 1959.

\_\_\_\_\_. "O Brasil no Cenário do Tráfico Internacional de Drogas: Uma análise multidimensional da realidade." **Revista da SJRJ**. V. 17. Nº 29. Direito Penal e Processual Penal. Rio de Janeiro: 2010.

CASTEL, Robert. **A insegurança social: O que é ser protegido?** Petrópolis: Vozes, 2005.

Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. Disponível em: <<http://www.cert.br/>>. Acesso em: 05.06.2013.

CLARKE, Richard A.; KNAKE, Robert. **Cyber War: The next threat to national security and what to do about it**. New York: Hapercollins USA, 2010.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio (Org.). **O Estado de Direito: História, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva: 1998.

"Detenção de David Miranda em aeroporto de Londres foi legal, diz Justiça Britânica." Por Leandro Colon. **Folha de São Paulo**. Publicado em 19.02.2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1414398-detencao-de-david-miranda-em-aeroporto-de-londres-foi-legal-diz-justica-britanica.shtml>>. Acesso em; 21.02.2014.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. V. III. Paris: Ed. Fontemoing, 1927.

"Bush ignorou recomendações do Direito Internacional", afirma Richard Clarke. Entrevista com Richard Clarke. Por Ganeton Moraes Neto. Dossiê Segredos de Estado. *Programa Milênio*. Canal **GloboNews**. Publicado em 10.09.2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2011/09/bush-ignorou-recomendacoes-do-direito-internacional-afirma-richard-clarke.html>>. Acesso em: 08.05.2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio. "Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado." In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, "1993 German Court Orders Stored Telecoms Data Deletion." **BBC News**. Publicado em 02.03.2010. <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8545772.stm>>. Acesso em: 01.02.2013.

GEROVITCH, Slava. "Cybernetics and Information Theory in the United States, France and the Soviet Union." In: WALKER, Mark (Dir.). **Science and Ideology: a comparative history**. Londres: Rotledge, 2003. Disponível em:<[http://www.infoamerica.org/documentos\\_word/shannon-wiener.htm](http://www.infoamerica.org/documentos_word/shannon-wiener.htm)>.

GLENNY, Misha. **Mercado Sombrio: O cibercrime e você**. Trad. CALIL, Augusto Pacheco; SCHLESINGER, Luiz A. de Araújo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

KLEIN, Naomi. **The Shock Doctrine: the Rise of Disaster Capitalism**. Londres: Penguin, 2007.

LATIL, Pierre de. **O Pensamento Artificial**. São Paulo: IBRASA, 1973.

LYOTARD, J.F. **A Condição pós-Moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

MARQUES, Jose Frederico. **Tratado de Direito Penal**. V. 1. 2ª Ed. Propedêutica Penal e Norma Penal. São Paulo: Saraiva, 1964.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Evolução Constitucional Européia**. Rio de Janeiro: Konfino, 1957.

MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005.MPF, 2006.

NEGRI, Antonio; HARTD, Michael. **Imperio**. Trad. SADIÉ, Eduardo, da edição de Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2000. Disponível em: < <http://www.newsblog.e-pol.com.ar/usr/150/656/imperio.pdf> >. Acesso em: 14.06.2013.

NICOLITT, Cipriana. "O Paradigma de Estado de Direito." In: **Revista OABRJ**. V. 27. nº 02. jul./dez. 2011. p. 13-40. Rio de Janeiro: OABRJ, 2011.

ÖST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **O Direito Cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Relatório de Criminologia Virtual 2009 – **Virtualmente Real: A era da guerra cibernética**. McAfee. Disponível em: < [http://www.mcafeenewsletter.com.br/estudos\\_mcafee/pdf/McAfee\\_virtual\\_criminologia\\_2009\\_br.pdf](http://www.mcafeenewsletter.com.br/estudos_mcafee/pdf/McAfee_virtual_criminologia_2009_br.pdf) >. Acesso em: 01.02.2013.

RISEN, James; LICHTBLAU, Eric. **The New York Times**. Publicado em 16.12.2005. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=all&_r=0)>. Acesso em: 20.01.2013.

RODOTÀ, Stefano. "El Derecho y su Límite." In: **La Vida y las Reglas: entre el derecho y el no derecho**. Trad. Andrea Greppi. Prólogo de José Luis Piñas Mañas. p. 25-91. Espanha: Editorial Trotta, 2010.

RODRÍGUEZ, Luiz Ramón Ruiz; AGUDELO, Gloria González. **El Factor Tecnológico em La Expansión Del Crimen Organizado**. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Disponível em: <[http://www.ciidpe.com.ar/area3/FACTOR\\_TECNOLOGICO\\_EN\\_CRIMEN\\_ORGANIZADO.\\_RUIZ\\_Y\\_GONZALEZ.pdf](http://www.ciidpe.com.ar/area3/FACTOR_TECNOLOGICO_EN_CRIMEN_ORGANIZADO._RUIZ_Y_GONZALEZ.pdf)>. Acesso em: 19.11.2011.

ROLIN, Henri. **Conclusions in Privacy and Human Rights**. Manchester: 1973.

SCOTT-RAILTON, John. **Revolutionary Risks: Cyber Technology and Threats in the 2011 Libyan Revolution**. In: CIAWG Case Study on Irregu-

lar Warfare and Armed Groups. Center on Irregular Warfare and Armed Groups. U.S Naval War College. Newport, Rhode Island. <<http://www.usnwc.edu/getattachment/Departments---Colleges/Center-for-Irregular-Warfare---Armed-Groups/Publications/Scott-Railton-final-for-website.pdf.aspx>>. Acesso em: 19.02.2013.

SCHMITT, Carl, **Teologia Política**. Trad. ANTONIUK, Elisete. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TSU, Sun. **A Arte da Guerra: os treze capítulos originais**. Adaptação de André da Silv Bueno. São Paulo: Jardim dos Livros, 2010.

VALLÉE, Robert. Norbert Wiener (1894-1964). **International Society for the Systems Sciences**. Disponível em: <<http://www.iss.org/lumwiener.htm>>. Acesso em: 01.06.2013.

VIEIRA, Paulo César Pinto. **Redes de Fibra Óptica em Meio Urbano**. Monografia. Curso de Pós-Graduação em Informática Pública. Prodabel/PUCMG. Área de Concentração: Redes de Computadores. Orientação: NASSIF, Lílian Noronha. Patrocínio: Analista Paulo Sena Guedes. Unidade de Redes Metropolitanas – UMI. Belo Horizonte: 2000.

ŽIŽEK, **Slavoj**. **Primeiro como Tragédia, Depois como Farsa**. Trad. MEDINA, Maria Beatriz. São Paulo: Boitempo, 2011.

# Transição do Controle de Constitucionalidade Incidental para os Efeitos Genéricos (notas)

**Nagib Slaibi Filho**

*Magistrado – RJ*

*Professor da EMERJ– UNIVERSO*

## 1. INTRODUÇÃO

A supremacia da norma constitucional, isto é, o especial efeito que a torna diferente das demais normas do sistema jurídico, é o que deve prevalecer no debate deste tema.

Justamente pela olímpica supremacia da norma constitucional, que não pode tolerar desafios ou desprezos das normas inferiores, é que o tema hoje é profundamente debatido, mas ainda com pouca aceitação e de difícil compreensão pela comunidade forense: como aceitar o complexo sistema de concessão dos efeitos genéricos às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das leis e outros atos do Poder Público proferidas em casos concretos?

Alguns preferem denominar tal controle de *abstrativização*, assim se reportando à denominação que se concede ao controle abstrato e, conseqüentemente, destacando que no controle incidental os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade incidem uma determinada situação concreta submetida ao julgamento das partes.

Outros preferem a denominação de *objetivação*, referente ao controle concentrado, também denominado *processo objetivo*, em contraposição ao controle incidental proferido em um *processo subjetivo*, de partes determinadas.

De qualquer forma, independentemente da rotulagem que se queira emprestar a tal procedimento, desde logo se verifica nele um profundo conteúdo de *coletivização*<sup>1</sup> das decisões judiciais, em que se transforma uma decisão concreta, geralmente decorrente da função jurisdicional, em questão incidental ou prejudicial para o julgamento da lide (Código de Processo Civil, arts. 469 e 470), válida somente para as partes da respectiva causa, em uma decisão de conteúdo legislativo, como se fosse decorrente da resolução de um processo de controle abstrato, como a ação direta de inconstitucionalidade, inclusive na sua versão estadual da representação de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade ou mesmo uma arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Esta monografia apresenta algumas notas sobre tal procedimento, notadamente em prol da necessidade, da legitimidade, da validade e da eficácia da arguição ou incidente de inconstitucionalidade como poderoso instrumento hermenêutico da Constituição, em país que adotou, até com surpreendente sucesso e árdua evolução, a síntese do melhor que apresentam os controles concentrado, de origem europeia, e incidental, de origem estadunidense.

---

1 A coletivização das decisões judiciais, prevista para o novo Código de Processo Civil pelo relator Ministro Luiz Fux, e para o novo Código de Defesa do Consumidor, pela Professora Ada Pellegrini Grinover, constitui incidente processual para conferir efeitos genéricos às decisões judiciais de efeitos concretos, assim institucionalizando uma verdadeira ponte entre os sistemas jurídicos do *Civil Law*, que adotamos pela influência da Europa Continental, com a predominância do princípio da legalidade, e do *Common Law*, oriundo da velha Britânia, com o julgamento pela equidade, e que tanto influencia o sistema jurídico atual, em que o precedente é vinculante para o próprio tribunal e para os tribunais que lhe são inferiores. Tão somente sobre o incidente de coletivização de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, podemos indicar alguns temas encontrados no final do ano de 2011, em 170 processos aguardando julgamento, o que envolve milhões de causas em tramitação nas diversas instâncias da Justiça nacional como: [Repetição de Indébito - tarifas de Água e Esgoto - Prazo Prescricional - Súmula nº 412 - STJ](#); [Ações de Desapropriação - Juros Compensatórios - Súmula nº 408 - STJ](#); [Anotação Irregular em Cadastro de Proteção ao Crédito - Cabimento - Indenização por Dano Moral - Súmula nº 385 - STJ](#); [Aviso de Recebimento - Carta de Comunicação ao Consumidor - Negativação em Bancos de Dados e Cadastros - Súmula nº 404 - STJ](#); [Cabimento - Prisão Civil - Depositário Infiel - Súmula nº 419 - STJ](#); [Citação por Edital - Execução Fiscal - Cabimento - Súmula nº 414 - STJ](#); [Competência - Estabelecimento do Sujeito Passivo do IPTU - Súmula nº 399 - STJ](#); [Contratos Bancários - Conhecimento de Ofício - Abusividade das Cláusulas - Súmula nº 381 - STJ](#); [Contratos Bancários - Juros Moratórios Convencionados - Limite - Súmula nº 379 - STJ](#); [Contratos de Participação Financeira para a Aquisição de Linha Telefônica - Valor Patrimonial da Ação - Base de Apuração - Súmula nº 371 - STJ](#); [Desvio de Função - Diferenças Salariais - Súmula nº 378 - STJ](#); [Encargo - Cobrança da Dívida Ativa - Execução Fiscal Proposta Contra a Massa Falida - Súmula nº 400 - STJ](#); [Estipulação de Juros Remuneratórios - Abusividade - Súmula nº 382 - STJ](#); [Execução Fiscal - Prescrição - Propositura da Ação - De Ofício - Súmula nº 409 - STJ](#); [Exceção de Pré-Executividade - Admissibilidade - Execução Fiscal - Matérias de Ofício - Dilação Probatória - Súmula nº 393 - STJ](#); [Farmacêutico - Acúmulo de Responsabilidade Técnica - Farmácias e Drogarias - Súmula nº 413 - STJ](#); [Fazenda Pública - Recusa da Substituição do Bem Penhorado por Precatório - Súmula nº 406 - STJ](#); [ICMS - Incidência - Tarifa de Energia Elétrica - Demanda de Potência Utilizada - Súmula nº 391 - STJ](#); [IPTU - Notificação do Lançamento - Súmula nº 397 - STJ](#); [Legitimidade - Cobrança da Tarifa de Água - Categorias de Usuários e Faixas de Consumo - Súmula nº 407 - STJ](#); [Legitimidade - Exigência de Depósito Prévio para Admissibilidade de Recurso Administrativo - Súmula nº 373 - STJ](#); [Pensão por Morte aos Dependentes do Segurado que Perdeu essa Qualidade - Requisitos Legais - Súmula nº 416 - STJ](#); [Propositura da Ação de Revisão de Contrato - Caracterização da Mora do Autor - Súmula nº 380 - STJ](#).

## 2. CARÁTER HERMENÊUTICO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O incidente processual da arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de assegurar a uniformização dos entendimentos dos diversos órgãos e juízes de tribunal sobre a constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, constitui poderoso e até mesmo correntio instrumento da Hermenêutica na prática forense, garantindo a aplicabilidade das normas que gozam de supremacia sobre as demais normas do sistema jurídico.

O resultado do incidente não é simplesmente afastar ou não a eficácia da norma, mas, principalmente, a essa norma inferior conferir eficácia pelo seu reconhecimento de compatibilidade com a Lei Maior ou mesmo lhe conferir uma interpretação que seja conforme a Constituição.

A Hermenêutica assim pode ser considerada, na expressão sempre atual que nos legou Carlos Maximiliano em seu clássico **Hermenêutica e aplicação do direito**:

*A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões de Direito... Para [aplicar o Direito] se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que da mesma se contém: é o que se chama interpretar...<sup>2</sup>*

São indissociáveis as ideias de Direito, Hermenêutica e interpretação, como ensina Margarida Maria Lacombe Camargo:

*O tema da hermenêutica e da interpretação jurídicas remete-nos ao processo de aplicação da lei realizado pelo Poder Judiciário. Sob essa ótica, só faz sentido interpretarmos a lei tendo em vista um problema que requeira solução legal. Mas a aplicação da lei deverá atender, antes de tudo, ao indivíduo e à sociedade a quem ela serve. Por isso, pensamos a*

---

2 *Apud* CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3. Mais adiante, na mesma obra, a mestra expressa a sua concordância com o pensamento de Hans-Georg Gadamer sobre a importância da aplicação prática: *a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafo, mas uma concreção prática da idéia do Direito. A arte dos juristas é também o cultivo do Direito* (p. 45). Colha-se a lição: a interpretação é a concreção prática da ideia do Direito.

*lei em função de situações específicas, ou de casos concretos que envolvam pessoas. A norma jurídica encontra-se sempre referenciada a valores na medida em que defende comportamentos ou serve de meio para atingirmos fins mais elevados. Assim, o problema jurídico, que envolve situação de natureza valorativa, deve ser compreendido. Compreender é buscar o significado de alguma coisa em função das razões que a orientam. Buscar os valores subjacentes à Lei, e que fogem da mera relação causa-efeito. Para aplicá-los, não basta detectarmos o fato e encaixá-lo a uma lei geral e abstrata dando-lhe concretude, como se a subsunção da premissa menor à premissa maior conferisse uma solução necessária, mediante operação puramente formal. Não. O Direito é comprometido com valores, e a norma que buscamos no texto através da interpretação encontra-se relacionada a uma situação histórica, da qual fazem parte o sujeito (intérprete) e o objeto a ser interpretado (fato e norma). Assim, podemos afirmar que o processo de interpretação e de aplicação das leis corresponde a uma situação hermenêutica, da qual nos fala Gadamer.<sup>3</sup>*

(...)

*A partir deste estudo, concluímos, então, que o Direito, apesar de toda sua carga dogmática, faz parte de uma tradição filosófica cuja base reside na tópica e na retórica; o que nos leva a acreditar que o seu conhecimento, como criação humana, histórica e social, comporta uma dimensão hermenêutica. Voltamos, assim, à nossa posição inicial, afirmando que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica argumentativa.<sup>4</sup>*

Como concreção da ideia prática do Direito, a interpretação das normas está muito além do mero trabalho técnico do jurista, pois é um processo de inegável conteúdo histórico, axiológico e político, deferido aos juízes ordinariamente na interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais aos casos que lhes são submetidos, como, em superlativa dimensão do conteúdo político, na Hermenêutica Constitucional, cujo objeto são as normas dotadas de supremacia perante as demais.

---

<sup>3</sup> *Op. et loc. cit.*, p. 13/14.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 259.

Os processos de Hermenêutica Constitucional são exercidos pela grande maioria dos juízes brasileiros no controle incidental, que herdamos da prática estadunidense, e, muito mais raramente, no controle concentrado, que nos foi legado pela Europa continental desde o embrião que colhemos com a Constituição de 1934, de forte inspiração nas Constituições alemã de 1919 e austríaca de 1922.

Até a redação que lhe emprestou a Lei nº 9.756/98, a arguição de inconstitucionalidade foi considerada como simples procedimento do controle incidental, com efeitos declaratórios de invalidade ou validade do ato normativo do Poder Público e que somente alcançavam as partes. Eventuais efeitos externos, que não se restringissem aos limites subjetivos da lide, somente chegavam a alcançar outros membros da comunidade se e quando o Poder Legislativo, através da resolução hoje prevista no art. 52, X, da Constituição, e reproduzida nas Constituições estaduais, lhe concedesse efeitos normativos.

Antes, a arguição de inconstitucionalidade constituía simples procedimento processual para levar o tema da constitucionalidade do órgão fracionário para o Pleno do Tribunal, de forma a garantir a presunção de que somente se pode declarar a inconstitucionalidade acima de qualquer dúvida razoável.

A percepção atual do fenômeno jurídico é bem diversa, felizmente, muito mais pela consciência progressiva<sup>5</sup> dos membros da comunidade sobre os amplos horizontes que se descortinam para o debate das questões públicas no denominado Estado Democrático de Direito, com a judicialização das questões políticas,<sup>6</sup> nos termos constantes dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, e pelo reforço normativo da Súmula Vinculante nº 10.

A arguição de inconstitucionalidade viceja hoje como uma das mais belas flores do controle de constitucionalidade, pois finalmente se libertou da restrita dimensão de eficácia dentro dos limites subjetivos da lide para alcançar os efeitos normativos próprios de ato de conteúdo legislativo, genérico e abstrato, típicos do Poder Legislativo e daqueles órgãos que a Constituição e a ordem jurídica deferiram efeitos normativos, como as resoluções das agências reguladoras e tantos outros entes.

---

5 "A História é a consciência progressiva da Liberdade", disse Hegel, como sempre lembrava o saudoso mestre Luiz Pinto Ferreira.

6 O fenômeno da judicialização não é exclusivo de nosso país e parece constituir, neste limiar de milênio, um dos mais eficientes instrumentos de afirmação da cidadania, pois em todos os recantos prefere-se o processo judicial como arena em que as forças antagônicas da sociedade se apresentam em plano de igualdade formal na busca de uma decisão fundamentada pronunciada em procedimento e participativo dos interessados.

### 3. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

A Súmula Vinculante nº 10 dispõe:

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

Tal enunciado sumular, obrigatório para os órgãos do Poder Judiciário, reforça a normatividade do art. 97 da Carta da República, e as disposições legais e regimentais que o implementam e, principalmente, a autoridade do Supremo Tribunal Federal, do Plenário ou dos órgãos especiais dos Tribunais,<sup>7</sup> quanto à sua competência funcional para resolver as questões de inconstitucionalidade.

Desde a Constituição de 1934 vige entre nós o preceito<sup>8</sup>, hoje repetido no art. 97 da Constituição de 1988, de que *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

O espírito que levou o legislador constituinte a editar tal comando, na oportuna lição de Pontes de Miranda sobre o art. 116 da revogada ordem magna, foi *o fim político-técnico de prestigiar o ato do Poder Público, inclusive a lei, só admitindo a desconstituição daquele, ou dessa, por maioria absoluta de votos dos tribunais.*<sup>9</sup>

É que somente se proclama a inconstitucionalidade além de qualquer dúvida razoável (*beyond all reasonable doubt*, na expressiva dicção estadunidense), mesmo porque, segundo Carlos Maximiliano:

*... todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a*

7 A referência ao plenário do Tribunal (Pleno) neste trabalho abrange também o respectivo órgão especial ou Corte Superior, quando existir nos termos do disposto na Constituição, art. 93, XI: *nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.* Sobre a instituição do órgão especial como órgão delegado do Tribunal Pleno, ver: SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da justiça* (notas à Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2005). Niterói: Impetus, 2005. [Capítulo 7.]

8 É norma considerada preceito ou regra, na classificação de Crisafulli, e não princípio, embora a doutrina geralmente fale sobre *princípio da reserva de plenário*...

9 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 611.

*falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade.<sup>10</sup>*

Daí por que carecer o órgão fracionário de tribunal – justamente porque é a fração e não o todo – de competência funcional para proclamar *ex novo* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, submetendo-se obrigatoriamente, para tal, aos procedimentos referidos nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil e às normas que reproduzem<sup>11</sup> os dispositivos do referido Código nos Regimentos Internos dos Tribunais para ensejar a cognição e a decisão da questão incidental pelo Pleno.

Se o órgão judiciário não se qualifica como tribunal, nem dele é órgão fracionário, não há como nele fazer incidir o disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

O órgão judicial que não se caracteriza como tribunal continua com o poder de, fundamentadamente<sup>12</sup>, de ofício ou a requerimento dos interessados, deixar de aplicar nos casos que lhe são submetidos a norma que entender incompatível com a Constituição.

Não são considerados tribunais os milhares de Juízos monocráticos que em nosso País têm o dever de conhecer em primeiro grau da esmagadora maioria dos pleitos submetidos ao Poder Judiciário, como também as Turmas Recursais dos Juizados Especiais,<sup>13</sup> com a competência que lhes foi

10 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 307.

11 Como decorre do disposto no art. 96, I, a, da Constituição, o Regimento Interno deve observar as normas processuais e as garantias das partes. De tal comando constitucional se extrai a norma de que, ainda que a redação do dispositivo regimental não reproduza os textos constitucionais e processuais pertinentes, tais normas adentram automaticamente na normatividade regimental, como se ali estivessem expressamente previstas. Não há de se falar, em tais casos, de autonomia do regimento interno em face das normas constitucionais e processuais. O texto regimental deve ser lido pela ótica constitucional, pelo filtro normativo da supremacia da Constituição.

12 A norma que se extrai do disposto no art. 93, IX, da Constituição exige uma fundamentação adequada e densa o suficiente para que se legitime a atividade judicial e, no caso, em tema muito mais sensível como é o controle de constitucionalidade.

13 Desde a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, na década de 80, decorrente da ação do então Ministro da Desburocratização, Hélio Beltrão, e que depois evoluiu para o que está no art. 98, I, da Constituição, e na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, considera-se que a Turma Recursal, Cível ou Criminal, está compreendida dentro do mesmo órgão do Juizado; assim, a instância revisora se faz no mesmo órgão, através de outros juízes que não aquele que pronunciou a decisão impugnada. A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais Especiais não tem competência funcional para o procedimento dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil nem as Turmas Recursais dos Juizados Especiais, inclusive fazendários, da Justiça estadual. Contudo, tais órgãos integrantes do sistemas de Juizados Especiais não estão desgarrados na hermenêutica das normas, submetendo-se à orientação não só dos Tribunais superiores como também dos Tribunais a que se vinculam. Neste ano de 2011

deferida pelo art. 98, I, da Constituição e pela Lei nº 9.099/95, Lei 10.259/01, e os Juízos colegiados, como os da Justiça Militar da primeira instância.

Há precedentes na Suprema Corte – antes mesmo da Lei nº 9.756/98 e que serviram de orientação na sua elaboração – considerando que, se o Plenário já se pronunciou anteriormente sobre a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, não há necessidade de remessa dos autos a ele pela Turma, para que novamente aprecie a questão.<sup>14</sup>

Neste aspecto, vale transcrever a lição de Moniz de Aragão:

*Como é sabido, casos há em que o julgamento plenário sobre a constitucionalidade acontece no próprio processo em que é suscitada a questão. Outros há, no entanto, em que, diante da multiplicidade de causas sobre o mesmo tema, os diversos órgãos fracionários do tribunal ficam autorizados por disposição regimental a aplicar a decisão plenária independentemente de submeter a matéria ao plenário a cada vez que torne a surgir. Na primeira hipótese, o julgamento sobre a constitucionalidade fica registrado em acórdão entranhado nos autos; na segunda é ele adotado em outros processos, às vezes sem que conste dos respectivos autos o texto da manifestação do plenário. “Verificando-se esta última situação, o Supremo Tribunal não tem conhecido de recursos extraordinários que abranjam a questão constitucional sem que figure nos autos do processo o acórdão do pleno (ou órgão especial) que a julgara” [grifos nossos].<sup>15</sup>*

---

temos centenas de milhares de ações suspensas nos Juizados Especiais por decisões dos Tribunais superiores, aguardando decisões, geralmente proferidas em incidentes de recursos repetitivos, quanto a temas relevantes e quotidianos nos foros. No RMS 30.170, em decisão estimulante, proclamou a relatora Ministra Nancy Andrighi, como se vê em notícia de julgamento: *No seu voto, a ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, apontou que é possível o tribunal de Justiça estadual realizar o controle de competência dos juizados especiais. A ministra afirmou, também, que a Lei nº 9.099/1995, que rege os juizados especiais, não exclui de sua competência a prova técnica, determinando somente o valor e a matéria tratada para que a questão possa ser considerada de menor complexidade. Ou seja, a complexidade da causa não está relacionada à necessidade de perícia. Quanto à questão do valor, a ministra considerou não ser necessário que os dois critérios (valor e matéria) se acumulem. “A menor complexidade que confere competência aos juizados especiais é, de regra, definida pelo valor econômico da pretensão ou pela matéria envolvida. Exige-se, pois, a presença de apenas um desses requisitos e não a sua cumulação”, afirmou a relatora. Por essa razão, a ministra considerou admissível que o pedido exceda 40 salários-mínimos, salvo a hipótese do artigo 3º, IV, da Lei nº 9.099/95. Quanto à questão do trânsito em julgado, a ministra considerou ser possível que os tribunais de Justiça exerçam o controle de competência dos juizados especiais mediante mandado de segurança, ainda que a decisão a ser anulada já tenha transitado em julgado, pois, de outro modo, esse controle seria inviabilizado ou limitado. Nos processos não submetidos ao juizado especial esse controle se faz por ação rescisória.*

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo de Instrumento n. 169.964-8, do Paraná, relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 26 de setembro de 1995, *Diário da União* de 3 nov. 1995, p. 37.253.

15 MONIZ DE ARAGÃO. Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal. *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Coord. por José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 141/150, item 7.2.

Esta é a moldura político-jurídica que ensejou a vedação, posta no parágrafo do art. 481, aos órgãos fracionários de suscitar a arguição de inconstitucionalidade quando houver precedente pronunciamento sobre o tema do Pleno, ou Órgão Especial, do mesmo Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal; tal vedação veio reforçar o caráter vinculativo da decisão do Pleno.<sup>16</sup>

16 Os efeitos da decisão do Pleno se impõem aos órgãos fracionários inclusive desconstituindo a coisa julgada que não pode subsistir contra a Constituição. Neste sentido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação [0014417-40.2006.8.19.0002](#), julgamento em 23 de fevereiro de 2011, Relator Desembargador Nagib Slaibi:

*Direito Constitucional. Abstrativização do controle difuso. Relativização da coisa julgada pela inconstitucionalidade reconhecida posteriormente. Título executivo judicial constituído com esteio nos arts. 166 e 366 da Lei Orgânica do Município de Niterói, declarados inconstitucionais pelo egrégio Órgão Especial deste Tribunal. Embargos à execução objetivando desconstituir julgados impropriedades, ao argumento de que a declaração de inconstitucionalidade foi prolatada em sede de controle difuso e quando já decorridos mais de dois anos do trânsito em julgado do acórdão constitutivo do título, sequer a admitir a ação rescisória. Insurgência do ente municipal. Acolhimento. Dispositivos legais já declarados inconstitucionais pela maioria qualificada do Órgão Especial. Observância ao princípio da reserva de plenário. Vinculação deste órgão fracionário a tais decisões, na forma do disposto nos arts. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Aplicação do art. 475, L, § 1º da Lei Processual, por simetria, e das teorias da relativização da coisa julgada e abstrativização do controle difuso. (.) “ainda que as decisões declaratórias da inconstitucionalidade dos dispositivos invocados na sentença não tenham sido proferidas pelo Excelso Pretório, tratando-se de norma municipal, “mutatis mutandis”, deve-se emprestá-la a mesma força e o efeito de impedir a execução da obrigação calcada em norma contrária à Constituição da República, (.) ainda que ao tempo da sentença o citado dispositivo não estivesse fulminado, como agora está, pela declaração de inconstitucionalidade, não é de ser exigível o título executivo por ela constituído, eis que também contaminado pela inconstitucionalidade. Tanto tal dispositivo não passou pela filtragem constitucional quanto por ela também não passou a sentença e o acórdão que nele se basearam. No ordenamento jurídico somente podem produzir efeitos os direitos agasalhados pela Constituição, não sendo possível pretender que a coisa julgada assegure a aplicação de direitos inconstitucionais.” (parecer ministerial, fls. 441/445). Caso fosse admitida a aplicação de lei já declarada inconstitucional ao presente caso, ocorreria flagrante violação aos princípios da isonomia, moralidade e segurança jurídica coletiva, além de estabelecer uma situação conflitante e injusta, na medida em que apenas um pequeno grupo de servidores teria seus vencimentos reajustados por força de lei inconstitucional, ao passo que outros, em igual situação, não fariam jus a tal benefício, sem contar os prejuízos ao interesse público decorrentes da oneração indevida ao Erário que tal situação também acarretaria. Provenimento do primeiro recurso para declarar a inexistência do título executivo, prejudicado o recurso adesivo que pugnava pela majoração dos honorários advocatícios. Restou vencido o eminente Desembargador Benedito Abicair com a seguinte ementa: 1. Versa a controvérsia a respeito da possibilidade de relativização da coisa julgada, quando a sentença estiver amparada na aplicação de norma posteriormente reconhecida como inconstitucional pelo Órgão Especial do respectivo Tribunal de Justiça, em sede de controle de constitucionalidade difuso. 2. No caso, a sentença exequenda transitou em julgado em março de 2004, antes mesmo do reconhecimento de inconstitucionalidade das normas em questão, já que o Órgão Especial deste E. Tribunal somente a reconheceu na Arguição de Inconstitucionalidade nº 22/2005, em acórdão prolatado aos 06/02/2006. 3. Ainda que o art. 103, caput, do Regimento Interno desta Corte confira efeito vinculante à decisão que declarar a inconstitucionalidade de norma ou rejeitar a arguição, determinando a aplicação obrigatória do decimus par todos os demais órgãos do Tribunal, deve-se ressaltar que o respectivo efeito erga omnes é desprovido de efeito retroativo em relação àqueles que não integraram a lide originária, somente operando seus efeitos prospectivamente. 4. É certo, porém, que o instituto da coisa julgada não traduz segurança absoluta à imutabilidade do julgado, visto que o próprio legislador relativizou os seus efeitos, ao considerar inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, consoante disposição expressa dos art. 475-L, §1º e art. 741, parágrafo único, ambos do CPC. 5. Todavia, o legislador infraconstitucional teve o cuidado de restringir tal possibilidade às decisões proferidas pela instância máxima do Poder Judiciário, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, a fim de não abalar a segurança jurídica, de modo que entendo não ser possível ampliar a interpretação dos referidos preceitos normativos para acolher a impugnação ou os embargos quando a inconstitucionalidade houver sido declarada por qualquer*

Se o tema já foi debatido pelo órgão do Tribunal com específica competência funcional – o Pleno ou Órgão Especial –, fere a lógica e a efetividade do processo judicial que, a cada vez que fosse necessária a cognição incidental para a resolução da causa, novamente fosse suscitada a arguição e repetido o procedimento dos arts. 480 a 482 da lei processual.

Há, assim, evidente vinculação do órgão fracionário e de seus juízes à decisão proferida nos termos do art. 481, parágrafo único, que tenha apreciado o tema da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma impugnada.

A vinculação não ocorrerá caso o incidente de inconstitucionalidade não tenha sido conhecido e, assim, a questão deixou de ser objeto de decisão, quanto ao tema do controle de constitucionalidade, pelo Pleno ou Órgão Especial; no exemplo correntio, se no Pleno a arguição de inconstitucionalidade não foi admitida por faltar à norma impugnada o caráter genérico ou normativo,<sup>17</sup> referido pelo art. 97 da Constituição.

Basta ver que temas há que se repetem milhares de vezes no mesmo tribunal, em que o fundamento está restrito à constitucionalidade, como, por exemplo, nas questões tributárias, civis, administrativas, consumidor e família, infância e juventude.

Enfatize-se, no entanto, que o parágrafo único do art. 481 limitou-se a se referir não a Súmula, mas a *pronunciamento* do Pleno ou Órgão Especial do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, assim indicando a desnecessidade de enunciado sumular<sup>18</sup>, bastando até mesmo a resolu-

---

*outro tribunal, em sede de controle difuso ou incidental. 6. Como inexistente manifestação do STF acerca dos dispositivos reconhecidos inconstitucionais, por via incidental, pelo Órgão Especial deste Tribunal; inexistente fiscalização abstrata da norma contida na Lei Orgânica municipal em que se fundou a sentença exequenda, seja através de ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ou de Representação de Inconstitucionalidade; nem tampouco foi editada Resolução da Assembléia Legislativa suspendendo a execução da norma, entendo que os embargos foram corretamente julgados improcedentes pelo Magistrado sentenciante.*

17 Não poucas decisões admitem erroneamente a arguição de inconstitucionalidade quando o ato em contraste com a Constituição não tem o caráter normativo exigido pelo disposto no art. 97. Mesmo assim pela hierarquia superior que o Pleno ou Órgão Especial ostenta sobre os demais órgãos fracionários, pois a soma prevalece sobre uma das partes, estes devem se curvar ao julgamento daquele, pois todo órgão judicial tem o dever-poder de, preliminarmente, resolver sobre a própria competência, afirmando-a como pressuposto de sua legitimidade de atuação; é o princípio denominado *kompetenzkompetenz* (ou *compétence de la compétence*, ou *competência sobre a própria competência*). Se o Pleno admitiu a sua competência pela admissão da arguição, apreciando ato concreto e individual como se fosse o ato normativo do Poder Público exigido pelo art. 97 para deflagrar o incidente e sua competência, o que resta ao órgão fracionário é aceitar o que foi decidido; quanto aos interessados prejudicados, sempre poderão opor os recursos extraordinários, pela contrariedade à cláusula de reserva de plenário, e especial, por contrariedade às normas que decorrem dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

18 Aliás, entramos agora em forte fase normativa dos tribunais, atropelando a inércia do Poder Legislativo, pois nos sítios da Internet dos tribunais existem relações de leis inconstitucionais e até de decisões em ações coletivas, tam-

ção de questão prejudicial ou de questão preliminar cujo objeto tenha sido tema constitucional.

Então, não se exige a edição de enunciado sumular, este a requisitar para a sua formulação procedimento específico previsto no regimento interno dos tribunais no denominado incidente de uniformização de jurisprudência.<sup>19</sup>

Certamente o legislador ordinário considerou desnecessárias as milhares de súmulas em cada tribunal, principalmente no Supremo Tribunal Federal, se tivesse ele o dever de emitir súmula para cada pronunciamento no controle de constitucionalidade, o que abrange, desnecessário dizer, também a interpretação conforme a Constituição<sup>20</sup> (*Verfassungskonforme Auslegung*), inclusive a modulação dos efeitos da norma...<sup>21</sup>

Geralmente, deve constar no dispositivo do acórdão expressões como: *Acordam em reconhecer (ou declarar) a inconstitucionalidade do disposto no art. X da Lei Y* ou mesmo quando se referir à modulação dos efeitos da norma, poderá constar no dispositivo do acórdão: *... declarar inconstitucional a norma, extraída do disposto no art. X da Lei y, que admitte tal ou qual conseqüência, ou declarar inconstitucional, a partir da data tal, o disposto no art. X da lei Y...*

Basta que haja decisão plenária que tenha apreciado o tema (de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) para que se vinculem os órgãos fracionários.

---

bém de caráter normativo; e os relatores podem negar seguimento de plano ao recurso que afrontar precedentes e súmulas, como prevê o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil.

19 Há também uma forte tendência dos tribunais no sentido de negar eficácia às próprias súmulas sob o argumento de que elas simplesmente espelham o entendimento eventual e, de outro, contraditoriamente, até o de admitir a elaboração de súmulas por propostas desvinculadas de situação debatidas em processo judicial, como se fossem os tribunais, mediante procedimento administrativo, competentes para elaborar normas genéricas e abstratas. O enunciado sumular deve expressar necessariamente a reprodução de decisões judiciais anteriores sobre o mesmo tema, como se vê, por exemplo, no art. 122, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: *§ 1º Será objeto da súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência. Também poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.* Repita-se que os tribunais não têm competência para inovar a ordem jurídica através de atos normativos como se órgãos legislativos fossem; para emitir súmulas obrigatórias ao menos para seus integrantes devem seguir o procedimento previsto na legislação processual e no seu regimento interno que pressuponha a existência prévia de decisões em casos concretos. Tribunais ainda não podem legislar por meio de súmulas.

20 Ver ANDRADE, André Gustavo C. de. "Dimensões da interpretação conforme a Constituição", em [portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid...ba2a...](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid...ba2a...)

21 Há quem entenda que o órgão fracionário possa realizar a interpretação conforme a Constituição sob o fundamento de que, neste caso, não está proclamando a inconstitucionalidade, como exige o disposto no art. 97. Contudo, deve-se verificar, em cada caso, se tal interpretação conforme não está afastando a incidência de norma sob o fundamento de que seria incompatível com a Lei Maior, o que constitui, inegavelmente, o suporte fático da norma que se pode extrair do mencionado dispositivo.

O efeito prático de tal disposição é a intensa pesquisa de decisões da Suprema Corte e do Pleno e/ou Cortes Superiores ou Órgãos Especiais dos tribunais sobre a questão de inconstitucionalidade – através dos repositórios de jurisprudência<sup>22</sup> e de informação da Secretaria do Pleno ou Órgão Especial do respectivo tribunal.<sup>23</sup>

Como a lei se refere à decisão plenária, inexistente vinculação de órgão fracionário à decisão de relator que tenha monocraticamente concedido liminar até mesmo em ação ou representação de inconstitucionalidade, salvo que o tenha feito *ad referendum* do Pleno ou Órgão Especial nos períodos de férias em tribunais com poucos membros. A competência funcional é do Pleno ou do Órgão Especial, mas não do relator, pois este, na feliz e já clássica expressão de José Carlos Barbosa Moreira, é o *porta-voz do Colegiado*, expressa não a sua vontade individual, mas a vontade da Turma.

Evidentemente, não se exclui, para os efeitos do art. 481, parágrafo único, do CPC, que a decisão plenária tenha sido aquela que se pronunciou em ação direta de inconstitucionalidade ou em representação de inconstitucionalidade, porque nestas o efeito nem sempre é *ex nunc* (a partir da publicação da decisão ou do acórdão que concedeu a medida liminar ou definitiva) para suspender *erga omnes* a eficácia da norma inconstitucional; os efeitos, em tal caso, podem ser modulados, como expressamente permite o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 e, permitia, antes, a prática do Supremo Tribunal Federal.

Se o reconhecimento da constitucionalidade se deu em ação declaratória de constitucionalidade, mais razão há para que não se suscite a arguição de inconstitucionalidade porque é especial efeito da decisão liminar ou definitiva neste tipo de ação constitucional tornar a lei ou do ato normativo imune ao controle incidental.<sup>24</sup>

---

22 Quanto à Corte Constitucional através da Internet no sítio [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) que felizmente até mesmo dispõe do inteiro teor dos acórdãos. Graças à Internet, não mais se torna necessária a perda de horas na consulta de repositórios impressos, como, por exemplo, a Revista Trimestral de Jurisprudência, cujos graciosos volumes brancos atulhavam escritórios e residências dos profissionais do Direito... Somente é possível o atual sistema de controle de constitucionalidade pelos benefícios decorrentes da rede mundial de computadores.

23 Alguns tribunais já colocam em seus sítios da Internet o rol das decisões sobre a constitucionalidade e sobre as ações coletivas, assim respeitando os efeitos *ultra vires* que delas decorrem.

24 Neste sentido, ver o intenso debate na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, em que foi relator o Ministro Sidney Sanches. Também sobre o tema, consultar: SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**. 2. ed. 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2000, a admitir a concessão de medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade muito antes da prática suprema e da Lei nº 9.868/99. Também ali este autor preconizou a inserção da ação declaratória de constitucionalidade na Constituição do Estado para fins de sua aplicação pelos Tribunais de Justiça no controle da validade e eficácia da Constituição do Estado.

Quando o tema for tratado em arguição de descumprimento de preceito fundamental, também teremos os mesmos efeitos do controle concentrado.

O pronunciamento há de atender ao quórum qualificado do art. 97 da Constituição, e a regularidade do procedimento não precisa ser demonstrada a cada passo – com a exibição do inteiro teor do acórdão de origem –, porque todos os atos estatais, inclusive os praticados pelos órgãos judiciários, gozam da presunção relativa de legitimidade que os publicistas e o direito pretoriano extraem do disposto no art. 19, II, da Lei Maior.<sup>25</sup> Nem caberia ao órgão fracionário censurar ou criticar o Pleno, ou Órgão Especial, sob o fundamento de invalidade de sua decisão por defeito de procedimento...

Vê-se, assim, que, até mui discretamente, o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil cristalizou normativamente o que a doutrina e a jurisprudência admitiam: a vinculação dos tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, mesmo porque bastava, e ainda basta, para não se conhecer de recurso constitucional, o fundamento de que o tema já fora apreciado pelo Excelso Pretório.

A Súmula Vinculante nº 10 veio reforçar tal vinculação e, mais, muito mais, a autoridade do Supremo Tribunal Federal e, por extensão, do Pleno, Cortes Superiores e Órgãos Especiais dos demais Tribunais.

#### **4. PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE**

A Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, dispoendo sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, deu nova redação aos arts. 480 a 482 do CPC, justamente para assegurar o incidente de arguição de inconstitucionalidade como dupla fonte de efeitos, incidental e concentrado, no controle de constitucionalidade:

---

<sup>25</sup> Na prática, a prova do Direito aplicável é feita através de certidão da Secretaria do Pleno, ou cópia do acórdão extraído da Internet ou, até mesmo, pela publicação em repositórios autorizados de jurisprudência. O disposto no art. 544, § 1º, parte final, do Código de Processo Civil, ao tratar dos recursos extraordinário e especial, conferiu ao advogado o poder de autenticação dos documentos: *As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.*

## DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE<sup>26</sup>

*Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.*

*Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.*

*Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.*

*Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.*

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispendo sobre o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, conferiu ao art. 482 a redação que equiparou o procedimento da arguição de inconstitucionalidade ao procedimento do controle concentrado de constitucionalidade assim pretendendo lhe extrair os efeitos genéricos:

*Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.*

*§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)*

*§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, so-*

---

<sup>26</sup> Mostra-se evidentemente inadequada a expressão *declaração de inconstitucionalidade*, pois na arguição de inconstitucionalidade não somente se declara a inconstitucionalidade, mas também se constitui uma nova situação para a norma, inclusive modulando os seus efeitos e a interpretando conforme a Constituição; situação que está muito além da declaração e que alcança o caráter de constitutividade, que é o de alteração dos efeitos jurídicos. Sobre os efeitos das decisões judiciais, ver, por todos: PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

*bre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)*

*§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)*

Tais disposições constituem o procedimento previsto no art. 97 da Constituição da República, a exigir que somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, ou do respectivo órgão especial, poderão os tribunais reconhecer, em controle difuso ou concentrado, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Os arts. 480 e 481 destinam-se aos órgãos fracionários, neles regulando o procedimento da arguição; já o disposto no art. 482 destina-se ao Pleno, destacando-se que a nova redação dos parágrafos reproduz em parte as disposições da Lei nº 9.868/99, que regula o procedimento, inclusive quanto à instrução, das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.<sup>27</sup>

O § 1º confere legitimidade ao Ministério Público e também às pessoas jurídicas de direito público, União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações de direito público, que tenham editado ou colaborado para a edição do ato normativo para intervir no incidente.

Instituiu-se assim uma nova forma de intervenção de terceiro, pois, embora não sejam partes na causa originária, ganham a situação legítima de participação da elaboração do ato que resolver sobre a constitucionalidade, muito além da assistência simples referida no art. 50 do Código de Processo Civil. As entidades que venham atuar por seus representantes em Juízo devem ser anotadas na distribuição, registro e autuação como *interessados* se não se descortinar, desde logo, a modalidade

27 Os procedimentos previstos na Lei nº 9.868/99 reproduzem, em grande parte, os procedimentos de instrução do processo legislativo previsto na Constituição e nos Regimentos Internos das Casas Legislativas, inclusive com a oportunidade de manifestação de interessados diretos ou mesmo especialistas no tema. Ver: BINENBOJM, Gustavo. "A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual". *Revista eletrônica de direito do estado*, a. 1, n. 1, [20-]. Disponível em: <http://www.direitodo-estado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>.

de intervenção de terceiro. Ressalte-se que sua intervenção diz respeito ao procedimento perante o Pleno e nenhuma relação guardam, para tal intervenção, com o direito material em disputa no processo.

A símile do processo do controle concentrado, as pessoas jurídicas de direito público devem ser notificadas para se manifestar em prazo razoável, previsto no regimento interno ou fixado pelo relator, salvo, evidentemente, se já são partes na causa em que se suscitou o incidente.

Quanto ao Ministério Público, que tem direito a vista pessoal, ainda que não seja parte ou interveniente *custos legis* na causa originária, ganha legitimação para intervir em face dos efeitos evidentemente públicos decorrentes da resolução da questão de constitucionalidade.

Pelo disposto no § 2º, os legitimados ativos para as ações direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ganharam legitimação também para intervir no incidente.

O dispositivo processual somente se refere ao art. 103 da Constituição da República, mas incide tal norma, por reprodução implícita, quanto aos legitimados para a representação de inconstitucionalidade, prevista no art. 125, § 2º, também da Carta da República, que remete à Constituição do Estado o poder de prever os legitimados para deflagrar a ADI estadual, desde que não se constitua somente um legitimado *ad causam*, como, aliás, era o sistema constitucional anterior quanto ao controle concentrado, somente se referindo ao Chefe do Ministério Público.

O regimento interno do Tribunal poderá admitir a intervenção dos legitimados ativos para a ADI estadual; se não o fizer, o relator poderá deferir tal intervenção como parte de seus poderes instrutórios, *ad referendum* da Turma julgadora.

Embora nem sempre assim se proceda, de bom alvitre é a alteração do Regimento Interno do Tribunal no sentido de que, admitido pelo relator o processamento da arguição de inconstitucionalidade, sejam notificados os órgãos que emitiram a norma impugnada para que prestem informações em prazo razoável.

Também recomendável, a garantir a participação dos interessados e legitimados da decisão, é a publicação de edital no órgão oficial para que os mesmos se manifestem em prazo razoável, constando no proclama os dados identificadores da causa originária e o dispositivo do ato normativo impugnado, assegurando-lhes a participação através de juntada de memoriais e de documentos.

Não se exclua a possibilidade de realização de audiência pública, sob a presidência do relator, para a oitiva de técnicos ou pessoas que possam esclarecer sobre o tema, assim como está previsto na Lei nº 9.868/99, para as ações de controle direto de constitucionalidade. Tal é o sentido indicado pelo § 3º do art. 482, expressamente permitindo ao relator, entre os seus poderes habituais de instrução, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Ressalte-se, mais uma vez, que os parágrafos do art. 482 introduzem o procedimento do controle concentrado de constitucionalidade na arguição de inconstitucionalidade, justamente para lhe ensejar a transição de instrumento de controle incidental para o controle concentrado, assim conferindo à futura decisão sobre a questão de constitucionalidade os efeitos que exorbitam das esferas jurídicas das partes da causa originária.

## **5. CARÁTER BIFRONTAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DO PLENO: NORMATIVO E JURISDICIONAL**

Decidida pelo Pleno ou Órgão Especial a questão da inconstitucionalidade, que é posta na arguição como questão preliminar ou prejudicial na cognição da causa,<sup>28</sup> ficam dispensados os juízes do órgão fracionário, no julgamento posterior do recurso ou da ação autônoma de impugnação de sua competência funcional, de reproduzir os termos do julgamento do Pleno na fundamentação e no dispositivo do acórdão que resolver a questão de mérito da causa, este sim, a julgar extinto o processo, com ou sem julgamento do mérito, assim deliberando sobre o caso concreto.

Daí se vê que a decisão do Pleno oferece duplo efeito em decorrência da cisão do julgamento da causa em dois momentos, um pelo órgão fracionário e outro pelo Pleno.

O órgão fracionário fica vinculado ao que resolveu o Pleno, se este conheceu da arguição e resolveu a questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, como questão preliminar ou prejudicial para o julgamento da causa.

Ainda que o Pleno não tenha conhecido da arguição, o órgão fracionário também fica vinculado à decisão que rejeitou o incidente, pois o conhecer, ou não, do tema inclui-se na competência funcional do Pleno.

---

28 Sobre a questão de constitucionalidade, ver: SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 161 e segs.

Resolvida a arguição de inconstitucionalidade, só resta ao órgão fracionário decidir a causa ou o recurso no sentido indicado, não podendo afrontá-lo ou se omitir no reconhecimento de tal indicação, sob pena de incidência dos efeitos da Súmula Vinculante nº 10.

A decisão do órgão fracionário produz efeitos vinculantes somente para as partes e para os interessados<sup>29</sup> que comparecem naquele processo. Em outros termos, pode-se dizer que os limites subjetivos e objetivos da lide são os que decorrem da decisão do órgão fracionário sobre a causa, e não quanto às partes que atuaram no procedimento junto ao Pleno.

O Pleno, conhecendo da arguição e proclamando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma, fica também vinculado ao que decidirá para o julgamento dos casos posteriores em que haja necessidade da cognição da mesma questão de inconstitucionalidade, assim como todos os demais órgãos e membros do Tribunal, inclusive quanto ao órgão fracionário. A vinculação decorre agora em face não só do disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, mas também da razão de ser da Súmula Vinculante nº 10.

A decisão do Pleno, assim, ganha efeito além das partes que constam no processo em que se originou o incidente, ostentando eficácia subjetiva que transcende a causa originária; ou seja, a decisão do Pleno vincula o órgão fracionário e as partes da causa em que foi suscitado o incidente e, também, a partir de sua publicação,<sup>30</sup> todos os órgãos fracionários, bem como o próprio Pleno, em face do conteúdo do que se decidiu.

A decisão do Pleno do Tribunal ou a do Órgão Especial, reconhecendo ou não a inconstitucionalidade, tem dupla eficácia:

a) quanto às partes do processo na resolução da questão incidental, pois o órgão fracionário se vincula à decisão e o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma constitui decisão exógena que passa a integrar a decisão do colegiado; e

b) a que transcende as partes e alcança todos os feitos em julgamento no Tribunal que tratam da mesma matéria, a partir da publicação da decisão e de sua eficácia, se diferidos para momento posterior, em efeito de modulação da norma.

<sup>29</sup> Observe-se que o art. 213 do Código de Processo Civil diz que a citação é feita ao réu e aos interessados, o que os incluirá nos efeitos da decisão que julgar a lide, ainda que não sejam ali denominados de réu ou demandado.

<sup>30</sup> À semelhança do que está no art. 28 da Lei nº 9.868/99, a publicação deve ser feita em parte específica do órgão oficial de publicação dos atos do Tribunal, assim permitindo o destaque necessário para que não se perca a notícia entre as milhares de outras dos julgamentos realizados.

Em se tratando de decisão do Supremo Tribunal Federal, os efeitos são para todos os Tribunais, os quais não poderão mais debater o tema já resolvido; em se tratando do Tribunal que pronunciou a decisão, para os seus juízes e órgãos fracionários.

A dupla eficácia antes referida oferece, simultaneamente, segurança e controvérsia.

A segurança da resolução da questão de constitucionalidade vale para os Tribunais como norma a que se submetem pelo critério da legalidade estrita, típica dos países do *Civil Law*, e que, no Brasil, tem comando no art. 4º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil e hoje a Lei Geral de Normas do Direito brasileiro, e no art. 126 do Código de Processo Civil.<sup>31</sup>

A controvérsia decorre dos efeitos que transcendem a causa originária, pois a decisão vale e produz efeitos como ato normativo, de controle concentrado de constitucionalidade; ato normativo, com efeitos de lei formal, porque materialmente é lei que vincula o Tribunal e seus órgãos fracionários.

Alcança, assim, outros processos em tramitação no Tribunal e, no caso do Supremo Tribunal Federal, processos de todos os demais Tribunais, constituindo fonte normativa que, como as demais, não dispensa o juiz, como julgador do caso concreto, de verificar se a causa que está julgando poderia ser resolvida com outras normas que não aquela reconhecida constitucional ou inconstitucional pelo Pleno ou respectivo Órgão Especial.

No efeito de controle concentrado, também se deve discutir se é cabível a revogação da decisão que reconhece a inconstitucionalidade em outro momento posterior, como, por exemplo, em outra causa em que o tema venha a ser submetido a debate.

A eficácia da decisão, que transcende as partes da causa em que foi suscitada a arguição de inconstitucionalidade da coisa julgada, não tem a imutabilidade da coisa julgada, porque esta só alcança as decisões de mérito (art. 467 do Código de Processo Civil), e não as incidentais, nem alcança as decisões que não são jurisdicionais, mas normativas, como as decisões do controle de constitucionalidade.

---

31 Art. 4º. *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito* (Lei Geral de Normas)

Art. 126. *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.* (Código de Processo Civil.) No projeto Fux para o novo Código de Processo Civil, propõe-se redação muito mais adequada: *O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes.*

O efeito transcendente evidencia o seu caráter normativo genérico, de conteúdo constitucional, pois, aí, a Constituição é o que os juízes dizem que ela é, muito além do texto do legislador constituinte.

Esse efeito normativo genérico conduz à necessidade de se admitir a revisão da decisão na arguição no que diz respeito aos efeitos transcendentais das partes originárias.

Em consequência, o órgão que emitir a decisão (Pleno ou Órgão Especial) tem não só o poder de rever o que antes decidira, como, também, de modular a norma, conferindo efeitos temporais diferenciados ou interpretação conforme a Constituição, da forma que a Lei nº 9.868/99, em seu art. 27, reconheceu ao Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações de efeito concentrado.

Inadmitir tal flexibilidade seria emprestar efeitos mumificantes à norma decorrente, como se ela não fosse produto da vontade humana.

Há entendimentos em contrário, inclusive no sentido de que o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, quanto à interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, ou a concessão de efeitos retroativos ou prospectivos ao reconhecimento da inconstitucionalidade, somente pode ser procedido em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, que são os procedimentos objeto da Lei nº 9.868/99.

Contudo, é necessário lembrar que as disposições da Lei nº 9.868/99 não saíram *ex novo* das cabeças ilustres que elaboraram o seu anteprojeto de lei, mas da própria prática do Supremo Tribunal Federal, que se inspirou em outras Cortes Constitucionais, principalmente a alemã.

## **6. REVISÃO DA DECISÃO DO PLENO QUE RECONHECEU A CONSTITUCIONALIDADE OU A INCONSTITUCIONALIDADE**

A decisão do Pleno poderá ser revista, tanto na oportunidade dos embargos de declaração, como prevê o art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, como através de uma nova arguição de inconstitucionalidade suscitada por qualquer órgão fracionário ou mesmo pelo próprio Pleno.

A lei processual não prevê a forma do procedimento de revisão, mas adota-se o princípio geral do paralelismo das formas, isto é, a revisão será feita pela mesma forma com que se faz o procedimento do incidente, mas com algumas alterações, o que decorre de seu caráter de revisão do que fora decidido.

A primeira é que a revisão deve ser fundamentada pelo órgão fracionário suscitante, e, ao ser admitida, também explicitamente fundamentada pelo Pleno, de forma a se justificar para que não represente meramente uma insubordinação à vinculação existente; a decisão anterior, como aquela que eventualmente acolher a revisão, ostenta efeitos *erga omnes* dentro do Tribunal, em face do seu caráter normativo e não jurisdicional, eficaz em cada caso concreto.

A segunda diferença refere-se aos efeitos da decisão revisanda, inclusive quanto ao tempo de sua aplicabilidade, pois muitos feitos poderão estar sendo julgados nos órgãos fracionários em tempos diversos do respectivo procedimento de revisão.

## **7. PODER DO PLENO DE MODULAR OS EFEITOS DA NORMA INCONSTITUCIONAL**

Passa-se a discutir a possibilidade jurídica do Pleno modular os efeitos de sua decisão que reconhece a inconstitucionalidade, como permite o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

A se admitir que a arguição de inconstitucionalidade ofereça duplo efeito em sua decisão, deve-se admitir que o efeito que transcende as partes constitui função legislativa e não jurisdicional.

O exercício da função legislativa pelos Tribunais decorre do gênio de Hans Kelsen ao engendrar a solução de se conferir a órgão parlamentar o poder do controle, prévio ou posterior, da constitucionalidade da lei, conferindo a este órgão a denominação de Corte ou Tribunal, e a seus membros, o título de juízes ou conselheiros para realçar a sua neutralidade e a publicidade do processo decisório.

Adotando o nosso país o padrão kelseniano a partir da Constituição de 1934, com a instituição da representação para intervenção, assim mitigando o sistema incidental de controle que herdamos da prática estadunidense, mostra-se natural a concessão de efeitos legislativos ao controle concentrado.

A prática do Supremo Tribunal Federal na década de 90 do século passado conduziu à Lei nº 9.868/99, a reproduzir procedimento tipicamente legislativo, como a instrução através de audiências públicas e participação de pessoas que pudessem trazer esclarecimentos sobre o tema e até o poder de, além de declarar a inconstitucionalidade, protelar ou dife-

rir os efeitos da sua decisão, como decorre do disposto no 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.*

Afirme-se que é extremamente importante a aplicação dos efeitos de modulação da norma na arguição de inconstitucionalidade em face dos efeitos da decisão do Pleno sobre outras causas que não a originária em que foi suscitado o incidente. A própria prática judicial demonstra a necessidade de tal modulação em casos tributários e fiscais, ou até mesmo na interpretação de normas do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor.

## **8. ESVAZIAMENTO DA NORMA DECORRENTE DO DISPOSTO NO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO**

Até mesmo as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, estavam obrigadas a submeter o tema ao Pleno, que deveria comunicar o resultado que reconheceu a inconstitucionalidade à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal para os fins delineados hoje no art. 52, X, da Constituição (Regimento Interno, art. 178; tal norma é geralmente reproduzida nos regimentos internos dos Tribunais de Justiça, inclusive para fins de comunicação à Assembleia Legislativa).<sup>32</sup>

Em consequência, também no Supremo Tribunal Federal – cuja função precípua é a guarda da Constituição – não têm as Turmas, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o poder de reconhecer inciden-

---

32 Antes mesmo da vigência da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que alterou os procedimentos recursais e, inclusive, o procedimento da arguição de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade, já deixava de proceder à comunicação referida no art. 52, X, da Constituição, e no art. 178 do seu Regimento Interno. A Lei nº 9.756/98 veio reforçar a desnecessidade da comunicação, pois o órgão fracionário de Tribunal fica vinculado ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo respectivo Pleno, como decorre do disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Contudo, tal decisão não desfruta das características de súmula vinculante e, por isso, não vincula os demais órgãos do Poder Judiciário nem a Administração Pública, salvo quanto aos membros dos Tribunais que se veem obstados de suscitarem a arguição, como decorre do parágrafo único do art. 481 da lei processual. A comunicação do art. 52, X, da Constituição caiu em desuso justamente porque o órgão legislativo não tem como ser compelido a editar uma resolução, a despeito da decisão judiciária, à qual não se vincula por ser órgão político, pertencente a outro Poder. O saudoso mestre Celso Ribeiro Bastos muito se opôs a tal costume, que, no entanto, acabou por esvaizar o comando do art. 52, X, da Lei das Leis, dispositivo que hoje figura no texto constitucional como um corpo inanimado.

talmente a inconstitucionalidade, embora possam, como todos os demais órgãos fracionários de tribunais e até cada juiz, em decisão monocrática, reconhecer a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Assim é porque, como já referido, a situação ordinária é a constitucionalidade do ato normativo do Poder Público, a qual se presume; o excepcional, cuja existência não se presume, é a inconstitucionalidade, que só pode ser reconhecida pela maioria absoluta do Tribunal ou do respectivo Órgão Especial.

Diversamente, no controle concentrado de constitucionalidade, como na ação direta de inconstitucionalidade ou sua equivalente estadual, a representação de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e até mesmo em certas decisões da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a decisão por si só, independentemente de comunicação ao órgão legislativo, tem efeitos *erga omnes*, por sua natureza evidentemente legislativa.

Desde a representação de inconstitucionalidade julgada em março de 1977, ainda na ordem constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal não mais comunica ao Senado Federal as decisões, cautelares ou definitivas, proferidas no controle concentrado; desde 1996, não mais procede à comunicação ao Senado Federal em se tratando também de controle incidental.

Da mesma forma, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental) tem o relator o poder de monocraticamente indeferir a liminar que pretende a suspensão dos efeitos do ato normativo do Poder Público por inconstitucionalidade, pois aí está prestigiando a norma impugnada e a sua presunção de validade na ordem constitucional.

Como o Excelso Pretório é tribunal com poucos integrantes, dispõe o seu Regimento Interno, no art. 177, que *o Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa, e o verbete 72 de sua Súmula que no julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário.*

Nos tribunais com maior número de membros, norma regimental geralmente atribui ao Plenário ou ao respectivo Órgão Especial tão so-

mente o julgamento da questão de inconstitucionalidade, e, resolvida a arguição, lavrando-se o respectivo acórdão, devolve-se ao órgão fracionário o julgamento das demais questões da causa.

Nesse aspecto, diz a Súmula 513 da Suprema Corte que: *A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.*

## **9. CONTROVÉRSIA SOBRE A QUESTÃO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE**

Desde logo, ressalte-se que o procedimento previsto nos arts. 480 a 482 da lei processual civil somente é cabível quando houver necessidade do reconhecimento incidental da inconstitucionalidade para o julgamento da causa.

Se for possível julgar a causa sem examinar a questão de inconstitucionalidade, este deve ser o caminho adotado pelo órgão fracionário.

Em dois momentos há o exame do requisito de necessidade de se adentrar na questão de constitucionalidade para o julgamento da causa como pressuposto para a deflagração e para a resolução do incidente:

- a) no órgão fracionário, quando se debate sobre a remessa dos autos ao Pleno, suspendendo-se o julgamento; e
- b) no Pleno, como pressuposto de admissibilidade do incidente.

A arguição de inconstitucionalidade constitui procedimento excepcional e somente deve ser utilizada quando houver absoluta necessidade do exame da questão de constitucionalidade: tal decorre da prefalada presunção de validade dos atos públicos.

A verificação da exigência de apreciação da questão de inconstitucionalidade para o deslinde da causa constitui para o Pleno um imperativo para o conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, verdadeiro pressuposto de admissibilidade e que pelo Pleno não pode ser postergado.

O juízo prévio de delibação do incidente compreende uma apreciação, ainda que em cognição sumária e não exauriente, da probabilidade de julgamento da causa sem colocar em confronto com a Constituição a norma impugnada. Tal competência funcional do Pleno não significa, em absoluto, que esteja ele invadindo as atribuições do órgão fracionário,

mas, simplesmente, resolvendo se está realmente deflagrada a sua competência funcional para o incidente.

## 10. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – INERENTE ÀS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO EM FACE DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO PLENO

O procedimento de arguição de inconstitucionalidade somente se aplica para o controle incidental e, assim, não se aplica às ações de inconstitucionalidade ou às representações de inconstitucionalidade processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados (Constituição Federal, arts. 102, I, “a”; 125, § 2º), estas previstas na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e, nos termos de sua orientação, nos regimentos internos dos Tribunais.

E assim é porque tais ações originárias são processadas e julgadas pelo Pleno ou Órgão Especial em competência funcional decorrente da sua natureza de controle concentrado de constitucionalidade.

O mencionado procedimento é aplicado independentemente do objeto da comparação da lei ou do ato impugnado, com a Constituição federal ou estadual, pois o art. 480 refere-se genericamente a “argüida a inconstitucionalidade...”.<sup>33</sup>

De qualquer forma, o denominado *princípio*<sup>34</sup> *da reserva de plenário*, que se extrai do disposto no art. 97 da Constituição, é aplicável em qualquer reconhecimento de inconstitucionalidade pelos tribunais, servindo o roteiro dado pelos arts. 480 a 482 da lei processual como procedimento para o reconhecimento incidental – posto o tema de constitucionalidade como questão prévia ao julgamento da causa.

---

33 Controverte-se sobre o cabimento da arguição de inconstitucionalidade cujo objeto seja a comparação de lei ou ato normativo municipal em face da respectiva Lei Orgânica. Inclusive pela denominação deste Estatuto Municipal, que a Constituição da República não quis denominar de Constituição, considera-se que não usufrui de *status* suficiente para merecer as honras do incidente, tratando-se de mero controle de legalidade, passível de ser realizado pelo órgão fracionário por não incidir nas normas do art. 97 da Constituição. Diverso é o entendimento quanto à Lei Orgânica do Distrito Federal que, a despeito da denominação, reproduz normas de conteúdo estadual, valendo lembrar, neste aspecto, o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto de que *o Distrito Federal é mais do que um Município e menos do que um Estado-membro*.

34 Na técnica constitucional, na verdade, a norma que se extrai do art. 97 não constitui um princípio, mas uma regra ou preceito. Na esteira do ensinamento de autores estrangeiros e nacionais, quanto ao conteúdo e extensão, a norma pode constituir princípio e regra ou preceito: o princípio tem normatividade mais abrangente, como se vê no *caput* do art. 37 da Constituição, e foi conceituado pelo Desembargador Oswaldo Aranha Bandeira de Mello como a diretriz fundamental de um sistema, este a ordenação das partes no todo; a regra ou preceito é mais concreta e individualizada, como, por exemplo, o que está no art. 52, I, sobre a competência do Senado. No caso, a norma que se pode extrair do disposto no art. 97 da Carta da República, sobre a competência funcional do Pleno ou do Órgão Especial, constitui regra ou preceito e não princípio como já se acostumaram a denominar a jurisprudência e a doutrina.

Já quanto ao denominado controle concentrado, em que a questão de constitucionalidade é a questão principal da lide, seu procedimento decorre das disposições da Lei nº 9.868/99 e dos regimentos internos da Suprema Corte e dos Tribunais de Justiça, estes quanto às representações de inconstitucionalidade ou ADIs estaduais, como são denominadas em alguns Estados-membros.

Nessa modalidade de controle, a atividade dos tribunais reveste-se de evidente caráter legislativo, operando por si só com efeitos *erga omnes*, quer quando suspendem a eficácia da norma impugnada (como na ação direta de inconstitucionalidade, na representação de inconstitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental), quer quando agregam à norma sob exame na ação declaratória de constitucionalidade a eficácia de se tornar imune ao controle incidental.

O art. 99 da Constituição garante a autonomia do Poder Judiciário – e não dos tribunais – e não pode agitar malferimento da autonomia funcional dos juízes aqueles que somente decidem em colegiado e estão submetidos ao princípio majoritário para a apuração dos votos na formação da vontade coletiva: votos individuais ou minoritários não impõem a vontade da maioria.

Aliás, se o Tribunal, por seu órgão fracionário ou mesmo pelo Pleno, ignorar a norma proibitiva contida no parágrafo único do art. 481, estará desafiando a reclamação em decorrência da Súmula Vinculante nº 10, e também os recursos especial e extraordinário.

Nesse último aspecto, sobre a natureza jurídica e o alcance da reclamação, basta se consultar o extenso acórdão que decidiu a Reclamação nº 383-3, de São Paulo, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, em que até, em sede de jurisdição constitucional concentrada, foi admitido, por unanimidade, tal remédio assegurado menos da autoridade da mais Alta Corte de Justiça e mais do princípio da unicidade do Poder Judiciário nacional.

A Súmula Vinculante nº 10 tem extraordinária importância no controle da constitucionalidade, pois prestigia e enfatiza o sistema processual preconizado pelo art. 97 da Constituição e junte os órgãos fracionários a tal modelo.

Evita que o órgão fracionário se omita em suscitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade, com a remessa ao Pleno ou Órgão Especial e também impede que ele decida a causa sem validar e tornar eficaz o ato normativo do Poder Público, dizendo que a norma é constitucional, mas sem aplicar os seus efeitos no caso em julgamento.

Dispõe o art. 126 do Código de Processo Civil, com redação mais atualizada que o vetusto art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

O sistema ou família jurídica da Europa continental, o *Civil Law*, que herdamos da colonização espanhola e da portuguesa, vincula o juiz primeiramente à norma decorrente da lei genérica e abstrata, e, inexistente esta, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Se o órgão fracionário nega efeitos ao ato normativo do Poder Público, afirmando-o compatível com as normas constitucionais, mas sem atender aos seus comandos, incidirá no suporte fático da Súmula Vinculante nº 10.

Poderão os interessados nem mesmo aguardar o trânsito em julgado ou o momento de interposição dos recursos para a Suprema Corte, bastando ingressar com a reclamação.

Enfim, continuem os juízes monocráticos, na motivada apreciação dos temas constitucionais que se vejam obrigados a enfrentar no julgamento das causas a que lhe são submetidas, deixando de aplicar, nos casos concretos, as leis e os atos normativos que, a seu ver, sejam incompatíveis com a Constituição.

Mas os tribunais, independentemente de alteração das disposições regimentais, agora estão jungidos aos seus precedentes, e principalmente, aos da Suprema Corte, nas questões constitucionais.

Tais precedentes, se atendido o quórum qualificado referido no art. 97 da Constituição, ganham verdadeiro conteúdo normativo, mais uma vez demonstrando que hoje se mostra vazia e ultrapassada a rígida separação de poderes e funções estatais que o antigo magistrado Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, enxergou como fundamento suficiente para acabar com o absolutismo real.

A Súmula Vinculante nº 10 veio em momento adequado, combatendo prática que se mostra comum nos órgãos fracionários dos Tribunais, embora em confronto com a cláusula de reserva do plenário.

## 11. EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE

Dispõe o art. 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal:

*Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.*

*§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.*

*§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anula o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.*

Vale observar que, conforme o § 2º, acolhida a representação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Note-se: a Corte Constitucional não substituirá a decisão impugnada, decidindo a causa na sua inteireza, limitando-se somente a anular ou invalidar a mesma, mandando que outra seja proferida. Tal posicionamento decorre da evidente impossibilidade material de se debruçar a Corte Maior sobre temas outros que não o que deflagra, de regra, a sua competência funcional, que é a questão de constitucionalidade.

A lei regente da súmula vinculante prevê a reclamação como instrumento repressor. Tal procedimento é previsto nos arts. 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, podendo a referida ação ser julgada pelo Colegiado (Turma ou Pleno) ou antecipada e monocraticamente pelo Relator quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Excelso Pretório (Regimento Interno, art. 161, parágrafo único).

Em se tratando a reclamação de ação autônoma de impugnação, dispensa que a decisão reclamada seja impugnada por recurso extraordinário ou ordinário (Constituição Federal, art. 102, II e III).

Assim, o interessado peticionará diretamente ao Supremo Tribunal Federal levando cópias da ação originária e pedindo a sua cassação por ofensa à Súmula Vinculante nº 10.

Se influentes os elementos fáticos demonstrados pelo reclamante e incidente o disposto no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno, poderá o Relator dispensar as informações do órgão fracionário que desatender ao preceito constitucional e, mesmo sem ouvir o Ministério Público, acolher fundamentadamente a reclamação, anulando a decisão impugnada e mandando que outra seja proferida.

## 12. CONCLUSÃO

O controle da constitucionalidade em nosso país oferece desenvolvimento ímpar no Direito Constitucional Comparado, pois estamos conseguindo, embora em erráticos passos, uma simbiose que se mostra notável e eficiente entre os sistemas que herdamos dos Estados Unidos e da Europa continental.

A arguição de inconstitucionalidade, procedimento denominado de “declaração de inconstitucionalidade” pelo Código de Processo Civil de 1973, previsto nos arts. 480 a 482, com a redação que lhes conferiu lei extravagante há mais de 10 anos, oferece características que representam uma elogiável *ponte de ouro* entre os sistemas que herdamos, resultado, assim, de um lado, do empirismo estadunidense, e, de outro, do racionalismo continental-europeu.

Aí a razão do sucesso, que desde logo se desconfia, quanto ao papel do procedimento da arguição de inconstitucionalidade no Estado Democrático de Direito, síntese da concreção do Direito, o qual se revela não nos textos constitucionais e legais, mas na vivência quotidiana dos seus operadores, no julgamento de cada caso concreto, na resolução dos conflitos. ❖

# Competição Fiscal e Análise Econômica do Brasil

**Pedro R. M. Schittini**

*Procurador da Fazenda Nacional. Mestrando em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento na UERJ.*

## 1 - ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O breve ensaio tem por escopo examinar alguns aspectos econômicos decorrentes da guerra fiscal entre os estados, notadamente no âmbito do ICMS, cujos meandros, não raro, vem acarretando concorrência desleal e insegurança jurídica entre os contribuintes.

De início, a fim de situar o tema, afigura-se relevante perquirir acerca da competição fiscal sob a ótica do desenvolvimento regional, de vez que a adoção de políticas de incentivo, malgrado alvo de judiciosas objeções no tocante a um possível enfraquecimento do pacto federativo, inexoravelmente tende a promover um processo de expansão econômica, ainda que supostamente artificial.

Com efeito, as políticas de atração de investimentos, praticadas no Brasil, pelo menos, desde os anos 1950, sobretudo no que diz com a disparidade de tributação de ICMS, se por um lado militam, *prima facie*, em favor do desenvolvimento regional (social e econômico), por outro promovem um acirramento da competição entre contribuintes, desequilibrando a relação entre os entes federados.

Nesse contexto, a partir de algumas estimativas relacionadas ao impacto da guerra fiscal no processo decisório privado de alocação, bem como ao aumento ou diminuição da arrecadação durante o período no qual a empresa é subsidiada, sem olvidar possíveis alterações em índices de geração de emprego e no crescimento do PIB, tornar-se-á factível avaliar tal disputa no cenário econômico e, eventualmente, desmistificar ou relativizar alguns aspectos associados ao fenômeno em questão.

## 2 - PACTO FEDERATIVO, DESENVOLVIMENTO REGIONAL E GUERRA FISCAL

No âmbito de um federalismo cooperativo e assimétrico consagrada pela Constituição da República de 1988, a concessão de incentivos fiscais<sup>1</sup> a cargo dos próprios entes titulares da competência tributária decorre do poder de não tributar<sup>2</sup>. Contudo, na seara fiscal, a não observância do princípio da conduta amistosa federativa<sup>3</sup>, configurada em hipóteses de abuso no exercício de tal poder, acarreta prejuízo aos demais entes, deflagrando, pois, o que se convencionou chamar de guerra fiscal<sup>4</sup>.

Sem embargo, a sistemática de tributação estabelecida para o comércio interestadual, consubstanciada, grosso modo, a) na competência estadual de um imposto de vocação nacional e b) no fato de que o principal imposto sobre o valor agregado é cobrado na origem, contribui sobremaneira para um cenário de competição entre os entes federados, haja vista que cada estado tem a sua arrecadação definida pela parcela da produção realizada em seu território<sup>5</sup>.

---

1 Uma possível definição de incentivo fiscal encontra-se no art. 150, § 6º, da Constituição Federal; outra, no art. 14, § 1º, da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). São considerados benefícios fiscais a exigir convênio, consoante art. 1º, p.u., da LC nº 24/75, não só as isenções, mas também as reduções da base de cálculo, as devoluções totais ou parciais do tributo, as concessões de crédito presumido, e quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais concedidos com base no imposto dos quais resultem a redução ou eliminação direta ou indireta do ônus tributário. Em sede doutrinária, Aurélio Pitanga Seixas Filho pontua que o *drawback* é exemplo clássico e uma das mais antigas de todas as formas econômicas e/ou jurídicas de incentivo fiscal; cita ainda as subvenções ou subsídios, a remissão e a anistia (*in Teoria e prática das isenções tributárias*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, 2ª edição, p. 55/60). Para fins didáticos, parece útil a síntese do Ministro Ricardo Lewandovski, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 577.348 e 561.485: “*incentivos ou estímulos fiscais são todas as normas jurídicas ditadas com finalidades extrafiscais de promoção do desenvolvimento econômico e social que excluem total ou parcialmente o crédito tributário*”.

2 José Souto Maior Borges ensina que “*o poder de isentar apresenta certa simetria com o poder de tributar. Tal circunstância fornece a explicação do fato de que praticamente todos os problemas que convergem para a área do tributo podem ser estudados sob ângulo oposto: o da isenção. Assim como existem limitações constitucionais ao poder de tributar, há limites que não podem ser transpostos pelo poder de isentar, porquanto ambos não passam de verso e reverso da mesma medalha*” *In Isenções Tributárias*, 2ª edição, São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

3 Conforme lição de Konrad Hesse, trazida à baila em judiciosa abordagem de Ricardo Lodi Ribeiro, tal princípio “[...] *revela-se na fidelidade para com a Federação, não só dos Estados em relação ao todo e a cada um deles, mas da União em relação aos Estados, sendo inconstitucional a iniciativa que fira essa fidelidade federativa, uma vez que se rompe o dever de boa conduta que deve presidir as relações entre os integrantes da Federação, baseada na colaboração e cooperação recíprocas*” *In HESSE, Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 212-215 *apud* RIBEIRO, Ricardo Lodi, “Paternalismo federativo e a competência para a concessão de benefícios fiscais no ICMS e no ISS”, *in Revista Fórum de Direito Tributário- RFDT*, Belo Horizonte, ano 10, n. 59, p. 141, set/out 2012.

4 Deve-se ressaltar a observação de alguns autores de que não se trata de enfatizar o caráter cooperativo ou não cooperativo dos governos subnacionais nos sistemas federativos, uma vez que esses sistemas seriam, intrinsecamente, não cooperativos. Vide PRADO, Sérgio, *Guerra Fiscal e Políticas de Desenvolvimento Estadual no Brasil, Economia e Sociedade*, Campinas, (13), 1-40, dez.1999.

5 Em estudo sobre a possibilidade de criação do IVA no Brasil, Ricardo Lobo Tôres (2007) conclui que a instituição do referido imposto no Brasil, amalgamando as incidências do ICMS, IPI e ISS, deveria passar pela redistribuição de competências no plano do federalismo, inspirando-se em alguns modelos existentes no direito comparado, a qual

Com efeito, a questão central que deve ser pontuada é que o fenômeno da guerra fiscal ocorre quando ações não cooperativas assumem uma grande proporção, sem que o poder central atue no sentido de regulamentar as diferentes políticas de atração de investimentos levadas a efeito pelos entes subnacionais<sup>6</sup>. Nesse quadrante, um forte impacto negativo no plano agregado contrastaria com inegáveis efeitos positivos gerados sobre a economia local<sup>7</sup>.

Assentadas essas premissas, é de se ressaltar, pois, que tais políticas de atração de investimentos interferem no processo de decisão locacional privada, sendo de relevo observar a existência de outros critérios estratégicos, logísticos e operacionais, tais como custos básicos do investimento, condições de infraestrutura, distância dos mercados, disponibilidade de mão-de-obra qualificada, entre outros<sup>8</sup>.

Não obstante, questionável o argumento segundo o qual tais incentivos, por si sós, criariam investimentos, na medida em que, na maioria dos casos, o processo decisório que culmina em determinado investimento decorre de estratégias empresariais de longo prazo, pelo que os referidos estímulos, a rigor, teriam o condão apenas de alterar o perfil locacional de um volume dado de investimento<sup>9</sup>.

Por outro lado, não se pode olvidar que a concessão de incentivos é a única forma de atrair investimentos para algumas regiões pouco atrativas do país. Nesse sentido, em um contexto de supressão de políticas nacionais de desenvolvimento regional, a transferência de recursos públicos para o setor privado resultaria politicamente legitimada<sup>10</sup>.

---

restaria dificultada ante a desconfiança mútua entre Estados-Membros e União e a inexistência de propostas racionais e fundamentadas para a repactuação do nosso federalismo fiscal.

6 Soraia Aparecida Cardozo sustenta que nos anos 1990 a guerra fiscal é interpretada como um subproduto do modelo neoliberal implementado no Brasil, pois além de uma série de condições necessárias para sua ocorrência, relacionadas ao pacto federativo brasileiro e à organização do sistema tributário, a falta de regulação das ações estaduais por parte do poder central decorreria da defesa do poder local e de políticas industriais e de desenvolvimento descentralizadas. In "Guerra Fiscal no Brasil e alterações das estruturas produtivas estaduais desde os anos 1990". Tese de doutoramento UNICAMP, 2010.

7 Vide VARSANO, Ricardo. "A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde". Brasília, DF, nov. 1996. Apresentado no Seminário Internacional Políticas Fiscais Descentralizadas.

8 Vide PRADO, *op. cit.*

9 A esse respeito, Sérgio Prado assinala que, na maioria quase absoluta dos casos relevantes, a decisão de investimento ocorreria independentemente do incentivo fiscal. O autor cita o caso do setor automotivo: o investimento interno seria, nos seus montantes principais, determinado pela ampliação recente dos mercados e pela busca, por parte das empresas, de condições de custo de mão-de-obra mais favorável. In *op. cit.* p. 18.

10 In VARSANO, *op. cit.*

Ocorre que, para além de impulsionarem a competitividade entre os entes subnacionais, deflagrando a guerra fiscal, tais políticas estaduais de atração de empresas, baseadas em incentivos fiscais, não seriam suficientemente aptas a sustentar um processo de expansão econômica a longo prazo. Nesse diapasão:

*Quanto aos efeitos locais, não se pode negligenciar o impacto desorganizador da guerra fiscal sobre a estrutura produtiva das regiões afetadas. Em que pese os eventuais resultados positivos das políticas industriais implementadas no âmbito estadual, quando tais políticas têm como base o manejo de instrumentos fiscais o processo de expansão econômica tende a ser artificial e pouco sustentável no longo prazo. Ele não passa de substituto precário de estratégias consistentes de desenvolvimento regional<sup>11</sup>.*

Em suma, de rigor o fortalecimento dos mecanismos de controle do poder central sobre as ações dos governos subnacionais, bem assim maior participação no Estado na consecução de políticas nacionais e regionais de promoção do desenvolvimento. Demais disso, é de se esperar um papel institucional mais ativo por parte dos três poderes, no sentido de, minimizando os efeitos negativos do cenário de guerra fiscal, salvaguardar - e eventualmente aperfeiçoar - aspectos relevantes da Federação<sup>12</sup>.

### 3 - INVESTIMENTOS, ARRECAÇÃO, EMPREGO E CRESCIMENTO

O processo de desenvolvimento do país a partir do Sudeste, com ênfase em São Paulo, verificado a partir do Governo JK (1956-1960), não

11 In DULCI, Otávio Soares, "Guerra Fiscal, Desenvolvimento Desigual e Relações Federativas no Brasil." **Revista de Sociologia e Política** nº 18: 95-107. JUN 2002, p.105. No mesmo sentido, Soraia Aparecida Cardozo, *in verbis*: "[...] as políticas estaduais de atração de empresas, baseadas no incentivo fiscal, não se configuram enquanto políticas de desenvolvimento e, portanto, não podem substituir políticas nacionais e regionais. Há a necessidade de articulação de várias esferas de governo em uma política de desenvolvimento nacional, e o que se vê na prática são ações isoladas baseadas na competição fiscal entre as UFs. Por outro lado, os governos estaduais apresentam limitações na indução do investimento, uma vez que a dinâmica do investimento está condicionada a decisões privadas, sobre as quais fatores macroeconômicos, que não são controlados pelos governos estaduais, tem impactos diretos". *In op. cit.*

12 Nesse sentido, ao Poder Judiciário, para além de julgar ações diretas de inconstitucionalidade propostas por um estado contra lei de outro relativa à renúncia fiscal, caberia decidir acerca da feição subjetiva da segurança jurídica, calcada na proteção da confiança, relativamente aos benefícios fiscais concedidos sem apoio em convênio do CONFAZ; ao Poder Legislativo, sobretudo no âmbito do Senado Federal, tratar com mais rigor dos conflitos que afetam a federação, sem olvidar a propalada reforma tributária; e ao Poder Executivo, rever o modelo previsto para o CONFAZ, notadamente no tocante à unanimidade, que se mostrou esvaziado diante da escalada da guerra fiscal na década de 1990 do século passado, bem assim promover, evidentemente, as políticas públicas de desenvolvimento regional e nacional.

surtiu o efeito esperado de irradiação progressiva para outras áreas e regiões do país<sup>13</sup>. Os incentivos dados por Juscelino Kubitschek em prol do desenvolvimento econômico de São Paulo – que se tornara um grande polo industrial com a instalação de diversas multinacionais –, em detrimento do Norte e Nordeste, acarretaram significativa concentração econômica e a necessidade de os estados não contemplados pela política desenvolvimentista atraírem investimentos via benefícios fiscais.

Convém salientar, contudo, que o discurso reiteradamente reproduzido em meios político e econômico no sentido de que incentivos fiscais geram investimentos, empregos e crescimento, deve ser visto *cum granu salis*. Conforme já alinhavado neste trabalho, em algumas regiões, o incentivo é a única forma de atrair investimento. Não obstante, a ausência de regulamentação, bem como de políticas de desenvolvimento regional e nacional, a cargo do poder central, contribuem para que, em alguns casos, os possíveis efeitos positivos de determinado investimento não sejam realizados.

No presente tópico, abordaremos alguns estudos e evidências empíricas dando conta de possíveis resultados econômicos advindos de políticas públicas de incentivo fiscal.

No tocante à arrecadação tributária, importa assinalar que, em que pese a renúncia de receitas decorrente da concessão de incentivos fiscais, é possível identificar um aspecto peculiar do atual processo de guerra fiscal, de vez que, nas hipóteses em que bem-sucedido determinado projeto subsidiado pelo ente subnacional, não se verifica queda da arrecadação. Nesse sentido:

*[...] Para muitos estados é relevante, na composição de suas receitas, a parcela de recursos oriunda de base tributária global, via fundos de participação e outras transferências, o que reduz a sensibilidade da receita à perda via incentivos (na verdade, como apontam muitos críticos, alguns estados se apoiam nas receitas de transferências para ampliar sua concessão de incentivos). Segundo, há o importante aspecto dos*

---

13 Argemiro Brum observa que “*um dos resultados dessa política foi a ocorrência de acelerado crescimento econômico, com base industrial, na região Sudeste, em parte às custas da estagnação, do atraso e mesmo da perda relativa de terreno das demais regiões do país. Ao invés de uma progressiva distribuição espacial da produção, da propriedade, da riqueza e da renda, como se esperava nos meios oficiais, verificou-se exatamente o contrário, isto é, uma forte concentração econômica. O polo econômico cresceu rapidamente, mas, sugando as demais regiões com seus tentáculos*” In BRUM, Argemiro Jacob. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

*impactos locais dos projetos bem-sucedidos. De um ponto de vista dinâmico, um programa de incentivos bem-sucedido deve gerar um conjunto de impactos diretos e indiretos sobre a renda local, através de empresas subsidiárias, fornecedores de componentes e equipamentos, prestadores de serviços etc. Tudo isto tem repercussões de difícil avaliação mas seguramente positivas sobre os níveis de arrecadação, uma vez que afeta um amplo conjunto de setores que não contam com redução do imposto<sup>14</sup>.*

Noutro giro, a partir de pesquisa comparativa em que avalia o impacto da guerra fiscal nas receitas de ICMS, na geração de postos de trabalho na indústria e no PIB por setor, comparando-se o Estado de São Paulo com outros Estados da Federação, no ambiente competitivo da economia brasileira após 1997, Sidnei Pereira do Nascimento conclui que

*Os resultados dos modelos econométricos mostraram que as taxas de crescimento na participação porcentual da produção industrial nos Estados foram superiores às de São Paulo. Estas, por sua vez, indicam comportamento crescente nos Estados e decrescente em São Paulo na segunda metade da década de 1990. Analisando o conjunto dos Estados, estes resultados mostram-se mais expressivos. Individualmente, os resultados desta pesquisa destacam a BA e o RJ como os Estados que obtiveram os melhores resultados para o setor industrial, e SP e MG, os piores resultados.*

*Ao avaliar a participação porcentual na geração de empregos individuais, os resultados indicam que as taxas de crescimento nos Estados foram superiores às taxas em São Paulo, e mantiveram-se constantes ao longo da década de 1990. Portanto, nos Estados, o crescimento da produção industrial não foi acompanhado pela geração de novos postos de trabalho nas mesmas proporções, na segunda metade da década. Não há evidências de que a guerra fiscal tenha alterado significativamente a tendência de geração de empregos industriais nos Estados.*

14 In PRADO *op.cit.*, p. 25/26.

*As taxas de crescimento da participação dos demais Estados na arrecadação do ICMS foram superiores às de São Paulo. A análise gráfica mostra certa estabilidade nos Estados e queda expressiva de participação na receita em São Paulo, na segunda metade da década de 1990, o que indica perda de receita potencial nos Estados<sup>15</sup>.*

Obtemperese que, a despeito da escassez de pesquisas empíricas a respeito do tema, haja vista a complexidade em se mensurarem os impactos gerados por determinadas políticas públicas de atração de investimentos, é possível inferir que o cenário de guerra fiscal afetou diretamente o Estado de São Paulo na segunda metade da década de 1990, conforme apontado no referido estudo.

É de se sublinhar que, no que concerne à geração de novos postos de trabalho, não restou configurado um aumento significativo, ou, por outra, nas mesmas proporções das taxas de crescimento dos entes subnacionais participantes da guerra fiscal. Por conseguinte, a afirmação de que o referido fenômeno teria o condão de gerar empregos carece de evidências empíricas, conforme assinalado na pesquisa.

No que diz respeito às disparidades de tributação de ICMS para uma mesma atividade industrial, valemo-nos de profícua pesquisa realizada no âmbito da atividade industrial do vinho, realizada a partir de comparativo dos resultados encontrados em quatro estados produtores de vinho (RS, PR, MG e PE) e com ampla diferenciação nas formas de tributação do ICMS<sup>16</sup>.

Com efeito, o referido estudo concluiu que são evidentes as disparidades entre empresas do mesmo ramo de atividades localizadas em diferentes regiões do país. Ademais, se as empresas levassem em conta tão somente a quantidade de incentivos ofertados, decerto haveria uma concentração no estado do Paraná<sup>17</sup>. Contudo, tais empresas devem considerar os riscos de uma troca de região, bem assim informações acerca

---

15 *In* "Guerra Fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns Estados participantes". *Econ. Aplic.*, São Paulo, v. 12, nº 4, p. 703/704, outubro-dezembro 2008.

16 ECKERT, Alex; MECCA, Marlei Salet e BORGES, Patrícia de Quadros. "O impacto da guerra fiscal entre os estados na cadeia produtiva da uva e do vinho". *In* *Estudo & Debate*, Lajeado, v. 17, n.2, p. 53-73, 2010.

17 Conforme noticiado, "o estado do Paraná oferece aos fabricantes de vinho um crédito presumido no valor equivalente ao débito do imposto das operações internas e interestaduais com esse produto. Será apropriado em substituição a qualquer outro crédito proveniente das compras efetuadas. Isso indica claramente que não haverá, em qualquer hipótese, ICMS a pagar no final do período". *In op. cit.*, p. 69.

dos benefícios eventualmente oferecidos. Outro fator importante, segundo a pesquisa, concerne à qualidade tanto na estrutura de sua sede quanto na oferta de seus produtos, incluídas as possibilidades de agregar valor ao produto, criando um diferencial em relação aos demais.

Em que pese o resultando da pesquisa, tem-se que a disparidade de tributação de ICMS é significativa entre os estados, o que eventualmente dá azo à concorrência desleal e milita em desfavor da segurança jurídica dos contribuintes.

#### **4 - CONCLUSÃO**

No âmbito da competição fiscal deflagrada entre os entes subnacionais, notadamente a partir da década de 1990 do século passado, afigurou-se oportuno abordar alguns aspectos econômicos relacionados ao fenômeno em discussão, tais como realização de investimentos, arrecadação dos estados participantes da guerra fiscal, expansão econômica e geração de empregos.

Nesse quadrante, aventou-se a hipótese de que a realização de investimentos prescinde da eventual concessão de incentivos fiscais, porquanto o processo decisório locacional de determinada empresa leva em consideração outros fatores logísticos e operacionais, tais como proximidade do mercado, custos da mão-de-obra, entre outros. Com efeito, o crescimento econômico lastreado em incentivos fiscais, tão somente, desacompanhado de políticas nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, como parece ser o caso do Brasil, não se sustenta no longo prazo.

Sem embargo, é de se constatar que, nos casos em que projeto de atração de investimentos via incentivo fiscal resulta bem-sucedido, não se verifica queda na arrecadação do respectivo ente. Com relação à geração de postos de trabalho na indústria, não restou configurado um aumento significativo no contexto da guerra fiscal, ou, quiçá, que acompanhasse o crescimento do PIB dos entes participantes, pelo que tal suposição carece de evidências empíricas.

Não se pode olvidar a legitimidade política dos entes subnacionais quanto à concessão de incentivos fiscais como instrumentos de atração de investimentos, notadamente diante da omissão do poder central no

que diz com a consecução de políticas públicas de desenvolvimento nacional e regional. Em regiões pouco atrativas do país, o incentivo é a única forma de tentar atrair investimento.

Não obstante, diante da sistemática de tributação estabelecida para o comércio interestadual, e à míngua de regulamentação a cargo do poder central, o cenário de competitividade fiscal entre os estados da Federação vem acarretando concorrência desleal e insegurança jurídica, razão pela qual de rigor a maior participação do Estado brasileiro com vistas à superação de tal conjectura. ❖

# O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)

## **Rafael Carvalho Rezende Oliveira**

*Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do Curso Forum. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Advogado e consultor Jurídico.*

## **Daniel Amorim Assumpção Neves**

*Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP. Professor assistente do Prof. Antonio Carlos Marcato na USP. Professor de Processo Civil do Curso Forum (Rio de Janeiro) e LFG (São Paulo). Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Natal.*

## **1) INTRODUÇÃO**

Com o objetivo de efetivar o princípio constitucional da moralidade administrativa e evitar a prática de atos de corrupção, o ordenamento jurídico consagra diversos instrumentos de combate à corrupção, tais como a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o Código Penal, as leis que definem os denominados crimes de responsabilidade (Lei 1.079/1950 e Decreto-lei 201/1967), a LC 135/2010 (“Lei da Ficha Lim-

pa”), que alterou a LC 64/1990 para estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade, dentre outros diplomas legais.<sup>1</sup>

A necessidade de proteção crescente da moralidade, nos âmbitos internacional e nacional, notadamente a partir das exigências apresentadas pela sociedade civil, justificou a promulgação da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.<sup>2</sup>

Trata-se de inovação legislativa importante, pois permite que não apenas os sócios, os diretores e funcionários da empresa, mas, também, a própria pessoa jurídica seja submetida a um processo de responsabilização civil e administrativa por atos de corrupção.<sup>3</sup>

## 2) RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO

Inicialmente, a referida Lei estabelece as **responsabilidades objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pelos atos lesivos contra a Administração**, praticados em seu interesse ou benefício (art. 2.º da Lei 12.846/2013). Vale dizer: as sanções administrativas e cíveis serão aplicadas às pessoas jurídicas, independentemente de dolo ou culpa, sendo suficiente a comprovação da prática de ato lesivo tipificado na referida lei para aplicação das respectivas sanções.<sup>4</sup>

Lembre-se de que a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas por atos praticados por seus prepostos não representa verdadeira

1 Registre-se que o Brasil é signatário de compromissos internacionais que exigem a adoção de medidas de combate à corrupção, tais como: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), foi ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/2000; b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), foi ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002, com reserva para o art. XI, § 1.º, inciso "C", e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002; e c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006.

2 A Lei entrou em vigor 180 dias após a sua publicação.

3 As principais inovações da Lei Anticorrupção foram apresentada nas obras: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014.

4 Incluem-se no conceito de pessoas jurídicas, destinatárias da Lei Anticorrupção, "as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente" (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 12.846/2013).

novidade, pois já encontrava previsão nos arts. 932, III, e 933 do CC. A novidade é a estipulação de sanções mais severas, com destaque para a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica.

A responsabilidade da pessoa jurídica independe da responsabilidade pessoal dos seus dirigentes e das demais pessoas naturais que contribuam para o ilícito. Enquanto as pessoas jurídicas respondem objetivamente, a responsabilidade das pessoas naturais é subjetiva (art. 3.º, *caput*, §§ 1.º e 2.º, da Lei 12.846/2013).

Nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, a responsabilidade pelos atos lesivos permanece.<sup>5</sup> Em relação à fusão e à incorporação, a responsabilidade da sucessora restringe-se ao pagamento da multa e da reparação integral do dano, sendo inaplicáveis as demais sanções, salvo no caso de simulação ou fraude (art. 4.º, § 1.º, da Lei 12.846/2013). Quanto às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, a responsabilidade é solidária pelos atos lesivos à Administração no tocante a obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado (art. 4.º, § 2.º, da Lei 12.846/2013).<sup>6</sup>

Os atos lesivos à Administração Pública são aqueles praticados por pessoas jurídicas contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, conforme tipificação contida no art. 5.º da Lei 12.846/2013.<sup>7</sup> Registre-se que as condutas lesivas já se encon-

---

5 A transformação societária "é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro", na forma do art. 220 da Lei 6.404/1976 (ex.: sociedade limitada se transforma em sociedade anônima). A incorporação "é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações" (art. 227 da Lei 6.404/1976). A fusão, por sua vez, "é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações" (art. 228 da Lei 6.404/1976). Por fim, a cisão "é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão" (art. 229 da Lei 6.404/1976).

6 Em regra, não se presume a solidariedade entre as empresas consorciadas (art. 278, § 1.º, da Lei 6.404/1976). Todavia, a legislação impõe a solidariedade quando os consórcios participam de licitações públicas (art. 33, V, da Lei 8.666/1993).

7 "Art. 5.º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1.º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir,

travam tipificadas em outros diplomas legais, tais como a Lei 8.429/1992 e a Lei 8.666/1993.

A Lei Anticorrupção possui **caráter extraterritorial**, sendo aplicável aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior (art. 28 da Lei 12.846/2013).

Em relação à responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas, admite-se a aplicação de multa, que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no último exercício ao da instauração do processo administrativo, e da publicação extraordinária da decisão condenatória. As referidas sanções poderão ser aplicadas cumulativamente ou não, com a oitiva prévia da advocacia pública, sem prejuízo do dever de reparação integral do dano causado (art. 6.º da Lei 12.846/2013).

Na aplicação das sanções, a Administração levará em consideração os seguintes parâmetros (art. 7.º da Lei 12.846/2013):

- a) a gravidade da infração;
- b) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- c) a consumação ou não da infração;
- d) o grau de lesão ou perigo de lesão;
- e) o efeito negativo produzido pela infração;
- f) a situação econômica do infrator;
- g) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- h) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, na forma do regulamento a ser expedido pela Administração; e
- i) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

No elenco dos parâmetros sancionatórios, merece destaque o fomento à instituição de estruturas internas nas pessoas jurídicas privadas

---

perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

com o objetivo de prevenir e reduzir os atos de corrupção (*compliance*), o que depende, no momento, da edição de ato regulamentar por parte do Executivo.

Registre-se que a aplicação das sobreditas sanções não afeta os processos de responsabilização subjetiva e aplicação de penalidades decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993 e legislação correlata), na forma do art. 30 da Lei 12.846/2013.

O processo administrativo será instaurado pela autoridade máxima da Administração e será conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores estáveis, admitindo-se a desconsideração da personalidade jurídica quando configurado abuso de poder, observados o contraditório e a ampla defesa (arts. 8.º, 10 e 14 da Lei 12.846/2013).<sup>8</sup>

### 3) ACORDO DE LENIÊNCIA

Admite-se a celebração do **acordo de leniência** entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática do ato lesivo que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, desde que a colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber bem como na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16 da Lei 12.846/2013).

A celebração do sobredito acordo dependerá do preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos (art. 16, § 1.º, da Lei 12.846/2013):

a) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

b) a pessoa jurídica deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e

c) a pessoa jurídica deve admitir a sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

O acordo de leniência acarreta as seguintes características:

---

<sup>8</sup> A autoridade que, após tomar conhecimento das supostas infrações, não adotar providências para a apuração dos fatos, será responsabilizada penal, civil e administrativamente (art. 27 da Lei 12.846/2013).

a) isenção das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, bem como a redução em até 2/3 do valor da multa aplicável, subsistindo as demais sanções legais, inclusive o dever de reparação integral do dano (art. 16, §§ 2.º e 3.º);

b) a proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo (art. 16, § 6.º);

c) a proposta de acordo de leniência não importa em reconhecimento da prática do ato ilícito (art. 16, § 7.º);

d) descumprido o acordo, a pessoa jurídica não poderá celebrar novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento (art. 16, § 8.º);

e) a celebração do acordo interrompe o prazo prescricional para aplicação das sanções (art. 16, § 9.º); e

f) possibilidade de celebração do acordo envolvendo os ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, com o intuito de isentar ou atenuar as sanções previstas nos respectivos arts. 86 a 88 (art. 17).

A previsão do acordo de leniência na Lei Anticorrupção retrata uma tendência típica da Administração Pública Consensual e de Resultados.

Em razão da pluralidade de interesses públicos e da necessidade de maior eficiência na ação administrativa, a legitimidade dos atos estatais não está restrita ao cumprimento da letra fria da lei, devendo respeitar o ordenamento jurídico em sua totalidade (juridicidade).

Por esta razão, os acordos decisórios são previstos e incentivados no controle das políticas públicas, tal como ocorre, por exemplo, nos seguintes casos: a) Termo de Ajustamento de Conduta (TAC): art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública – ACP); b) Termo de Compromisso: art. da Lei 6.385/76 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); c) Acordos terminativos de processos administrativos: art. 46 da Lei 5.427/09 (Lei do Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro); d) Termo do compromisso de cessação de prática e acordo de leniência: arts. 85 e 86 da Lei 12.529/11 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC); e) Acordo de leniência: art. 16 da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção); etc.

Em determinadas hipóteses, a aplicação da sanção tipificada em lei pode frustrar a efetividade dos resultados esperados pela legislação que poderiam ser implementados por outras vias alternativas definidas pelo Poder Público. Imagine-se, por exemplo, a celebração de acordo decisório (Termo de Ajuste de Gestão – TAG) com o intuito de substituir a multa ambiental por imposição de investimento do mesmo montante financeiro na restauração do meio ambiente (compensações ambientais).

Nesse caso, o acordo decisório que substitui a possibilidade da multa por investimentos satisfaz com maior intensidade o resultado subjacente à própria sanção, qual seja, a restauração do dano gerado pela atuação ilícita do agente regulado.

Ao invés de aplicar a multa e cobrá-la, pela via administrativa e/ou judicial, com a conseqüente (e potencial) arrecadação e posterior aplicação dos recursos na restauração do bem jurídico lesado, o Poder Público, por meio do acordo decisório, estabeleceria, *prima facie*, a obrigação de o infrator investir o mesmo montante diretamente na recuperação do dano causado, evitando desperdício de tempo e de recursos públicos.<sup>9</sup>

Não se pode perder de vista que a sanção não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de restauração ou compensação dos danos ocasionados pelo ilícito praticado. Ao lado da sanção, existem outros instrumentos que possuem o condão de atingir o interesse público de forma mais eficiente e econômica, tal como ocorre com o acordo que substitui processos sancionatórios por medidas preventivas e compensatórias do dano. Não se trata de dispor do interesse público, mas, ao contrário, da escolha do melhor instrumento para sua implementação.

#### **4) RESPONSABILIDADE JUDICIAL DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO**

A responsabilidade administrativa não afasta a responsabilidade civil pelos atos lesivos à Administração, tendo em vista a independência das instâncias (art. 18 da Lei 12.846/2013).

---

<sup>9</sup> Sobre os acordos decisórios ou substitutivos na Administração, vide: OLIVEIRA, **Princípios do Direito Administrativo**. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Método, 2013, p. 151-156; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. "Acordos substitutivos nas sanções regulatórias". **RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 23, abr.-jun. 2011; WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Temas relevantes no direito de energia elétrica**, Synergia Editora, 2012; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. "Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção". **RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 68, out.-dez. 2010.

A conclusão gerada pelo dispositivo é intuitiva porque são diferentes as sanções previstas pelo art. 6º, referentes ao processo administrativo, e aquelas previstas pelo art. 19, referentes ao processo judicial.

Dessa forma, ainda que a pessoa jurídica tenha sido devidamente sancionada no âmbito administrativo, não haverá qualquer impedimento para que se busque pela via judicial a aplicação de outras sanções, que, inclusive, só podem ser aplicadas após o devido processo legal judicial. A diferença de sanções afasta qualquer possibilidade de *bis in idem*.

Parece não haver maiores dúvidas da espécie de ação judicial versada sobre a lei ora comentada, posto a natureza difusa do direito tutelado por meio dela. Ademais, o art. 21 da Lei 12.846/2013 prevê que, nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei 7.347/1985, o que é suficiente para se concluir que a referida ação é coletiva. Trata-se de mais uma espécie de ação coletiva na tutela do patrimônio público, vindo a se somar com a ação popular, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

Certamente, nesse tocante, será ressuscitada a discussão já há muito presente envolvendo a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa. E a conclusão será a mesma: pouco importa se a chamada ação de responsabilização judicial é ou não uma ação civil pública. O que importa é que a referida ação segue substancialmente o procedimento da ação civil pública com certas peculiaridades, exatamente como acontece com a ação de improbidade administrativa. E são justamente essas peculiaridades que interessam na presente análise.

O art. 19 da Lei 12.846/2013 prevê a legitimidade ativa para a ação de responsabilização judicial: União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público. Como se pode notar, a ação ora analisada tem legitimidade ativa ainda mais restritiva do que ocorre na ação de improbidade administrativa.

Apesar da omissão legal, entendemos que a legitimidade deve ser reconhecida também às entidades da Administração Indireta, tendo em vista a sua autonomia administrativa e o objetivo do legislador em proteger a Administração Pública, sem distinção.

Como a Lei 12.846/2013 se limita a regulamentar a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, naturalmente o polo passivo será formado exclusivamente pela

pessoa jurídica que pratica ato lesivo previsto no art. 5.º da mesma Lei. Exatamente como ocorre com a ação de improbidade administrativa, entendemos que a pessoa jurídica de direito público que tem legitimidade ativa não tem legitimidade passiva originária na hipótese de o autor da ação ser o Ministério Público. Nesse caso, deve a pessoa jurídica de direito público ser intimada da existência da ação, podendo quedar-se inerte ou assumir um dos polos da demanda.<sup>10</sup>

E também não há espaço para a presença de pessoas físicas no polo passivo, inclusive os agentes públicos envolvidos no ato ilícito. Não que as responsabilidades das pessoas físicas envolvidas na ilicitude sejam excluídas pela responsabilização da pessoa jurídica, elas só não serão objeto da ação judicial ora analisada. Nesse sentido o art. 3.º, *caput*, da Lei 12.846/2013.

As sanções, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, são:

a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

c) dissolução compulsória da pessoa jurídica;<sup>11</sup> e

d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos.<sup>12</sup>

Apesar da omissão legal, é tranquilo que também possam ser cumulados os pedidos de anulação do ato ilícito e de condenação por perdas e danos. Na realidade, o art. 21, parágrafo único, da Lei ora analisada dá

---

10 Segundo previsto no art. 17, § 3.º, da Lei 8.429/1992, no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3.º do art. 6.º da Lei 4.717/1965. Sobre o tema, remetemos o leitor ao livro: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014.

11 A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: a) utilização da personalidade jurídica de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou b) constituição da pessoa jurídica para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (art. 19, § 1.º, da Lei 12.846/2013).

12 Nas ações propostas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas também as sanções previstas no art. 6.º (multa e publicação extraordinária da decisão condenatória), desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20 da Lei 12.846/2013). Registre-se que a multa e o perdimento de bens, direitos ou valores serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas (art. 24). Em âmbito federal, foi instituído o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá as informações quanto às sanções e aos acordos de leniência formalizados com base na referida Lei (art. 22).

a entender que a condenação por perdas e danos é um pedido implícito dessa ação ao prever que a condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença. De qualquer forma, o mais seguro é realizar o pedido expresso nesse sentido.

Quanto às sanções de multa e de perdimento de bens, direitos ou valores, aplicadas no processo administrativo ou judicial, as mesmas serão destinadas, preferencialmente, aos órgãos ou entidades públicas lesadas, conforme previsão contida no art. 24 da Lei 12.846/2013.

Além disso, nos termos do art. 20 da Lei 12.846/2013, nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, além das sanções previstas no art. 19, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º (multa e publicação da sentença) desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Entendemos que tal pedido não é exclusivo do Ministério Público como autor, também podendo ser elaborado quando for autora da ação a pessoa jurídica de direito público lesada. É natural que, nesse caso, a própria autora da ação judicial possa responsabilizar a pessoa jurídica que figure como ré no processo por meio do processo administrativo previsto no Capítulo III da Lei 12.846/2013. Não parece, entretanto, compatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) exigir esse processo administrativo como condição do exercício do direito de ação, de forma que, se por alguma razão, a pessoa jurídica de direito público quiser ingressar diretamente com a ação judicial, será possível fazer os pedidos previstos no art. 6º da Lei ora comentada.

Os pedidos previstos nos incisos II, III e IV do art. 19 da Lei 12.846/2013 têm natureza de sanção, a exemplo dos pedidos de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios cabíveis na ação de improbidade administrativa.

Das sanções previstas, a mais radical é a dissolução compulsória da pessoa jurídica, daí por que a preocupação do legislador em prever as hipóteses específicas em que poderá ocorrer. Segundo o § 1º do art. 19, a dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: (I) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (II) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Como também ocorre na ação de improbidade administrativa, o art. 19, § 3.º, da Lei 12.846/2013 prevê que as sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Além disso, também como ocorre na ação de improbidade administrativa, o prazo da proibição previsto pelo inciso IV do mesmo dispositivo deve ser fixado tomando-se por base a razoabilidade e proporcionalidade, exatamente como ocorre na dosagem da pena pela prática dos ilícitos penais.<sup>13</sup>

No tocante a tutela cautelar, o art. 19, § 4.º, da Lei 12.846/2013 tem bons e maus momentos.

Ao prever que o Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, o dispositivo afasta divergência atualmente existente na ação de improbidade administrativa quanto a tal medida como garantia do pagamento da multa civil.<sup>14</sup>

Inexplicável, por outro lado, é prever a “*reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º*”, porque o artigo mencionado versa sobre os elementos que devem ser considerados para a aplicação da multa prevista no art. 6º, I, em nada se referindo a indenização por perdas e danos. Afinal, sanção e reparação são inconfundíveis, inclusive quanto aos elementos que devem ser considerados para sua fixação.

Registre-se que os pedidos típicos da ação de improbidade administrativa e da ação de responsabilização judicial podem ser cumulados, desde que o autor tenha legitimidade para ambas as ações. Não vejo qualquer problema em termos o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público da administração direta lesada pelo ato ilícito, cumulando essas pretensões em uma mesma ação coletiva contra as pessoas jurídicas e físicas responsáveis e/ou beneficiadas pela ilicitude.

## 5) CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS - CNEP

O art. 22 da Lei 12.846/2013 instituiu o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, com o objetivo de reunir e conferir publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo,

<sup>13</sup> Verificar o capítulo 13, item 13.5.4.8.

<sup>14</sup> Verificar o capítulo 15, item 15.2.4.

Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base na Lei Anticorrupção.

As informações básicas que serão cadastradas no CNEP são (art. 22, § 2.º, da Lei 12.846/2013):

- a) razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;
- b) tipo de sanção; e
- c) data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

Ressalvadas as hipóteses de prejuízo às investigações em curso, as autoridades competentes também deverão cadastrar no CNEP as informações relacionadas aos acordos de leniência celebrados e aqueles que forem descumpridos, na forma do art. 22, § 3.º e 4.º, da Lei 12.846/2013.

Após o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos do CNEP (art. 22, § 3.º e 4.º, da Lei 12.846/2013).

Por fim, o art. 23 da Lei 12.846/2013 prevê, ainda, a obrigatoriedade de atualização pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, com os dados relativos às sanções por eles aplicadas, com fulcro nos arts. 87 e 88 da Lei 8.666/1993.<sup>15</sup>

---

15 Arts. 87 e 88 da Lei 8.666/1993: “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. § 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. § 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

## 6) PRESCRIÇÃO

A pretensão para punição administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração prescreve em cinco anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado (art. 25, *caput*, da Lei 12.846/2013).

De acordo com o art. 25, parágrafo único, da Lei 12.846/2013, a prescrição será interrompida com a instauração do respectivo processo administrativo ou judicial.

Registre-se, no entanto, que a pretensão de ressarcimento ao erário é imprescritível, na forma do art. 37, § 5.º, CRFB que dispõe.

*“Art. 37. (...)*

*§ 5.º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”*

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário é sustentada pelo STJ e pela maioria da doutrina.<sup>16</sup> Da mesma forma, a Súmula 282 do TCU dispõe: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.”

Isto porque a referida norma constitucional remete ao legislador a prerrogativa para estabelecer os prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário, com a ressalva expressa das ações de ressarcimento.

A regra é a prescrição, definida pelo legislador infraconstitucional, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, que tem por objetivo a

---

16 STJ, REsp 1.089.492/RO, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.11.2010 (**Informativo de Jurisprudência do STJ** 454). Vide também: REsp 1.069.723/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02.04.2009 (**Informativo de Jurisprudência do STJ** 384). CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1.014-1.015; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 829-830; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 620; FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 247; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 385. Em sentido contrário, sustentando a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, vide: PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 236-238; TOURINHO, Rita. “A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out.-dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

estabilidade das relações sociais. A exceção é a imprescritibilidade admitida apenas nas hipóteses expressamente previstas na Constituição.

Desta forma, a intenção do legislador constituinte foi consagrar uma exceção à regra geral ao prever a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário.

## 7) CONCLUSÕES

O tema do combate à corrupção ocupa o papel de destaque na pauta de reivindicações sociais na atualidade, o que justifica a proliferação de normas internacionais e internas que consagram mecanismos relevantes, preventivos e repressivos, de garantia da moralidade administrativa.

A corrupção é inimiga da República, uma vez que significa o uso privado da coisa pública, quando a característica básica do republicanismo é a busca pelo “bem comum”, com a distinção entre os espaços público e privado.

Conforme destacamos em obra sobre o tema, o combate à corrupção depende de uma série de transformações culturais e institucionais. É preciso reforçar os instrumentos de controle da máquina administrativa, com incremento da transparência, da prestação de contas e do controle social.

Nesse contexto, a Lei 12.846/2013 representa importante instrumento de combate à corrupção e de efetivação do republicanismo, com a preservação e restauração da moralidade administrativa. ❖

# Usucapião Tabular: Análise Sistêmica

## (Para que não seja sanatória da “grilagem” presente na realidade fundiária brasileira)

**Rogério Devisate**

*Defensor Público/RJ junto ao STF e STJ, associado a IBAP. Advogado, ex-aluno da EMERJ*

Surpreende que a grilagem<sup>1 2 3 4</sup> de terras exista de modo tão disseminado em nosso país, que conta com um sistema jurídico bem estruturado e que tão detalhada e claramente cuida dos atos e negócios lícitos, válidos e eficazes, devidamente tratando dos atos nulos e dos atos

---

1 O termo Grilagem aqui é empregado para indicar procedimentos de irregular ou ilegal apropriação privada de terras públicas.

2 <sup>2</sup> ... “A maior grilagem do mundo”, correspondente aos territórios da Holanda e Bélgica juntos (fonte, Jus Brasil, 21.11.2013)

3 Sobre a Nota 2, consta da Sentença da 9ª. Vara Federal do Pará, datada de 25.10.2011, que cancelou a matrícula e averbações no RGI e adotou outras medidas: ... “fraude cartorária que resultou na constituição de aparente propriedade particular de mais de quatro milhões e meio de hectares, incidentes sobre terras públicas da União e do Estado”... “registro ideologicamente falso”... “de uma suposta inscrição do imóvel no INCRA que nunca existiu”... “averbou a pretensa inscrição na matrícula do imóvel com fulcro simplesmente em uma guia DARF” relativa ao recolhimento do “ITF – averbação AV-15 de 31.08.96. (fls. 1.134)” (trechos da Sentença – Proc. 44157.81.2010.4.01.3900 – n.g.).

4 ... “fraudulentamente”... “inventários, concluídos naquele Juízo do Estado de Goiás, no mínimo espaço de 48 horas, com o sacrifício de todos os prazos legais, sem provas dos óbitos” ... “com as mais grosseiras violações”... “inclusive e, quiçá, propositadamente, as áreas das propriedades inventariadas que não foram, sequer, avaliadas” ... “assentamentos nos livros paroquiais, cuja falsidade material, no entanto, foi proclamada e evidenciada no acórdão” ... “a sobredita decisão condenou, nas penas dos crimes de falsidade ideológica, estelionato e de uso de documento falso” ... “consubstanciando-se, assim, a fortiori, a nulidade absoluta de tais registros”... “declarar inexistentes e cancelados, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.739/79, as matrículas e os registros dos imóveis rurais supra-elencados” (Provimento 04/81, do Corregedor Geral do Estado da Bahia – bom exemplo de eficaz combate à grilagem, com cancelamento dos registros – grifamos).

O caso também gerou ação penal com condenação de alguns envolvidos: ... “Ação Penal em que figuram 33 réus”... “Inventavam heranças e herdeiros”... “a extensão dos imóveis transferidos para seus nomes atinge números fantásticos (doc. De fls. 121 – apenso II”... “só a fazenda Boqueirão tem 112.000 alqueires; João 34.679”... “Larga da Pintada, 73.070 alqueires. Tudo isso coube em um só arrolamento, feito com certidão falsificada (fls. 328, 3º vol.)”... “julgar em parte procedente a pretensão punitiva para condenar: 1-”... “4 (quatro) anos de reclusão e interdição de investidura em função pública pelo prazo de 5 (cinco) anos; 2 – ”...”a 16 (dezesseis) anos de reclusão;” ... “a 5 (cinco) anos de reclusão; 4 – ”... “a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão; 6 – ”... “a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão;” ... (Ação Penal Originária 44 onde foram réus nacionais e estrangeiros, membro do judiciário, ex-parlamentares do Senado e da Câmara dos Deputados, serventuário, advogados e outros - TJ-Goiás, Relator Des. Clenon de Barros Loyola, Acórdão de 27.9.1978 – grifamos)

anuláveis<sup>5</sup>, com previsão da possibilidade de convalescença apenas dessa última categoria.

Consta em nosso sistema que **“o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce com o decurso do tempo”** (CC/2002, art. 169), no que o legislador *“seguiu a doutrina tradicional que tem sustentado que, além de insanável, a nulidade é imprescritível, o que daria em que, por maior que fosse o tempo decorrido, sempre seria possível atacar o negócio jurídico “quod nullum et nullo lapsu temporis convalescere potest”*<sup>6</sup>.

Apesar disso, o legislador pareceu cair em contradição ao introduzir no Parágrafo Único, do art. 1.242, do CC/2002 uma figura de convalescença do registro imobiliário que a doutrina vem chamando de “usucapião tabular” e que, salvo melhor juízo, contraria o sistema de nulidades estabelecido no mesmo Código (e o próprio instituto da usucapião, já que sendo mero “convalescimento do registro cancelado” é espécie de aquisição derivada<sup>7</sup>, ao passo que sabemos que a usucapião típica é modo de aquisição originária da propriedade).

Nosso vigente Código Civil se contraria nessa parte, ao ter, por um lado, doutrina das nulidades baseada no Código Alemão (que tanto influenciou o nosso saudoso Código de 1916 e que se reflete no atual de 2002, nesta parte bem semelhantes) e ao mesmo tempo prever um tipo de convalescença registral pelo decurso do tempo, embora sem muito a detalhar<sup>8</sup> e emprestando um valor exagerado<sup>9</sup> ao registro que vigeu por

---

5 Nulidades absolutas e relativas, como tratadas no BGB (Código Civil Alemão). As nulidades relativas correspondendo aos atos anuláveis, passíveis de ratificação com efeito retroativo, compreendem a *Anfechtbarkeit* e diferem dos atos nulos, como os atos do relativamente incapaz (*beschränkte Geschäftsunfähigkeit*). As expressões nulos e anuláveis correspondem a nulidades absolutas e nulidades relativas - Esboço de Teixeira de Freitas, arts, 787 e 788), como constava no art. 148 (“O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro. A ratificação retroage à data do ato.”), do CC/1916, equivalendo ao art. 172 (“O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.”), do CC/2002.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, v. I, ed Forense, 21ª edição, p. 533).

7 Assim pensa o Professor português Dr. José Alberto Gonzáles (**Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário**, ed. Quid Juris?, p. 114, Lisboa, 2001), *in verbis*: ...“a aquisição tabular é obviamente derivada” ... “concede legitimidade para impor, unilateralmente, a transmissão ou a oneração de um direito real alheio a favor doutro sujeito (o terceiro adquirente)”...“o facto que promove essa transmissão/onerção é um facto jurídico stricto sensu complexo” (obra cit. p. 114)...

8 ...“O inconveniente maior desta última ressalva é a margem aberta ao subjetivismo do juiz, devido à falta de um parâmetro em que se possa apoiar.” (Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, v. IV, ed Forense, 21 edição, p. 128).

9 “O mero registro não expurga o título de suas imperfeições nem supre a capacidade de disposição do transmitente”, como ensinou o Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Desembargador paulista, José Renato Nalini (*in* “Os princípios do Direito Registral Brasileiro e seus Efeitos”. **In Direito Imobiliário Brasileiro**, Coord. Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio, Ed. QuartierLatin do Brasil, p. 1086).

cinco anos até ser cancelado (assim mesmo, de modo genérico e sem especificação – CC, art. 1.242, Parágrafo Único), como se essa circunstância (ainda que somada a outros fatores), simplificando demasiadamente a abordagem, fosse **solução para todos os males da questão documental na questão fundiária brasileira, com o poder de “varrer para baixo do tapete” e num passe de mágica a sujeira histórica sobre apossamentos à margem da lei**, em parte fruto do coronelismo, em parte por uma praxe<sup>10</sup> em algumas regiões do interior, notadamente quanto à ocupação das terras devolutas etc, pois em tese bastaria que ocorresse o cancelamento do registro<sup>11</sup> para que o interessado pudesse postular a tal convalescença do registro (não podemos nos esquecer de que o sistema brasileiro difere<sup>12</sup> neste ponto do alemão, pois o nosso registro imobiliário é causal, de forma que uma vez inválido o título também será o registro do qual decorre, desfazendo-se a aparência de transferência da propriedade)<sup>13</sup>.

Ocorre que esse registro de terra em nome de particular posteriormente cancelado pode aparentemente (apenas) corresponder à hipótese do art. 1.242, CC (usucapião tabular), mas ocultar fraudes e crimes relacionados à montagem do teatro que pode nos apresentar o registro cancelando<sup>14</sup> ou a própria matrícula de imóvel em análise, já que se o imóvel é público (e foi objeto de grilagem, não tendo sido, portanto, corretamente “destacado” do patrimônio público) jamais ingressou no patrimônio particular e não ensejaria assim a aquisição em comento, por contrariar a própria CF (art. 183) e todo o sistema de nulidades... Portanto, para tal instituto é absolutamente necessário que se trate de terra **realmente**

---

10 ...“-Isso aqui é Brasil”, afirmou o fazendeiro ao Juiz...”disse considerar normal o fato de sua família ter grilado uma área pertencente ao Estado, as chamadas terras devolutas”... (destacamos, da matéria intitulada “Isso aqui é Brasil, diz fazendeiro sobre grilagem de terras devolutas” – Paulo Peixoto, 10.10.2013. **Folha de São Paulo**, na internet.

11 Por vício deste e não do título causal, pensamos.

12 ... “na Alemanha, o cartório, integrado na organização judiciária, tem um juiz na direção, sob cujas ordens atuam os funcionários e o encarregado da documentação”... “as diversidades mais se acentuam quando me volto para a história do Registro de Imóveis nos dois países”...“o sistema de assento da propriedade imóvel no Brasil começou com o Código Civil, em 1917” ... “a história do Registro Imobiliário constitui um pedaço do autêntico existir da Alemanha (Direito das Coisas, P. 9ª), o que se confirma com a nota de que, a partir do século XII, algumas cidades começaram a ter repertórios oficiais para registrar imóveis” (Walter Ceneviva, in “Registro de Imóveis – O Sistema Alemão e o Brasileiro”, em Conferência proferida em 10.2.87, em Curitiba-PR, no I Seminário Nacional de Cadastro Urbano e Rural; publicado na RT 616/251, em fev/1987 e no livro **Direito Registral**, v. II, Ed. RT, organizadores Ricardo Dlp e Sérgio Jacomino, p. 568/569).

13 ...“Em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no Direito alemão, o registro do título de aquisição de imóvel é causal e gera, apenas, a presunção *juris tantum* de propriedade. O que importa dizer que, inválido o título, inválido será o registro, desfeita, assim, a aparência de transferência da propriedade.” (STF, Representação de Inconstitucionalidade 1.070-DF, j. 23.3.1983, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves).

14 Nota 9.

**particular, sem vícios que correspondam à grilagem de terra pública** (notadamente devoluta, indígena ou de fronteira).

Também não podemos deixar de lado a história e as contradições já enraizadas, pois o discurso político ataca a grilagem enquanto o País se vê impedido de se desenvolver com plena segurança jurídica por uma adversidade sempre em ação, hábil e soturna e que, quando revelada, simplesmente mais expõe as fragilidades e complexidades do Estado, que tem de ser jurídico para combater a antijuridicidade das ações dos grileiros (que são capazes de enganar e usar o aparato estatal até para iniciar e concluir um inventário em 48 horas<sup>15</sup> e de gente que nunca viveu e que, portanto, nunca morreu e nem foi proprietária de enormes fazendas, enquanto o poder público leva **décadas para anular** aquele mesmo absurdo registro fraudado/grilado a que deu causa por sua ineficiência e falho controle prévio de legalidade!)<sup>16</sup>, num país onde o modelo do sistema colonial de ocupação e certo autoritarismo são legados relevantes, com os coronéis se autoinvestindo de *potestades* próprias do poder legitimamente constituído e tendo a lealdade do conjunto de cidadãos que é dele cada vez mais dependente.

Pensamos que não pode mais ser assim e ousamos dizer que a usucapião tabular **não pode ser desvirtuada para servir como instrumento para legitimar os registros apenas aparentemente corretos<sup>17</sup> mas na verdade decorrentes de nulos títulos causais<sup>18</sup> grilados.**

Por isso a análise sistêmica dessa novel figura, **para que não se preste a purgar (“convalescença registral”) todo e qualquer cancelamento de registro imobiliário** (lembrando que os negócios jurídicos nulos não são suscetíveis de confirmação ou convalescença – art. 169. CC) e adiante se consolidar fraudes cartorárias<sup>19</sup> e a usurpação de terras devolutas e toda sorte de condutas e crimes relacionados a falsidades documentais e ideológicas<sup>20</sup>, dando-lhe apenas aparência de terra particular em complexas situações decorrentes de uma fraqueza do Estado, que enfraquece e arrisca jogar por terra o esforço da sua própria estrutura (estatal) no combate à grilagem de terras<sup>21</sup>...

---

15 Nota 4.

16 Bons exemplos indicam os casos referidos nas notas 3 e 4.

17 Nota 9.

18 Notas 3 e 4.

19 ... “na Alemanha, o cartório, integrado na organização judiciária, tem um juiz na direção, sob cujas ordens atuam os funcionários e o encarregado da documentação”... (Walter Ceneviva – obra citada na Nota 9)

20 Nota 4.

21 Homenageamos o hercúleo e laborioso atuar das prestigiosas Procuradorias e do INCRA e demais órgãos que

A propósito, mesmo que **não haja possibilidade legal de usucapião de terra pública** (no mais das vezes devoluta) - até com vedação constitucional<sup>22</sup> - é bom lembrar que na prática **tais terras também não poderiam ser griladas (e o são!)** e estar por artimanhas registradas em nomes de particulares, nacionais e estrangeiros<sup>23</sup>, de sorte que se isso ocorre não há dúvida de que poderiam também ser objeto de usucapião tabular<sup>24</sup>, o que mais complicaria a situação no campo<sup>25</sup> e o trabalho na defesa e/ou no resgate do patrimônio público.

Ora, se o constituinte inseriu na Carta Política de 1988 o citado comando (art. 183, P. 3º) e o Código Civil é de 2002, este último tem que se adequar ao texto constitucional. Mais do que isso: a disposição do Parágrafo Único do seu artigo 1.242 não é usucapião típica (que gera aquisição originária) mas uma modalidade de convalescença registral impropriamente inserida em meio ao instituto da usucapião, sendo **aquisição derivada**<sup>26</sup> e podendo nesse vasto território confundir aplicadores e atores do direito e gerar esdrúxulas situações. Na verdade, imaginamos ser grave o hipotético argumento de que sendo a “usucapião tabular” mera convalescença do registro cancelado **talvez nem sofresse o alcance do art. 183 da CF/88** e se prestasse à torta e imprópria “aquisição”/legitimação de terras públicas (devolutas, de fronteira e indígenas) por particulares<sup>27</sup> (consolidando a usurpação do patrimônio público)!

---

atuam e atuaram no setor. Também rendemos homenagem à memória do INTERBA (Instituto do Desenvolvimento Agrário da Bahia) e do IDAGO (Instituto do Desenvolvimento Agrário de Goiás), organismos estes extintos há anos e que, por exemplos que pesquisas em documentos nos revelaram, foram fortes pilares no combate à grilagem e na defesa do patrimônio público (exemplo expressado na Nota 4).

22 CF/88, art. 183, P. 3º - § 3º - “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

23 Claro que nem todas griladas, mas sabemos que: ...“de acordo o Incra, de janeiro deste ano, estrangeiros têm posse de 4,5 milhões de hectares de terras no Brasil – área equivalente ao território da Suíça ou do Rio Grande do Norte.” (Notícias da Câmara dos Deputados, 25.7.2011 - <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/200262-RESTRICAO-A-COMPRA-DE-TERRAS-POR-ESTRANGEIROS-E-PRIORIDADE-DE-COMISSAO.html>).

24 Precedente neste sentido nos alerta: TJ-MS – 3ª. Turma Cível, Ap 20110010476/000000, Rel. designado Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 2.8.2011, onde se debateu a usucapião tabular, nos seguintes termos: ... “... “a nulidade do título de que são possuidores resta suplantada pela **usucapião tabular** (art. 214, P 5º, da LRP) acolhida no caso” (trecho extraído do Voto do Relator Marco Andre Nogueira Hanson) ...” *“A inércia do Estado de Mato Grosso do Sul em transferir o imóvel para o seu domínio, assim como a constatação da boa-fé da parte, impossibilita a decretação da nulidade do título de aquisição à alegação de eiva de vício.”* (trecho do voto do Revisor Des. Rubens Bergonzi Bossay e ao final designado Relator designado) ...- fonte <http://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordo=219668&-v/Captcha=bzqem>).

25 Como exemplo: “MT: exploração ilegal de madeira cresce 63% - Do total não autorizado, que corresponde a 1.066,63km2, 96,4% ocorreram em áreas privadas, devolutas ou sob disputa. A exploração ilegal atingiu 28,5km2 em terras indígenas. O Parque Indígena do Xingu foi o segundo mais afetado”... (O Globo, 10.3.2014, p. 4).

26 Nota 6.

27 Nota 25.

Na verdade, pode-se defender o pensamento de que quem comprou mal<sup>28</sup> (pela sua inocência ou iludido por outrem que tivesse o chamado *dolus malus*<sup>29</sup> e adquiriu imóvel rural com registro decorrente de nulidade insanável<sup>30</sup> do título de origem) e se deparasse com nulidade não poderia pretender se tornar dono pela usucapião tabular, pois **só teria direito à indenização e não à coisa em si**, como estabelece o nosso **Código Civil, art. 182** (***“Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”***), servindo a sua inocência apenas em relação **aos frutos e não à coisa em si**, como nos ensina Serpa Lopes<sup>31</sup>, explicando que a nulidade (e ainda mais a inexistência jurídica) produz efeitos destruidores, retroativos e de responsabilidade, sendo os primeiros os de que ***“nada deve restar do contrato, nenhum efeito, pelo menos futuro, dele pode surgir”*** exatamente pela ordem jurídica que alvitra **proteger**, os segundos para que uma vez anulado o ato (diríamos declarado nulo) restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se encontravam e, caso impossível, indenizar-se-ão com o equivalente (CC/1916, art. 158, correspondendo ao art. 178, do CC/2002<sup>32</sup>), o que por vezes deve ser mitigado, diante da ausência de dolo ou culpa do **terceiro de boa-fé**, para o qual o festejado autor usa argumento importante, dizendo que ***“os que estiverem de boa-fé deverão fruir as vantagens inerentes ao possuidor com tal qualidade, como no caso dos frutos percebidos, das benfeitorias que fizer”***.<sup>33`34</sup>

Quanto aos imóveis rurais deve ser destacado o fato de que em muitos casos essa “grilagem” só se revelará se o comprador ou o aplica-

28 *“Quem paga mal paga duas vezes”* - Acórdão: Apelação Cível n. 2006.015791-2, de Lages/SC, Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 27.07.2006 (anotamos, portanto, já na vigência do atual Código Civil).

29 A distinção entre *“dolus bonus”* e *“dolus malus”* está no fato de que somente o último macula o negócio jurídico: *“...prática de artifícios aptos a levarem a outra parte a contratar”... “artifício desonesto, anterior ou concomitantemente ao contrato”... (Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, v. I, 7ª. Ed, Ed. Freitas Bastos, p. 395).*

30 Exemplos nas Notas 3 e 4.

31 Ob. Cit., item 361.

32 Código Civil, Art. 182 *“Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”*

33 Ob. Cit., item 362 – O terceiro de boa-fé teria direito aos frutos ou das benfeitorias que fizer, mas não à coisa em si! Como, aliás, prevê a lei civil.

34 Em caso extremo, a boa-fé alegada não preservou nem o direito aos frutos, como ocorreu em outra situação, relacionada à demarcação da Reserva Raposa Terra do Sol (consta que os fazendeiros que ocupavam a região onde passou a existir a reserva não tiveram direito a esses frutos inerentes à colheita do que foi plantado), vejamos: *“Quem plantou nas terras sob litígio o fez por sua conta e risco”* (como consta em <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=noticias&page=6>, sob o título *“Arrozeiro quer prazo para colher”*; consulta feita em 09.4.2014-n.g.); *“Fazendeiros terão de sair até abril”* (matéria publicada no *Correio Brasiliense*, impresso em 26.3.2009) e *“Arrozeiros acatam ordem de sair da reserva Raposa Serra do Sol, mas querem indenizações e o direito de colher a safra”* (matéria intitulada *“Os índios venceram”* - <http://revistagloborural.globo.com/GloboRural/0,6993,ECC1698650-1641,00.html> – consulta em 09.4.2014).

dor da lei exigir “*toda a cadeia sucessória do imóvel*”<sup>35</sup> para que se possa aferir com total segurança a cadeia sucessória<sup>36</sup> e os desmembramentos ou remembramentos que ensejaram o último ato levado a registro na matrícula, daí partindo em alguns casos até para matrículas e atos anteriores (infelizmente não é tão raro que alguém compre de particular, que por sua vez comprou de outro e outro que na origem grilou-a, por meio de falsidades e fraudes, que os exemplos revelam), **fazendo com que “do nada” surgisse o registro “original”** de uma grande área no RGI e onde conste, simplesmente, como se fosse a coisa mais natural do mundo, o apontamento no campo “registro anterior” de que, não havendo, fez-se o primeiro registro e abriu-se matrícula, “*por se tratar de imóvel adjudicado pela justiça pública*”<sup>37</sup> (há também caso de registro de averbação de “uma guia DARF relativa ao recolhimento” de imposto!<sup>38</sup>).

Portanto, este não é um trabalho sobre o histórico instituto da Usucapião, tema fantástico e que já se encontra muito bem abordado por inúmeros autores, estrangeiros e nacionais, clássicos e contemporâneos, aos quais rendemos nossas homenagens. Este é singelo estudo sobre a figura da “convalescença registral”, que virou parágrafo de uma das modalidades de usucapião e que tem uma redação que pode, na prática, permitir uso desvirtuado dos imaginados altaneiros propósitos do legislador e, acerca dos imóveis rurais e diante do histórico problema da grilagem de terras devolutas, de fronteira e indígenas, **virar “sanatória para todos os males” e ensinar a “consolidação da grilagem”**.

## **CONVALESCENÇA DE REGISTRO CANCELADO? CANCELAMENTO DE CANCELAMENTO? CANCELAMENTO DECORRENTE DE ATOS NULOS - NEMO PLUS IURIS AD ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET**

Nossa legislação civil tanto defende as pessoas de bem e os atos e negócios jurídicos bons, válidos e eficazes que, como já dito, prevê que “***o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce com o decurso do tempo***” (Código Civil/2002, art. 169).

---

35 Podemos observar que (1) muitos negócios são feitos apenas com a análise da certidão do RGI do último negócio registrado e (2) constando da escritura que o vendedor **NÃO responde pela “evicção”!** Ponderamos que isso não revela exatamente “boa-fé” negocial, podendo apenas indicar a inocência do comprador que não desconfia da má origem do que pensa adquirir – inocente útil, para o lucrativo negócio da grilagem!

---

36 “A consulta ao registro deve, certamente, ser havida como um ônus jurídico” (José Alberto Gonzales, Ob. Cit., p. 109).

---

37 Nota 4.

---

38 Nota 3.

Sobre aquela sólida determinação, temos que o próprio Código Civil aponta que apenas os atos anuláveis são passíveis de sanatória (CC, **artigo 172: “O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.”**).

Ora, antes de avançar, temos que pensar que nulos serão os atos que contenham “nulidades absolutas” enquanto os atos anuláveis serão os que revelarem “nulidades relativas”, forma com que a respeito se expressa o Código Alemão<sup>39</sup>, que fortemente inspirou o Código Civil de 1916, que por sua vez se renovou no Código Civil de 2002<sup>40</sup>.

De fato, os atos nulos são imprestáveis e assim serão declarados, mas os atos anuláveis poderão até ser ratificados do modo tratado no atual CC/2002 (art. 172. “*O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro*”) que praticamente repete o que dizia o anterior CC/1916 (art. 148. “*O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro. A ratificação retroage à data do ato.*”).

Aliás, é digno de lembrança que Clóvis Beviláqua, autor do anteprojeto do anterior Código Civil, dizia que as nulidades (absolutas, segundo o direito alemão) prescreveriam em 30 (trinta) anos, já que era o maior prazo do anterior CC, o que o grande jurista Pontes de Miranda considerou um “**absurdo**”, porquanto o ato praticado por louco etc. “**não prescreve nunca**” e dizendo que o que prescreve são as ações e que no caso não há ação propriamente dita, mas mera “*alegação e o juiz poderá declarar o ato nulo tão logo o conheça e bem assim os seus efeitos*”.<sup>41</sup>

Neste sentido, a doutrina é clara quando aborda vícios como a simulação, mas por conveniência elegeremos a linha de argumentação de

---

39 MARQUES, Claudia Lima. **Cem anos de Código Civil Alemão**: O BGB de 1986 e o Código Civil Brasileiro de 1916. Ajuris, Porto Alegre, n. 40, p. 88, 1987 – “Freitas e Rodrigues elaboraram seus Projetos antes que o projeto final do BGB estivesse pronto e consideraram somente o primeiro e criticado projeto de 1887/88. Beviláqua, ao contrário, conhecia o segundo Projeto de BGB, publicado em 1895, e o considerou em seus estudos., op. cit., p. 88.”, ensinando-nos, ainda (ob. cit, p. 82) que “o Código Civil brasileiro foi elaborado no período de 1860 a 1899, enquanto que o BGB o foi no período de 1874 e 1896”, donde não se poder negar que o projeto do Código Alemão e a doutrina daquele país foram considerados na elaboração do nosso Código Civil de 1916, de forte influência no vigente Código Civil de 2002.

40 Nulidades absolutas e relativas, como trata o BGB (Código Civil Alemão). As nulidades relativas correspondendo aos atos anuláveis, passíveis de ratificação com efeito retroativo, compreendem a *Anfechtbarkeit* e diferem dos atos nulos, como os atos do relativamente incapaz (*beschränkte Geschäftsunfähigkeit*). As expressões nulos e anuláveis correspondem a nulidades absolutas e nulidades relativas - Esboço de Teixeira de Freitas, arts, 787 e 788), como constava no art. 148 (“O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro. A ratificação retroage à data do ato.”), do CC/1916, equivalendo ao art. 172 (“O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.”), do CC/2002.

41 MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil brasileiro**, 2ª. Edição, 1981, ed. Forense, p. 161.

Serpa Lopes<sup>42</sup> que nos diz que “*o negócio absolutamente simulado nada tem de real; além do ato simulado, nada mais se vê: colorem habet, substantiam vero nullam*”, destacando argumento de Butera no sentido de que “é sombra de si mesmo, representa um ato que não existe, ou seja, um ato nulo mais por falta de conteúdo do que por defeito da forma”.

Não nos percamos no estudo de como as fontes cuidam do conceito de nulidade (que utilizaremos na abordagem de Serpa Lopes que, a respeito, cita Martinho Garcez), tratando-o como “*vício que impede um ato ou uma convenção de ter uma existência legal e produzir um efeito*” que diríamos jurídico, pois é crível que “**o ato nulo não produzirá “efeito jurídico”** (CC, art. 169) e sim reflexos e “consequências (antijurídicas), que podem tumultuar o ambiente social.

**A função da nulidade consiste em “tornar sem efeito o ato ou negócio jurídico”, de tal modo que “este desaparece, como se nunca houvesse existido”,** o que evidentemente cresce em clareza quando também o defrontamos com o ato ineficaz, posto que este último possa ser bifronte, ou seja, com validade entre os contratantes mas ineficácia total em face de terceiros, de sorte que “*os efeitos da nulidade são diversos dos da ineficácia. Contudo, na nulidade a sua sanção consiste na supressão dos efeitos do negócio jurídico, mesmo inter partes*”<sup>43</sup>. Mas casos há em que a nulidade é tão absurda e contrária à ordem vigente que o que se tem é um efeito maior, o de **inexistência** do ato (cujos traços característicos são: independência de ação judicial; poder ser alegado por qualquer pessoa; ser completamente vazio de efeitos; ser impossível de ser confirmado ou ratificado; impossibilidade absoluta de prescrição)<sup>44</sup>.

Nos procedimentos da **Lei 6.739/79**, que prevê possibilidade de declaração de inexistência e nulidade da matrícula e do registro de imóvel rural vinculado a título nulo de pleno direito ou feito em desacordo com artigos 221 e seguintes da Lei 6.015/73, nada mais, em tempo algum, a respeito remanescerá<sup>45</sup>, de modo que neste caso como imaginar hipotética alegação da “*usucapião tabular*”? A resposta tem de ser no sentido de se lhe negar a usucapião, **já que a terra nunca foi particular como parecera, mas pública e grilada...**

---

42 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, v. I, 7ª. Ed, item 298.

43 Ob. Cit., item 354.

44 Ob. Cit., item 355.

45 Exemplo referido na nota 4.

Com isso, mais uma vez temos que **não ensejará usucapião tabular qualquer cancelamento de registro imobiliário que esteja em nome de particular!** Aliás, o mesmo se dará com os cancelamentos determinados por **decisão judicial** (Lei de Registros Públicos, art. 216) que atingir o título causal do registro cancelando.

Assim é o sistema, quanto aos vícios do registro: (a) nulidades de pleno direito do próprio registro, invalidam-no, independentemente de ação direta (LRP, art. 214), podendo o cancelamento ser determinado pelo Juiz Corregedor e administrativamente (ato administrativo nulo<sup>46</sup>, em sede de autotutela – Súmulas do STF, verbetes 346 e 473); (b) nulidade tamanha que tenha equivalência de inexistência do registro pode ser reconhecida também pelo Juiz Corregedor, embora haja quem defenda que deva ser feita judicialmente (LRP, art. 216); c) cancelamento (reconhecimento da inexistência jurídica) da matrícula, o que só ocorre quando a nulidade for da própria matrícula<sup>47</sup> (d) cancelamento do registro (LRP, art. 253) por decisão judicial (art. 253, I), quando em virtude de alienações parciais o imóvel tenha sido inteiramente transferido para outros (art. 253, II), como nos casos de divisão de herança, de loteamentos etc e pela fusão (art. 253, III), esta nos termos do art. 250 da mesma lei (aliás, este artigo também trata do cancelamento, novamente dispendo sobre decisão judicial: art. 250, I) e falando que por requerimento de todas as partes (art. 250, II) ou do interessado (art. 250, III) e, por fim, por requerimento da Fazenda Pública, em decorrência de conclusão de processo administrativo em se tenha a rescisão do título de domínio ou de concessão de direito real de uso do imóvel rural, expedido para fins de regularização fundiária, com a reversão do bem ao patrimônio público; e) para os imóveis rurais, são declarados nulos e inexistentes os registros vinculados a títulos nulos de pleno direito ou feitos em desacordo com os arts. 221 e seguintes da Lei 6.015/73, por ato do Corregedor Geral da Justiça, nos moldes preconizados na Lei 6.739/79<sup>48</sup>.

Curioso notar que o **cancelamento é definitivo**, só podendo haver o **cancelamento do cancelamento** do registro se este foi nulo<sup>49</sup> e por aí bem

46 “O ato de registro é um ato administrativo” (Régis Fernandes de Oliveira, **Ato Administrativo**, Ed. RT, 2ª. Edição, 1980, p. 35).

47 ...“aberta viciosamente ou com preterição das formalidades essenciais”... como ensina Elvino Silva Filho, citando Gilberto Valenda da Silva (in **O cancelamento no Registro de Imóveis**. IRIB, v. 4, 2005, p. 36).

48 Exemplo tratado na Nota 4.

49 SILVA FILHO, Elvino. Ob. cit, p. 42 (aqui citando Sentença do Juiz Ricardo Henry Marques Dip, confirmada pelo Corregedor Geral da Justiça).

se vê como os temas são complexos... Ora, imagine-se o cidadão postular a usucapião tabular diante do cancelamento do registro (preenchidos os demais requisitos, claro) e de repente se cancela aquele cancelamento pelo reconhecimento de vício existente! E, além disso, se cancelado o registro apenas e não o título nada impede que o interessado o apresente para **novo registro**<sup>50</sup>, que produzirá efeitos a partir da sua realização (LRP, art. 254) e não “*convalescendo*” o anterior (a propósito, merece o destaque: nem aí se faz o convalescimento administrativo...!)

Notemos ainda que **se o ato é juridicamente inexistente nenhum efeito ou consequência poderá produzir no mundo jurídico!** Evidentemente é de interesse prático ter clara a distinção entre ato nulo e ato inexistente, porquanto aquele pode ocorrer com um ato onde houve vontade manifestada sem plena liberdade ou por incapaz, ao passo que **o ato inexistente sequer pode ser considerado com efeitos ou consequências jurídicas!** Como vimos, Serpa Lopes dizia que “**do ato inexistente nenhum efeito é possível surgir**”<sup>51</sup> e são imprescritíveis, o que deve ser compreendido como sendo também **insuscetíveis de convalescimento.**

É crível que é a “ordem jurídica” o bem jurídico tutelado quando se expurga da realidade os atos nulos e os atos inexistentes.

A questão não pode ser analisada superficialmente e, no mais das vezes, exigirá que se verifique se está correto o “destaque” da área de terras do patrimônio público para o particular! De qualquer maneira, insistimos, não é meramente alegando ter formalmente cumprido o disposto no art. 1.242 do CC (c/c o P. 5º, do Art. 214, introduzido pelo artigo 59, da Lei 10.931/2004, que parcialmente alterou a Lei 6.015/73) que se deverá obter a usucapião tabular quando envolver imóveis rurais, principalmente de grandes áreas.

Esta lógica nos chega desde os romanos, com o brocardo *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (não se pode transmitir mais direitos do que se possui).

Será que, se após cinco anos de vigência de um registro imobiliário, viermos a nos deparar com o seu cancelamento ou declaração de inexistência jurídica e constatarmos que aquele decorreu de uma escritura feita por quem nunca foi dono e tendo por objeto terra que nunca pertenceu

---

50 Ob. cit, p. 42.

51 Notas 3, 4 e 9.

ao vendedor e definindo “fazenda” que nunca existiu<sup>52</sup> (grilada), poderia ainda assim o comprador ou sucessor deste noutra escritura onerosa invocar a usucapião tabular (CC, art. 1.242, P. Único), por ter aparentemente (apenas aparentemente) cumprido o que diz aquele artigo ou sofrerá as consequências do art. 169, do Código Civil? Essa escritura, com as nuances exemplificadas, não seria um ato inexistente, mais que um ato nulo? Como então se admitir produzisse efeitos jurídicos para gerar o “convalescimento” de um registro porventura feito e sabe-se lá como (já que o sistema é causal), decorrente de escritura com tantos vícios e até criminosos (citamos exemplo) e numa situação em que não se trataria mesmo de usucapião<sup>53</sup>?

A doutrina vem chamando de usucapião tabular essa novidade introduzida no sistema jurídico brasileiro, festejando-o como de elevado propósito em prol dos chamados terceiros de boa-fé e importante e verdadeiro instrumento de “convalescença registral”, mas penso que haja outros aspectos a ser considerados.

É importante que seja atentamente lido o art. 1.242, Parágrafo Único, do Código Civil e se perceberá que ele realmente não se encaixa perfeitamente no sistema (o imóvel é adquirido “com base” em título e não em registro) e nos demais artigos que tratam da usucapião, com isso criando o legislador uma figura jurídica que não tinha precedentes no sistema brasileiro anterior, pois dela não cuidou o Código Civil de 1916. E mais: a cogitada possibilidade de convalescença registral foi introduzida **sem que o sistema jurídico viesse a ser antes reformulado e de sorte que se dotasse os registros imobiliários com a pureza do sistema alemão**<sup>54</sup> - detalhe que nos chama atenção, pois é sabido que naquele país o registro, além de não ser causal como no sistema brasileiro, só comporta a solução tabular no **prazo de 30 anos** (e não no de 05 anos da nossa lei).

Curioso o fato de que o prazo seja tão longo logo na Alemanha, onde o sistema registral é tão seguro.

Mas o que se espera do registro? Em apertada síntese, **que seja seguro e eficiente** (devendo cega obediência aos princípios constitucionais

---

52 Notas 3 e 4.

53 Nota 7.

54 ... “na Alemanha, o cartório, integrado na organização judiciária, tem um juiz na direção, sob cujas ordens atuam os funcionários e o encarregado da documentação”... (Valter Ceneviva, obra citada na Nota 9).

que o regem, hoje expresso no art. 37<sup>55</sup>’<sup>56</sup>, da Constituição Federal) e com perfeita compatibilidade com a legislação aplicável.

Já que falamos em “tabular”, com forte influência do sistema alemão (embora, frisamos, diferente do nosso), importante que sobre registros e sua função social conheçamos pensamentos do alemão Heinrich EwaldHörster<sup>57</sup>, como citado no Parecer aprovado pelo “Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado”, em sessão de 01.07.2003<sup>58</sup>, tendo sido relator João Guimarães Gomes de Bastos, do qual destacamos aqui breve trecho, para adiante comentar, *in verbis*:...«*esta solução compreende-se exactamente em atenção à finalidade do registo: como o registo se destina a dar publicidade aos direitos constituídos, resultantes dos factos jurídicos e inerentes aos objectos a que estes factos dizem respeito, antes do registo os terceiros não precisam conhecer os factos; por isso, estes factos e os respectivos direitos deles resultantes apenas lhes são oponíveis depois do registo*». *O nosso regime do registo distingue, pois, entre a eficácia inter partes e a oponibilidade dos factos jurídicos a terceiros. É nesta distinção e na aludida fé pública que radica a possibilidade da existência de situações em que uma pessoa «adquire direitos de quem carece de poderes para dispor deles ou, embora podendo, tinha a obrigação de não dispor*»...«*o regime do registo pode conduzir a um resultado diferente da Estes são apenas dois exemplos de uma enorme mancha de hipóteses que se podem configurar em que o regime do registo – fundado na distinção entre eficácia inter partes e oponibilidade a terceiros*».

Fácil perceber que o sistema registral citado pelo festejado jurista alemão, corroborado pela decisão do citado colegiado, já aqui revela a grande diferença do sistema brasileiro, porquanto lá decorrem do ato do registro a eficácia *inter partes* do negócio jurídico (compra e venda etc.) e também a eficácia *erga omnes*, enquanto no direito brasileiro a eficácia interna do negócio é decorrente da própria fonte de obrigações (contrato etc.) ao passo que é apenas a eficácia *erga omnes* que decorrerá do ato do registro.

55 “O ato de registo é um ato administrativo” (Régis Fernandes de Oliveira, **Ato Administrativo**, Ed. RT, 2ª. Edição, 1980, p. 35).

56 CF/88, art. 37: princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

57 In “Efeitos do Registo – terceiros – aquisição a *non domino*”, in **Revista de Direito e Economia**, Ano VIII, Nº 1, Janeiro-Junho 1982, p. 120.

58 EWALDHÖSTER, Heinrich (“Efeitos do Registo – terceiros – aquisição a *non domino*”, in **Revista de Direito e Economia**, Ano VIII, Nº 1, Janeiro-Junho 1982, p. 120), citado em **Portugal** em publicação do IRN – Instituto dos Registos e do Notariado - **Boletim dos Registos e do Notariado** - II caderno - Pareceres do Conselho Técnico - Julho 7/2003, parecer aprovado em sessão do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado de 01.07.2003, Relator João Guimarães Gomes de Bastos.

Isso demonstra que são duas **realidades inconciliáveis** e que não se pode, portanto, extrair de uma um texto e enxertá-lo noutra sem riscos de se causar uma balbúrdia no sistema. **O sistema jurídico é como uma teia de aranha**, onde cada nó tem relação com outros (tanto maior quanto mais próximos forem) de forma que, ao se tocar um dos nós, causar-se-á vibração nos demais. Não há como se mexer isoladamente em um instituto, princípio ou preceito legal sem gerar insegurança ou complexas confusões ao atingir outros, já que não haverá um que esteja desconectado dos demais<sup>59</sup>, devendo haver, ademais, coerência e unidade entre seus componentes do sistema.<sup>60</sup>

Além disso, ainda tem uma redação que se nos apresenta um “tipo aberto”<sup>61</sup>, porquanto, se aplicada como solução para “todos os casos” parece ter capacidade de enfraquecer a força e eficácia do art. 214, da Lei de Registros Públicos (situação modificada depois, pelo art. 59, da Lei 10.931/2004, que parcialmente alterou a Lei 6.015/73, na redação do seu cogitado art. 214 para, na nova redação atribuída ao seu Parágrafo 5º, dispor novamente sobre a usucapião tabular).<sup>62</sup> Mas penso que aqui a disposição legal é fora do contexto, pois consta “*em disposições transitórias*” e em lei que não tinha *a priori* intenção de mexer no tema, além do que entendo que a nulidade aqui retratada só poderá ser a do registro<sup>63</sup> e não a do título que lhe deu causa, pois, **caso contrário, estará sendo legitimado e incentivado o crime**<sup>64</sup><sup>65</sup>, o apossamento de terras públicas<sup>66</sup>, a apropriação e condutas por vezes violentas e raramente noticiadas, o crime no campo contra a população nativa e suas culturas, a irregular aquisição de terras por estrangeiros, o desmatamento abusivo e contrariando até mesmo a ideia de “garantia” alvitrada por aquela norma.

59 Norberto Bobbio ensina que as normas não existem isoladamente, mas são ligadas umas às outras formando um sistema normativo (*in Teoria da Norma Jurídica*. Edpro, SP, 2008, p. 37).

60 Para Bobbio, para que o ordenamento jurídico seja uma unidade sistemática deve haver, além de unidade, coerência entre seus componentes (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edpro, SP, 2011, p. 79/81).

61 Nota 8.

62 “A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.”.

63 Lei 6.015/73, artigo 214: ...“as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta.”

64 Nota 4.

65 “CPI da Venda de Terras a Estrangeiros”, instaurada no Congresso Nacional (1967): acessamos e estudamos os volumosos autos, onde tudo nos impressiona, inclusive os depoimentos prestados na presença de Promotor e Juiz de Direito por vítimas da violência de grileiros estrangeiros, algumas das quais sofreram ou presenciaram a queimada de casas, a matança de animais, agressões etc.

66 Lei de Terras de 1850 (Lei 601, de 18.9.1850): “Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.”

A propósito, num sistema sem a mesma segurança do alemão e falando em títulos e cédulas (letra de câmbio imobiliária e cédula de crédito imobiliário e afins) e no mercado financeiro tratados naquela lei<sup>67</sup> parece-nos que há alguma semelhança dessa lei com os altaneiros propósitos da **Lei de Terras de 1.850**, que acabou focando num cadastramento geral dos apossamentos com foco fiscal e não a gerar direitos à **titulação**, como aliás a respeito se escreve e já se decidiu em nossos tribunais, inclusive no sentido de que já *“em 1847 a venda de posse de terras do valor de 500\$00 não podia ser feita por escripto particular. O registro do vigário não é título de domínio”*<sup>68</sup> e o Registro Paroquial tinha **efeitos meramente estatísticos**, como dizia o Decreto 1.318, em seus artigos 93 e 94<sup>69</sup>, devendo ser enaltecido o fato de que o Vigário não podia recusar as declarações do interessado, mesmo que as estranhasse.<sup>70</sup> Observemos que já se ensinou que *“nem mesmo a posse era hábil tal registro a demonstrar”* (Altir de Souza Maia<sup>71</sup>). Em resumo, até hoje há divergências e problemas de interpretação, o que em parte parece que o futuro talvez reserve à usucapião tabular e ao que a citada Lei 10.931/2004 acabou focando.

Sobre a Lei de Terras e acerca mesmo da sua utilização a realidade cobrou o seu preço, como afirma Tomaz Pará Filho, já que, impotente, o governo *“dobrou-se diante desse fato da ocupação”*<sup>72</sup> e do coronelismo. Será que algo parecido ocorreria em decorrência da usucapião tabular de modo a acobertar eventual fraudulenta origem de falsos (grilados) títulos<sup>73</sup>?

Aliás, interessante perceber que **“o mero registro não expurga o título de suas imperfeições nem supre a capacidade de disposição do transmitente”**, como ensinou o Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Desembargador paulista, José Renato Nalini<sup>74</sup>.

Consideremos que talvez fosse solução justa para reais circunstâncias relacionadas ao adquirente de pequeno lote urbano (com até 250m<sup>2</sup>,

67 Arts. 12 e 18, da Lei 10.931/2004.

68 TJ-SP, Acórdão unânime, Apelação 12007, j. 14.5.1936, Costa e Silva, Rel. Designado, in **Revista dos Tribunaes**, v. LX, fascículos 324/325, p. 78/88

69 Decreto 1318, de 1854 (Registro Paroquial): art. 94 - ...*“As declarações de que tratam este e o artigo antecedente não conferem direito algum aos possuidores”* (n.g.)

70 Art. 102 ... *“se porém as partes insistirem no registro de suas declarações pelo modo por que se acharem feitas, os vigários não poderão recusá-las”*.

71 MAIA, Altir de Souza. “Registro Paroquial”. **Revista de Direito Agrário**, 1, artigos, p. 5 e seguintes.

72 PARÁ FILHO, Tomaz. **Ação Discriminatória e Discriminação Administrativa**, p. 446, 1978.

73 Nota 4.

74 NALINI, José Renato. “Os princípios do Direito Registral Brasileiro e seus Efeitos”. P. 1.086, in **Direito Imobiliário Brasileiro**, Coord. Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio, Ed. QuartierLatin do Brasil.

como fez a Lei 12.424/2011)<sup>75</sup> ou de pequena área rural (até o tamanho da menor gleba rural da região), mas por peculiaridade específica e hábil a uma proteção diferenciada, inerente à uma hipossuficiência de informação e jurídica, já que por sua não riqueza talvez não tivesse o pequeno produtor/lavrador-adquirente contado com orientação jurídica quando da assinatura do contrato/escritura (título oneroso, que exige a usucapião tabular), o que não se aplicaria ao abastado e suas grandes extensões de terras, fruto de bons negócios mas por vezes com remota e histórica eventual indevida apropriação de terras públicas e grilagem qualificada de milhares e milhares de hectares, em situação que talvez não permita nem demonstrar corretamente a constituição da área tida como particular e a forma pela qual originalmente a mesma se destacara do patrimônio público.

Aliás, só para registrar, recentemente **se admitiu a correção com o cancelamento administrativo do registro (feito com base na Lei 6.739/79) pela anterior não demonstração, em sede administrativa, da regularidade da cadeia dominial** das várias glebas que, somadas, chegam a cerca de 120.000 (cento e vinte mil) hectares<sup>76</sup>, embora registradas por décadas<sup>77</sup>.

Além disso, merece especial atenção que, no Relatório Final da CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ocupação de terras públicas na Região Amazônica<sup>78</sup>, criada em 2000, conste, *in verbis*: ... “cancelamento, de **mais de trinta e sete milhões de hectares de terras, correspondentes a imóveis indevidamente matriculados e centenas de glebas desmembradas através do registro das correspondentes matrículas**” (fls. 45 – destacamos e grifamos)... Também importante e fundamental a decisão do **CNJ – Conselho Nacional de Justiça** que, nos autos do Pedido de Providências - PP n. 0001943-67.2009.2.0.0000, determinou o **cancelamento de 5,5 mil títulos irregulares no Estado do Pará (grilados)**.<sup>79</sup>

75 Lei 12.424/2011: Lei citada introduz a “Usucapião tabular familiar” ao modificar o novo Código Civil e introduzir o art. 1240-A: “Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

76 Do mesmo modo exemplificado na Nota 4.

77 STJ, MS 32.277-AM, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, unânime, j. 16.12.2010.

78 <http://arisp.files.wordpress.com/2009/10/33421741-relatorio-final-cpi-terras-amazonas-grilagem.pdf>

79 Grilagem envolvendo área superior a 410 milhões de hectares (!), com “multiplicação ilegal de áreas” ... “uma enorme apropriação de terras” ... “do patrimônio público, cuja exorbitante extensão supera a própria área do estado do Pará.” Para o CNJ, tal situação revela “além de manifesto erro funcional dos registradores, também eventual malversação de interesses com graves riscos para áreas de preservação ambiental e patrimonial.” (n.g.)

Outro exemplo extremo e útil para nossas reflexões é o caso do cancelamento dos títulos e registros das áreas demarcadas em 1938 e que foram declarados nulos por integrar área de reserva indígena, conforme decisão do STF – Supremo Tribunal Federal, nos autos do julgamento do processo que cuidou da demarcação da Reserva Indígena “Caramuru-Catarina-Paraguaçu”, no sul da Bahia.<sup>80,81</sup>

São incontáveis os exemplos de registros imobiliários com defeitos próprios ou principalmente do título que lhes deu origem, de sorte que muito se deve refletir sobre a aplicação e a redação do tão citado Parágrafo Único, do art. 1.242, do CC.

Curioso que a hipótese nos faça recordar o princípio de que “*ninguém pode vender o que não tem*” (como bem reconheceu o STJ<sup>82</sup> sob a Relatoria do Min. Luis Fux, constando no Acórdão que “*a alienação pelo Estado da Federação de terras de fronteira pertencentes à União é considerada transferência a non domino, por isso que nula*”) e o adágio popular que diz que “*quem paga mal, paga duas vezes*”. A jurisprudência acolhe a ideia quando o devedor busca se desobrigar dizendo que pagou a alguém, mas não ao próprio credor<sup>83</sup> na medida em que quem comprou mal não pode simplesmente se “dar bem” quando toda a questão se revela viciada. A propósito, deve causar ao menos dúvida no adquirente quando o vendedor na escritura disser que “não responde pela evicção”... De sorte que soa de mau tom a tentativa de permitir que mesmo um registro de ato impróprio (venda por quem não era dono, venda de terra pública travestida de privada etc.) ou objeto de crime (falsificação de documentos) possa ser simplesmente convalidado - e sem mais profunda análise - pelo decurso de um curto prazo de cinco (05) anos de vigência do registro!

Ousaria até considerar que a questão não pode ser avaliada isoladamente, como se a usucapião tabular fosse um problema “apenas de ordem registral” e daí o nome “tabular”<sup>84</sup>, pois **assim desprezaríamos a realidade fática**, social, a história jurídico-política da construção do patri-

---

80 STF/Pleno, ACO 312/Ba, Rel. Min. Eros Grau; Rel. Acórdão Min. Luiz Fux, j. 02.5.2012.

81 ...“são nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse de silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse” (Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo VI, São Paulo, 1972, p. 457).

82 STJ/1ª Seção, ERESP 970.832-PR, Rel. Min. Luis Fux, j. 10.2.2010.

83 “Quem paga mal paga duas vezes” - Acórdão: Apelação Cível n. 2006.015791-2, de Lages/SC, Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 27.07.2006.

84 GONZALES, José Alberto, professor lusitano (fonte citada na Nota 4), cita Penha Gonçalves (**Reais**, p. 94) que defendeu que “o problema em causa é, essencialmente, de ordem registral”.

mônio público e privado no Brasil e a realidade grave, gravíssima, danosa em vários sentidos, da grilagem de terras! Aliás, no Estado de Mato Grosso do Sul **já há precedente negando o reconhecimento da nulidade do título quando confrontado com pretensão de usucapião tabular!**<sup>85</sup>

Alertamos aqui que, **ao argumento de que se trata de terra pública e, portanto, impossível de ser usucapida**<sup>86</sup>, **deve-se responder com o simples fato de que pelo mesmo motivo também não poderia ter sido grilada.**<sup>87</sup>

Assim, com a devida atenção, é de notar-se que o disposto no Parágrafo Único, do Art. 1.242, do Código Civil/2002 (e cuja elasticidade foi fortalecida pelo que consta na citada Lei 10.931/2004) **acaba por permitir que também latifundiários dele busquem se utilizar sempre que seus registros vierem a ser cancelados**, exatamente por não ter limites de área ou balizamento objetivo o preceito em comento (diferentemente do que fez depois o legislador, na Lei 12.424/2011<sup>88</sup> – que trata da figura da “usucapião tabular familiar” recém-criada).

Algo ainda nos parece “fora do lugar”! Ademais, forçar fazer prevalecer a tal “função social” quando meramente “aparente” a propriedade diante da usurpação da terra pública é fazer erodir o sistema, em vez de preservá-lo, não sendo demais dizer que - apesar de ser outra situação - o STF, ao reconhecer a Reserva Raposa Terra do Sol não só determinou a desocupação dos antigos moradores (que produziam e moravam lá há décadas) como a “perda da safra” de arroz<sup>89</sup> e aqui diante de fato novo superveniente (demarcação da reserva indígena<sup>90</sup>). É como se tivesse mais “valor jurídico” o que se produz (mesmo que, com a mundialização do capital, o lucro em grande parte seja remetido ao estrangeiro pelas multinacionais do agronegócio<sup>91</sup> e haja não nacionais proprietários de quase

---

85 Já há precedente: TJ-MS – 3ª. Turma Cível, Ap 20110010476/000000, Rel. designado Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 2.8.2011, onde se debateu a usucapião tabular, nos seguintes termos: ... “... “a nulidade do título de que são possuidores resta suplantada pela usucapião tabular (art. 214, P 5º, da LRP) acolhida no caso” (trecho extraído do Voto do Relator Marco Andre Nogueira Hanson) ... “A inércia do Estado de Mato Grosso do Sul em transferir o imóvel para o seu domínio, assim como a constatação da boa-fé da parte, impossibilita a decretação da nulidade do título de aquisição à alegação de eiva de vício.” (trecho do voto do Revisor Des. Rubens Bergonzi Bossay e ao final designado Relator).

---

86 STF, ERE 52331-PR, Re. Min. Evandro Lins e Silva, DJ 30.3.1964. “...II - Os bens públicos imóveis da União não podem ser adquiridos por usucapião (CC, art. 67, Dec 22785/33, DL 9760/46, art. 200), ressalvados os casos de *praescriptio longissimi temporis*, a de 40 consumado antes de 1917 e os do art. 5º, “e”, do DL 9760/46, III”.

---

87 Notas 3 e 4.

---

88 Nota 83.

---

89 “Fazendeiros terão de sair até abril”, Leonel Rocha, matéria publicada no **Correio Brasiliense**, em 26.3.2009.

---

90 Nota 35.

---

91 ...”No total, a indústria enviou US\$ 3,988 bilhões ao exterior neste ano, enquanto o setor de serviços enviou US\$

quatro milhões e meio de hectares de terra brasileira - algo equivalente ao tamanho da Suíça ou do Rio Grande do Norte, de acordo com dados do INCRA e como noticia a Câmara dos Deputados<sup>92</sup> - do que à exploração ilegal das riquezas das terras brasileiras ou às florestas devastadas e a ilegal usurpação do patrimônio público.

A propósito, a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza<sup>93</sup> e usucapir o produto de crime<sup>94</sup>, além do que **os atos nulos não podem produzir válidos efeitos**, como estatui a lei civil (art. 169, CC)<sup>95</sup> - como já antes abordamos - e nos traça um princípio orientador da boa interpretação do nosso sistema jurídico, da doutrina e a jurisprudência.

## FUNÇÃO SOCIAL DE QUAL PROPRIEDADE?

Só se pode falar em função social da propriedade “privada” se realmente houver uma “propriedade privada”, ou seja, se esta regularmente ingressou no patrimônio particular, tendo sido corretamente “destacada” do patrimônio público. A terra pública ilegalmente usurpada pelo grileiro acaba não podendo ser devidamente tratada pelo Brasil e também assim não cumprirá uma sua função social. **Assim, havendo grilagem, sob qualquer enfoque é crível que a terra não poderá cumprir sua função social<sup>96</sup>!**

Vejamos bom exemplo de situação assim identificada em caso concreto que há anos ocorreu no Estado de Goiás, onde houve indevida

---

3,478 bilhões, e as empresas de agronegócios, US\$ 185 milhões.”(por Karina Nappi; Centro de Estudos e Formação do Patrimônio - <http://www.calilecalil.com.br/calil/materias-publicadas/materia.asp?ID=352>).

92 “De acordo com dados do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) de janeiro deste ano, estrangeiros têm posse de 4,5 milhões de hectares de terras no Brasil – área equivalente ao território da Suíça ou do Rio Grande do Norte. O número em 2010 era de 4,35 milhões de hectares –houve aumento de 3,44%.” (Notícias da Câmara dos Deputados, 25.7.2011 - <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/200262-RESTRICAO-A-COMPRA-DE-TERRAS-POR-ESTRANGEIROS-E-PRIORIDADE-DE-COMISSAO.html>).

93 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

94 Vejamos jurisprudência: “USUCAPIÃO. FURTO DE VEÍCULO. RECEPÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. USUCAPIÃO DE COISA MÓVEL. CAMINHÃO FURTADO NO ESTADO DE MINAS GERAIS. Boletim de ocorrência edificada no local do crime, onde reside a vítima. Aquisição do veículo não justificada em juízo. Recepção que impõe improcedência do pedido inicial. Recurso provido.” (TJRJ; processo 0005705-19.1996.8.19.0000 (1996.001.03734) - Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Gustavo Itabaiana; Julg. 20/08/1996 – consulta ao site do TJ-RJ, em 09.4.2014 ” (n.g.).

95 Código Civil/2002,art. 169: “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decorso do tempo”.

96 Curioso que a expressão “função social” da propriedade tenha no Brasil surgido pela primeira vez nas constituições de 1967 e de 1969 (tempos da ditadura), como norteadores dos direitos sociais e coletivos.

apropriação enorme área pública e primeiro tentou-se o cancelamento do registro com base na Lei 6.739/79, negada em princípio pelo TJ-GO.<sup>97</sup> Mas, num segundo momento, via Ação Discriminatória<sup>98</sup> transitada em julgado, foi cancelado o registro da área imensa<sup>99</sup> (com cerca de 32.250 hectares ou 6.663 alqueires)<sup>100</sup> e que estava indevidamente em nome de particulares, sendo interessante notar que, com o seu retorno ao patrimônio público, **o Estado de Goiás a vendeu a 48 (quarenta e oito) famílias que lá originalmente já há décadas residiam e que sofreram esbulho na sua posse por parte de pessoas que se diziam proprietárias<sup>101</sup>, de sorte a cumprir sua função social!**<sup>102</sup>

Claro que aqui não é lugar para se estudar o tema, mas pensamos que só se pode falar em “função social” como uma consequência (*posterius*) de terra legitimamente destacada (*prius*) do patrimônio público! Terra usurpada por particular e objeto de aparente aquisição viciosa, **ainda que sirva à plantação ou criação, não pode ser destinatária do conceito de “função social”!**

## **A CF SÓ VEDA A USUCAPIÃO DE TERRA PÚBLICA E NÃO A CONVALESCENÇA REGISTRAL QUE, SENDO AQUISIÇÃO DERIVADA, NÃO É TECNICAMENTE USUCAPIÃO**

Sabemos que não pode haver usucapião de terras públicas (e curiosamente a Lei de Terras de 1850 já previa que só se adquiririam por compra as terras devolutas).<sup>103</sup>

97 TJ-Goiás, Pleno, Acórdão unânime no Recurso Administrativo 71 (de 08 de outubro de 1980), do Instituto do Desenvolvimento Agrário de Goiás – Idago, negando o pretendido cancelamento administrativo com base na Lei 6.739/79 de registros imobiliários de títulos nulos de pleno direito (depois cancelados judicialmente, por ação discriminatória).

98 Sentença de 08.6.1981, da lavra do Juiz de direito Arivaldo da Silva Chaves, proferida nos autos da Ação Discriminatória movida pelo Instituto do Desenvolvimento Agrário de Goiás – IDAGO, transitada em julgado pela intempestividade da Apelação Cível 15814/Cavalcante, conforme consta do Acórdão datado de 25.6.1984 (TJ-Goiás, Rel. Des. Messias de Souza Costa) e pelo não acolhimento da Ação Rescisória depois proposta (Acórdão 5446, Rel. Mauro Campos, j. em 17.6.1987; Ementa publicada em 13.8.1987 (DO 10162 - fls. 02); - TJ/Goiás).

99 São da mesma data (08.8.1985) o Mandado de Cancelamento e a Certidão do RGI da Comarca de Cavalcante.

100 Sentença citada – fls. 160.

101 ... “O julgamento da ação discriminatória – mais ampla – tornou sem objeto a ação de reintegração de posse: com o posterior loteamento da área discriminada, foi ela alienada aos possuidores, que dela também se tornaram proprietários” (trecho da petição do Estado de Goiás, datada de 25.9.90).

102 CF/88. “Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

103 Lei de Terras de 1850 (Lei 601, de 18.9.1850): “Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.”

Todavia, tenhamos a sensibilidade para perceber que a convalidação do registro é uma “aquisição derivada”<sup>104</sup> já que baseada no próprio registro cancelado em nome do que se dizia proprietário e não é usucapião propriamente dito, pois este é instituto histórico que se ocupa de aquisição originária.

Assim, poder-se-á pretender alegar que não há vedação constitucional para tanto já que **não é usucapião típico mas mera “convalidação registral”, sobre a qual não incidiria a vedação constitucional (art. 183 da CF/88)**! Nessa absurda hipótese e não de difícil ocorrência, tal instituto se prestaria à torta aquisição de terras públicas! Mas tecnicamente **tal situação é de nulidade (equivalendo à inexistência) e o Código Civil vigente diz que o ato nulo não pode convalidar (CC, art. 169)!**

## USUCAPIÃO TABULAR – CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

Focamos até aqui mais na questão do cancelamento do registro. Todavia, se **o STJ já decidiu que negócio fraudulento não é “justo título”**<sup>105</sup><sup>106</sup><sup>107</sup> então precisamos analisar as condições que o legislador exigiu ao ousar introduzir este instituto sem paralelos em nosso sistema: 1º) aquisição a título oneroso (o que já afasta as questões sucessórias etc.) e “com base” no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente à aquisição – embora **ninguém adquira imóvel com base em registro e sim com base em título** (“causal”, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal)<sup>108</sup>; 2º) cancelamento do registro após cinco anos de vigência (pensamos: cancelamento “do registro” por vício do próprio

---

104 Nota 7.

105 STJ, Resp 661858-PR, 3ª T, rel. Min. Castro Filho, DJU 15.8.2005: “*Negócio fraudulento não é justo título: a escritura pública que consolidou a venda não pode ser considerada como justo título para fins de aquisição da propriedade por usucapião ordinário se sua l avratura decorreu de negócio fraudulento*”.

106 ... “*título não é o documento, mas sim o fundamento do direito, o fato que justifica a aquisição deste*”... “*o justo título deve ser efetivo e não putativo*” ... (Alípio Silveira; in **Justo Título e Boa-fé - usucapião de imóveis**. Ed. RT, 2009/491).

107 Pothier distinguia título da posse do justo título, dizendo que este é o contrato ou outro ato que é vocacionado a transferir a propriedade (“On appelle juste titre, un contrat ou autre acte qui est de nature à transferer la propriété”; Pothier, “*Traité de La possession et de La prescription, Parisa e Orléans*”, 1782, **Imprensa do Rei, do Bispo e da Universidade**, t. II, capítulo III, intitulado Du juste titre requi pour La prescription, p. 179/180).

108 ... “*Em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no Direito alemão, o registro do título de aquisição de imóvel é causal e gera, apenas, a presunção juris tantum de propriedade. O que importa dizer que, inválido o título, inválido será o registro, desfeita, assim, a aparência de transferência da propriedade.*” (STF, Representação de Inconstitucionalidade 1.070-DF, j. 23.3.1983, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves)

e não por vício do título que lhe deu origem). Indagamos se prevaleceria a usucapião tabular (diante da ocorrência das condições formais) em caso de anterior ajuizamento de ação anulatória<sup>109</sup> e/ou ação discriminatória *sub judice* – pensamos que não, pois do contrário o provimento jurisdicional destas se tornaria ineficaz e ficaria afastado o direito de se recorrer ao Judiciário, cujas respostas não são tão rápidas quanto desejável<sup>110</sup>; 3º) que o interessado tenha feito do imóvel moradia ou realizado investimentos de interesse social ou econômico (notemos que nem se exige que a moradia ou os investimentos tenham vigido isoladamente pelos cinco anos), mas sem os definir, ficando a dúvida se bastariam cercas e plantações ou se teria de haver galpões, silos, estradas ou casas, o que levou à crítica feita por Caio Mario da Silva Pereira<sup>111</sup>.

Lembrando que os bens públicos são insuscetíveis de usucapião (CC, art. 98 c/c CC, art. 102 e CF/88, artigos 183, P. 3º e 191) não pode servir como causa para descanso ou descaso na análise de hipóteses, pois pela mesma condição de bens públicos **também não poderiam ter sido grillados!**

Muito também se fala na controvérsia sobre a venda *a non domino*, ou seja, a compra de quem não era o verdadeiro proprietário, hipótese em que uns defendem que por ser título putativo<sup>112</sup> não pode ter o condão de permitir a usucapião tabular pois em verdade nunca foi “hábil a transferir o domínio”, de sorte que mesmo se registrado fosse, o seu posterior cancelamento não representa aquele que a usucapião tabular exige. Há controvérsia na doutrina sobre tal aspecto: Orlando Gomes (**Direitos Reais**, cit. P. 194) entende que a ineficácia pela falta de qualidade do transmitente não poderia ensejar a usucapião enquanto há quem pense que subsistiria mesmo assim a boa fé capaz de permitir a usucapião tabular, pois o pretendente teria confiado na “aparência de legalidade e segurança do registro”.

Pedimos licença para abordar a ideia de que quem comprou mal e descuidadamente (provavelmente dispensando as certidões negativas e de quem não respondia pela evicção) assumiu um risco significativo e suficiente para **afastar a hipotética boa-fé** na segurança do sistema registral, de sorte a não se lhe permitir alegar e postular a usucapião tabular (até

109 Prescreve em 10 anos (CC, art. 205).

110 Verbete 106 da Súmula do STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

111 Nota 8.

112 Nota 9.

pelo fato de que a grilagem não é incomum no campo e o registro imobiliário convencional não tem a segurança do Registro Torrens!).

## EVICÇÃO E USUCAPIÃO TABULAR

Por fim, talvez haja um conflito também deste instituto com a **evicção** – clássica figura da tradição do direito civil e **tratado em dez artigos do novel Código Civil** (artigos 447 a 457) - pois **poderia o interessado optar pela usucapião tabular no lugar de demandar a evicção?**

Isso importaria numa hipotética futura praxe que **esvaziaria o instituto da evicção?**

## CONCLUSÃO CRÍTICA E SUGESTÕES

Assim, é crível que a redação do Código Civil, quando trata da usucapião tabular (CC, art. 1.242, Parágrafo Único) poderá na prática significar o **reconhecimento da impotência e incapacidade do Brasil em combater a grilagem de terras públicas** (e em adotar um mecanismo de sorte a contornar os vícios e a insegurança do sistema e do registro imobiliário pátrio), como se a usucapião tabular tivesse a qualidade de uma **“borracha” passada em nossa história para que doravante os que já ocupam terras públicas irregularmente possam vir nelas se manter perpetuamente, ainda que registros venham a ser cancelados!**

Desse modo, para que o sistema jurídico brasileiro recebesse corretamente a usucapião tabular, seria necessário que antes muito se modificasse o sistema registral ou se adotasse para os imóveis rurais a obrigatoriedade do Registro Torrens, além de se fixar que o cancelamento do registro que pudesse ensejar a usucapião tabular fosse apenas decorrente de **vício do próprio registro** e nunca do título que lhe deu origem (assim se afastam os grilos e não se contradiz o teor da Lei 6.739/79 nem o Art. 214, da Lei 6.015/73 – lei de registros públicos – e não se sufoca e neutraliza o histórico trabalho das prestigiosas procuradorias<sup>113</sup>, dos órgãos públicos que atuam e atuaram no setor e do INCRA) e ainda que para

---

113 Nota 21.

a pretensão de usucapião tabular houvesse obrigatório pronunciamento das Procuradorias dos Estados, da União ou do Distrito Federal, conforme o caso, com a **determinação** de que se ajuizasse ação discriminatória e se formulasse pedido de cancelamento do registro atacado se a análise da cadeia sucessória e até a origem do imóvel não revelasse correto o “destaque” do mesmo do patrimônio público.

Ante as dificuldades, talvez fosse o caso de se ajustar de imediato a redação do art. 1.242, do novo Código Civil segundo a sugestão que formulamos, apenas para **que se alterasse a redação original e se dissesse que “se aplicaria apenas aos imóveis urbanos”** (o que já por si afastaria sua aplicação a todos os imóveis rurais, independentemente do tamanho), algo que a própria CF/88 fez ao tratar da usucapião urbana de área não superior a 250m<sup>2</sup> (art. 183, *caput*), mesmo limite recém-utilizado pelo legislador, na Lei 12.424/2011<sup>114</sup> (art. 9º) que introduziu o art. 1.240-A no Código Civil.

Quem sabe assim doravante não protegeremos melhor as terras públicas contra impróprias investidas de particulares. ❖

## BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo, Edipro, 2008, p. 37.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo, Edipro, 2011, p. 79/81.

CARVALHO, Afrânio. **Registro de Imóveis**, Ed. Forense, 2008, p. 175.

CENEVIVA, Walter. "Registro de Imóveis – O Sistema Alemão e o Brasileiro", em Conferência proferida em 10.2.87, em Curitiba-PR, no I Seminário Nacional de Cadastro Urbano e Rural; publicado na RT 616/251, em fev/1987 e no livro **Direito Registral**, v. II, Ed. RT, organizadores Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, p. 568/569.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Ed. Forense, p. 194.

GONZÁLES, José Alberto. **Direitos Reais (Parte Geral) e Direito Registral Imobiliário**. Lisboa: Quid Juris?, 2001, p. 108, 109 e 114.

---

<sup>114</sup> Lei citada introduz a “Usucapião tabular familiar” ao modificar o novo Código Civil e introduzir o art. 1240-A: *“Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”*

GUGLIELMI, Vito José. "As Terras Devolutas e seu Registro", publicado na **Revista de Direito Imobiliário**, RDI 29/86, jan-jun/1992, p. 568.

JUNQUEIRA, Messias. **As Terras Devolutas na Reforma Agrária**. São Paulo. Ed. RT, 1964. P. 65.

MAIA, Altir de Souza. "Registro Paroquial", **Revista de Direito Agrário**. Ano 1, n. 1, 2º trimestre de 1973, p. 5/9.

MARQUES, Claudia Lima. "Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1986 e o Código Civil Brasileiro de 1916". **Ajuris**, Porto Alegre, n. 40, p. 82 e 88, 1987.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil brasileiro**, 2ª. Edição, 1981, ed. Forense.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo VI, São Paulo, 1972, p. 457.

NALINI, José Renato. "Os princípios do Direito Registral Brasileiro e seus Efeitos". In **Direito Imobiliário Brasileiro**, Coord. Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio, Ed. Quartier Latin do Brasil, p. 1.086.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato Administrativo**. Ed. RT, 2ª. Edição, 1980, p. 35.

PARÁ FILHO, Tomaz. "Ação Discriminatória e Discriminação Administrativa" (Conferência proferida no Curso sobre O Patrimônio Imobiliário do Estado, promovida pelo Centro de Estudos da PGE, SP, 1978), in **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 12, p. 446, junho 1978.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** (atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho), v. IV, ed Forense, 21ª edição, p. 128).

PEREIRA, Cáo Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, v. I, ed Forense, 21ª edição, p. 533).

POTHIER, **Traité de la possession et de la prescription**, Parisa e Orleães, 1782, Imprensa do Rei, do Bispo e da Universidade, t. II, capítulo III, intitulado *Du juste titre requi pour la prescription*, p. 179/180.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Tratado dos Registros Públicos**, 4ª Ed., v. IV, p. 357.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**, v. I, 7ª. Ed, Freitas Bastos, itens 282, 283 e 298.

SILVA, Angela. "Terras Devolutas", publicado na **Revista de Direito Imobiliário**, julho/dezembro de 1984, Ed. RT, p. 42/84.

## **MATERIAL DE PESQUISA<sup>115</sup>**

### **Brasília:**

- Autos da CPI da Venda de Terras a Estrangeiros; Congresso Nacional (1967) – 8 volumes.
- Autos da Representação de Inconstitucionalidade 1.070-DF, STF - Pleno, Rel. Min. José Carlos Moreira Alves, j. 23.3. 1983.
- CNJ - Pedido de Providências - PP n. 0001943-67.2009.2.0.0000.
- Autos do RMS 32227-AM – STF.

### **Bahia:**

- Autos do Processo 8756/80, no Tribunal de Justiça da Bahia.
- Provimento 04/81, de 03.06.1981, do Corregedor Geral do Estado da Bahia.
- Autos da Ação Anulatória 0007034-44.1982.8.05.000, da 1ª Vara da Fazenda de Salvador/BA.

### **Goiás:**

- Autos da Ação Penal 44, de competência originária do Tribunal de Justiça de Goiás - TJ-GO, onde foram réus juiz, ex-senador e ex-deputados federais, advogados, serventuários e outros.
- Acórdão na Ação Rescisória 5446, Rel. Mauro Campos, j. em 17.6.1987; Ementa publicada em 13.8.1987 (DO 10162 - fls. 02).
- Sentença de 08.6.1981, Comarca de Formosa, nos autos da Ação Discriminatória movida pelo Instituto do Desenvolvimento Agrário de Goiás – IDAGO, transitada em julgado pela intempestividade da Apelação, conforme consta do Acórdão datado de 25.6.1984 (TJ-Goiás, Rel. Des. Messias de Souza Costa).
- TJ, Tribunal Pleno, Acórdão unânime no Recurso Administrativo 71 (de 08 de outubro de 1980), do Instituto do Desenvolvimento Agrário de Goiás – Idago.

### **Pará:**

- Sentença da 9ª. Vara Federal do Pará, proferida em 25.10.2011, nos autos do Processo 44157-81.2010.4.01.3900, com 21 laudas, cancelando matrícula e averbações dela decorrentes feitas no RGI do Cartório

115 Alguns dos documentos cartorários e de autos de processos judiciais findos foram coligidos ao longo de anos em viagens e visitas a algumas cidades do interior do País e Capitais dos Estados da Bahia, Goiás, Tocantins e Distrito Federal.

de Altamira/Pará.

## JORNAIS IMPRESSOS

- **Correio Braziliense**, “Fazendeiros terão de sair até abril”, por Leonel Rocha, 26.3.2009
- **O Globo**, “MT: exploração ilegal de madeira cresce 63%”, por Cleide Carvalho, 10.3.2014.

## MATERIAL PESQUISADO NA INTERNET

- “*Isso aqui é Brasil, diz fazendeiro sobre grilagem de terras devolutas*” – Paulo Peixoto, 10.10.2013. Site <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/10/1354667-isso-aqui-e-brasil-diz-fazendeiro-sobre-grilagem-de-terras-devolutas.shtml> (acesso em 13.3.2014)
- Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ocupação de terras públicas na Região Amazônica - <http://arisp.files.wordpress.com/2009/10/33421741-relatorio-final-cpi-terras-amazonas-grilagem.pdf>
- Estado do Pará – Pedido de Providências – Requerimento - [http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2009/pdfs/pdf2/Pedido\\_providencias\\_CNJ.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2009/pdfs/pdf2/Pedido_providencias_CNJ.pdf)
- Agência CNJ - <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/96-noticias/7566-corregedor-de-termina-cancelamento-de-registro-de-imovel-do-tamanho-da-metade-do-brasil>
- Câmara dos Deputados – Tramitação do PL 2.109/99, que deu origem à Lei Federal 10.931/04 - <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2004/lei-10931-2-agosto-2004-533165-norma-pl.html>
- Lei de Terras de 1.850 (Lei 601, de 18.9.1850) - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)
- Decreto 1.318, de 1.854 (que regulamenta a Lei 601/1850 - Registro Paroquial) - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf)
- Nappi, Karina; Centro de Estudos e Formação do Patrimônio - <http://www.calilecalil.com.br/calil/materias-publicadas/materia.asp?ID=352>)

- “Os índios venceram”, consulta em 09.4.2014; fonte <http://revis-taglaborural.globo.com/GloboRural/0,6993,EEC1698650-1641,00.html>;

- “Arrozeiro quer prazo para colher”, consulta em 09.4.2014; fonte <HTTP://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=noticias&page=6>

- Notícias/Câmara dos Deputados/25.7.2011 – 4,5 milhões de hectares de terras de estrangeiros - <http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/AGROPECUARIA/200262-RESTRICAO-A-COMPRA-DE-TERRAS-POR-ESTRANGEIROS-E-PRIORIDADE-DE-COMISSAO.html>)

- Boletim dos Registros e do Notariado (Portugal, IRN – Instituto dos Registos e do Notariado) II caderno - Pareceres do Conselho Técnico - Julho 7/2003 - [http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2003/brn-7-de-2003/downloadFile/attachedFile\\_1\\_f0/bct\\_07-03.pdf?nocache=1207758065.57](http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2003/brn-7-de-2003/downloadFile/attachedFile_1_f0/bct_07-03.pdf?nocache=1207758065.57)

- Silva Filho, Elvino. "O cancelamento no Registro de Imóveis". **The-saurus Registral, Notarial e Imobiliário**. IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – <WWW.irib.org.br> – v. 4, ano 2005 – fonte <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CD A Q F j A B &url=http%3A%2F%2Fwww.colegioregistrals.org.br%2Fanexos%2FCANCELAMENTO%2520NO%2520REGISTRO%2520DE%2520IMOVEIS-E Ivino%2520Silva%2520Filho.RTF&ei=SBoyU5X4KlfMkQfx2YHgDg&usg=A FQjCNGxwDi5mDVL7g5ABJWS99-xDnLsgw> (consulta em 17.12.2013)

- “MPF pede execução de sentença que cancelou a maior grilagem do mundo” – situada no Pará e correspondendo aos “territórios da Holanda e Bélgica juntos” – fonte Assessoria de Comunicação do MPF do Pará – publicado em **JusBrasil Notícias**, em 21.11.2013

## JURISPRUDÊNCIA ANALISADA

- STF - Pleno, ACO 312/Ba, Relator Min. Eros Grau; Relator para Acórdão Min. Luiz Fux, julgamento em 02.5.2012 – site do STF.

- STF/Pleno, Acórdão proferido nos autos da Representação de Inconstitucionalidade 1.070-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.3.1983.

- STJ/1ª Seção, ERESP 970.832-PR, Rel. Min. Luis Fux, j. 10.2.2010.

- TJ-SC, Acórdão: Apelação Cível n. 2006.015791-2, de Lages/SC, Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 27.07.2006.

- TJ-MS - 3ª. Turma Cível, Ap 20110010476/000000, Rel. designado

Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 02.8.2011 – fonte <http://www.tjms.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=219668&v/Captcha=bzqem>)

- STF, ERE 52331-PR, Re. Min. Evandro Lins e Silva, DJ 30.3.1964.  
"...II - *Os bens públicos imóveis da União não podem ser adquiridos por usucapião (CC, art. 67, Dec 22785/33, DL 9760/46, art. 200), ressalvados os casos de praescriptio longissimi temporis, a de 40 consumado antes de 1917 e os do art. 5º, "e", do DL 9760/46, III*".

- TJ-SP, Acórdão unânime, Apelação 12007, j. 14.5.1936, Min. Costa e Silva, Rel. Designado, *in Revista dos Tribunaes*, v. LX, fascículos 324/325, p. 78/88.

- STF/Pleno, ACO 312/BA, Rel. Min. Eros Grau; Rel. Acórdão Min. Luiz Fux, j. 02.5.2012.

- STJ/1ª Seção, ERESP 970.832-PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.2.2010.

- STJ, Resp 661858-PR, 3ª T, rel. Min. Castro Filho, DJU 15.8.2005.

- TJRJ; processo 0005705-19.1996.8.19.0000 (1996.001.03734) - Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Gustavo Itabaiana; Julg. 20/08/1996 – consulta ao site do TJ-RJ, em 09.4.2014 (n.g.)

- STF, ADI 4629.

## LEGISLAÇÃO

- Constituição Federal de 1988

- Lei de Terras de 1850 (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850)

- Regulamento da Lei da Terras ( Decreto nº 1.318 – de 30 de janeiro de 1854)

- Código Civil de 1916

- Código Civil de 2002

- Lei 10.931/2004

- Lei 6.015/73

- Lei 6.739/79

- Lei 12.424/2011 (art. 9º)

# Processo Penal Democrático\*

**Rogério Schietti Machado Cruz**

*Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

## I. INTRODUÇÃO

Falar em um congresso concebido como uma homenagem a um dos mais importantes pensadores das ciências criminais, que recentemente nos deixou, é, além de imensa honra, uma grande responsabilidade, sobretudo se a proposta de minha modesta contribuição para o evento se dirige a tratar de temática tão cara ao Prof. Winfried Hassemer. Agradeço ao Professor Doutor Juarez Tavares, Mestre de todos nós, pela generosidade do convite.

Pretendo, em verdade, apenas delinear – a partir de estudo prévio sobre o tema – algumas condições históricas que modelaram o Direito Processual Penal pensado e praticado no Brasil, estabelecer certas premissas para o desenvolvimento de um processo penal “em conformidade com o Estado de Direito” (HASSEMER, 2003-A, p. 74) e finalizar com uma breve análise do comportamento judicial na aplicação das normas que orientam a persecução penal.

Afirmo, de início, ser uma obviedade asserir que **a democracia**, como regime de governo presente, em maior ou menor grau, em quase todos os países do Ocidente, nem sempre encontra correspondência razoável entre seus postulados e sua prática viva, no **funcionamento das instituições e no comportamento dos cidadãos** e, sobretudo, dos **agentes públicos**.

O quadro político criminal das nações ocidentais se mostra crescentemente complexo, com nítida tendência à funcionalização dos direitos pe-

---

\* Palestra proferida na EMERJ, em 21/03/2014, no Seminário de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal em Homenagem a WINFRIED HASSEMER.

nal e processual penal, em nome do legítimo propósito de assegurar segurança e liberdade – valores correlatos e indispensáveis para a saúde social de uma coletividade qualquer – a todos os que se sujeitam ao poder estatal.

O problema – alerta-nos o Prof. HASSEMER – é que, sob a vestimenta de um Direito moderno e esclarecido, essa abordagem funcionalista acaba por direcionar as ações estatais a uma intervenção cada vez mais preventivista, incrementando o risco – para usar expressão cediça em um setor desse pensamento – de, a longo prazo, remover “as pedras que se colocam no caminho de uma política do Direito historicamente racional” (HASSEMER, 2008, p. 108).

Sem embargo, e reconhecendo alguns pontuais retrocessos ou desvios tópicos – máxime no manejo expandido e, correntemente, simbólico do Direito Penal, no combate a algumas modalidades de crime mais presentes nas sociedades contemporâneas, bem assim na criação de instrumentos de maior eficiência e pragmatismo do processo penal –, creio que o curso da história indicou, ao menos até nossos dias, uma tendência de substituir modelos de justiça criminal nos quais a preocupação maior do aparato repressivo não fosse tanto o rígido controle social pelo Direito Penal, mas antes a **proteção do indivíduo contra os abusos e os excessos punitivos do Estado** (SUNG, 2006, p. 314).

Em verdade, em nossa sociedade ocidental, o direito penal e o direito procesual penal são “instrumentos o condiciones de democracia **sólo se en la medida en que sirvan para minimizar la violencia punitiva del Estado**, y constituyen por tanto – antes que un conjunto de preceptos destinados a los ciudadanos y de limitaciones impuestas a su *libertas* – un conjunto de preceptos **destinados a los poderes públicos y de limitaciones impuestas a su potestad punitiva**: en otras palabras un conjunto de garantías destinadas a **asegurar los derechos fundamentales del ciudadano frente al arbitrio y el abuso de la fuerza por parte del Estado**” (FERRAJOLI, 1988, p. 3).

## II. A CRESCENTE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

A história das civilizações mostra uma progressiva racionalização do poder punitivo do Estado, **com o propósito de substituir o sentido de vingança pelo sentido de retribuição ou de resposta punitiva do Estado**

ao desvio de comportamento. Em verdade, “o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*” (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Superada a tradição antiga e medieval – **até então marcada pela crueldade das sanções e pelo autoritarismo, pessoal e institucional**, na condução das investigações, dos processos e dos julgamentos –, inaugura-se, com o Iluminismo, uma **nova era do Direito Criminal**, em que a atividade punitiva do Estado passa a vincular-se a valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, motes da Revolução Francesa, no final do Século XVIII. **A liberdade jurídica assume lugar de destaque na pauta das nações centrais**, sujeitando-se a sacrifício apenas em casos expressamente previstos, e mediante a obediência a regras forjadas pelas progressivas conquistas civilizatórias.

A despeito do novo *status* conquistado pelo indivíduo em face do Estado – **de súdito ou vassalo, adquire a condição de cidadão** – ainda há muito a avançar para que se alcance o modelo ideal de um **Estado verdadeiramente promotor dos direitos individuais, sociais e políticos de seus nacionais**.

Na realidade, ainda que quase todos, senão todos, os povos do ocidente se afirmem democráticos – afinal, é simpático assim qualificar-se (SICA, 2009, p. 292) – com frequência se verificam, no tocante aos **sistemas de justiça criminal, alguns gaps entre a estrutura normativa, de viés democrático, e a realidade praticada nos tribunais e nos escaninhos das agências de persecução penal**, onde grassam procedimentos divorciados do paradigma estabelecido nas respectivas constituições e leis de cada país. Ou, como observado por nosso homenageado, Estados cujo direito processual penal, nos textos, é inatacável, porém cujos procedimentos penais “constituem uma ameaça para os direitos humanos” (HASSEMER, 2003-A, p. 100).

No processo penal brasileiro, por exemplo, todos concordam que dispomos de uma **Carta Política progressista**, que incorpora praticamente todos os princípios, direitos e garantias que exalam o aroma de um processo penal moderno e democrático, como veremos mais adiante. Porém, no plano infraconstitucional e, mais ainda, no **terreno da praxe judiciária e da investigação criminal, os odores nem sempre se mostram agradáveis**.

### III. A HERANÇA AUTORITÁRIA

O pensamento jurídico dominante na Justiça Criminal brasileira – tanto no mundo das normas e da Academia (*law on the books*) quanto no mundo dos fatos e do Fórum (*law in action*) – ainda se prende a valores, costumes, rotinas e normas características de uma **formação jurídica de origem lusitana**. Estamos a falar, portanto, de “**permanências histórico-culturais** do direito ibérico de um modo geral e do direito português, de modo particular” (NEDER, 2000, 13), as quais deixaram muitas marcas em nosso Código de Processo Penal, principalmente na divisão dos papéis desempenhados pelos sujeitos processuais responsáveis pela persecução penal, ao longo dos **300 anos de regime colonial, quase 70 de regime monárquico (imperial) e 100 anos de regime republicano**, até o advento da Constituição de 1988.

No que diz respeito à **Justiça Criminal, não poderíamos haver trihado pior começo**: dividido o território nacional em grandes latifúndios, as **Capitanias Hereditárias**, a cujos donatários o Rei de Portugal outorgou **plenos poderes jurisdicionais**, por meio das “cartas de doação”, as quais concediam ao capitão e ao seu ouvidor jurisdição conjunta “com **alçada até pena de morte** inclusive, em escravos, peões, gentios e cristãos e homens livres” (THOMPSON, 1976, p. 76).

Tal poder absoluto dado aos donatários das capitanias certamente forjou, em conjunto com a **prática escravagista** que perduraria até quase o início da República, uma **apropriação do espaço e do poder público pelos grandes senhores de terras**, bem como a consolidação de uma **justiça autoritária, sustentada sobre a burocracia e as relações pessoais**, a favorecerem a **excessiva formalização e cartorialização das funções jurisdicionais**, bem assim o desenvolvimento de uma **cultura jurídica calçada em “relações de parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno”** (WOLKMER, 1988, p. 66).

**Também em sede normativa** grassavam dispositivos que materializavam a **diferença de tratamento dispensado aos estamentos sociais**. Veja-se, para exemplificar, o item 38 do Livro V das Ordenações Filipinas (DO QUE MATOU SUA MULHER POR A ACHAR EM ADULTÉRIO), que permitia ao homem casado, encontrando sua mulher em adultério, “matar assim a ela como o adúltero, **salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade.**”

Semelhante tratamento diferenciado era, aliás, uma constante nas Ordenações, até mesmo **para autorizar, ou não, o uso dos “tormentos”**, i.e., a tortura, regulados no item 133 do Livro V, onde, após elencar as hipóteses em que a tortura poderia repetir-se, ressaltava que “(...) 3. E os **fidalgos, cavaleiros, doutores em cânones ou em leis, ou medicina**, feitos em universidade por exame, **juízes e vereadores** de alguma cidade **não serão metidos a tormento**, mas em lugar dele lhes será dada outra pena que seja em arbítrio do julgador, salvo em crime de lesa-majestade, aleivosia, falsidade, moeda falsa, testemunho falso, feitiçaria, sodomia, alcovitaria, furto, porque, segundo o direito, **nestes casos não gozam de privilégio** de fidalguia, cavalaria ou doutorado, mas serão atormentados e punidos como cada um outro do povo.”

#### IV. O OBSCURO BRASIL NO SÉCULO DAS LUZES

Éramos, ao cabo do Século XVIII e na primeira metade do Século XIX, um país ainda rudimentar. Basta dizer que **somente em 1792 foi criada a primeira faculdade superior, a Real Academia Militar** (nomenclatura posterior), enquanto, desde meados do Século XVI, várias universidades já funcionavam regularmente nas Américas: Universidade de **Santo Domingo (1538)**, na atual República Dominicana, **Universidade de Michoacán (1540)** no México, **Universidade de São Marcos de Lima**, no Peru, fundada em **1551** (a primeira da América do Sul), além das tradicionais Universidades de **Harvard (1636)** e **Yale (1701)**, nos EUA.

**Não havia na Colônia liberdade de empreender; era vedado estabelecer tipografias e importar livros e não existia ensino superior.** Além disso, “o comércio e a venda de livros foi severamente controlado ao longo dos três séculos de colonização portuguesa.

Com toda a carga cognitiva e cultural, formada, saliente-se, nos traços característicos da **“pedagogia jesuítica” (HOLANDA, 1995, p. 38), em que se dava “demasiada ênfase à retórica” (KOZIMA, 2010, p. 425), pouco se poderia esperar do magistrado brasileiro formado na Metrópole, alheio à realidade e às necessidades dos habitantes da Colônia.** Forjou-se, assim, uma classe de profissionais marcada pela **estéril erudição, pela prepotência nas relações de poder, unida por um sentimento comum de corporativismo e superioridade intelectual, distante da população,**

**preparada, mais do que para fazer justiça, “para servir aos interesses da administração colonial.”** (WOLKMER, 1998, p. 91).

A agravar esse quadro e manchar a nação ainda se colocava a **escravidão** – chaga social que nos acompanhou até os esterortes do governo imperial, pois fomos o último país das Américas a abolir a escravatura – adaptada a **uma elite que sempre identificou o trabalho manual como uma atividade indigna para as mãos de um nobre** (NEQUETE, 2000, p. 100).

## V. PRIMEIROS ARES DEMOCRÁTICOS

Mesmo sob esse cenário adverso, ventos renovadores provenientes da Europa começaram a soprar em terras brasileiras a partir da Independência, com a outorga da **Constituição de 1824, cujo artigo 179** simboliza a mudança de rumos de nossa justiça criminal, ao menos no âmbito normativo, ao prever, entre outros dispositivos, que:

*“11- Ninguém será sentenciado sendo pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita. (...) 19 - Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis. 20 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja. 21 - As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (...).*

A independência jurídica tardou alguns anos e veio com a **substituição do então bicentenário Livro V das Ordenações Filipinas por dois códigos nacionais, o Código Criminal, de 1830, e o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832**. Aquele buscou referências nos códigos criminais da França, da Louisiana e da Baviera, e inspirou, por sua vez, a feitura de outros diplomas penais, entre os quais os códigos da Rússia, da Espanha e de vários países da América Latina, tendo sido considerado até mesmo superior ao diploma punitivo republicano, que se produziria 59 anos depois. À sua vez, o Código de Processo Criminal do Império, também fortemente influenciado pelo pensamento iluminista,

apresentou-se como um código liberal, deixando-se permear por institutos ingleses como o Tribunal do Júri, o Juiz de Paz e o Habeas Corpus.

No entanto, **as mudanças no terreno das leis não significaram igual ruptura nas irracionais práticas punitivas e na mentalidade da elite** que governava e conduzia os destinos do novo país, ainda portadora dos mesmos ranços do **mandonismo, do patrimonialismo e do clientelismo** cultivados no período colonial.

A par disso, a **falta de cientificidade e de uma clara linha sistêmica do nosso então incipiente direito processual** gerou nefasta **confusão normativa e funcional dos papéis que juízes, promotores e policiais desempenhavam na persecução penal**, com interferências recíprocas em atribuições e competências que deveriam possuir demarcação mais nítida. Nada a estranhar, portanto, que, em semelhante **policialismo judiciário**, a juízes se desse atribuição para investigar e a policiais se outorgasse a função de acusar e julgar.<sup>1</sup>

Tal estrutura sofre algumas pequenas alterações até a entrada em vigor da **Lei 2.033, de 20/9/1871**, diploma de grande amplitude, cujo objetivo-mor foi o de **instituir o Inquérito Policial**, conferindo à Polícia enormes poderes e reforçando sua atividade essencialmente cartorária, o que resultou na **consolidação do modelo burocrático e cartorialista até hoje existente** (LIMA LOPES, 1998, p. 494).<sup>2</sup>

## VI. NOVO GOVERNO, VELHAS PRÁTICAS

A nova ordem política iniciada com a mudança da forma de governo, mercê da proclamação da República no final do Século XIX, não

---

1 Citem-se, para exemplificar, os seguintes textos normativos: Lei nº 261, DE 3/12/1841 - Art. 2º Os Chefes de Polícia serão escolhidos d'entre os Desembargadores e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaisquer juizes e cidadãos: serão todos amovíveis e obrigados a aceitar. Art. 3º Os Chefes de Polícia, além do ordenado que lhes competir como Desembargadores ou Juizes de Direito, poderão ter uma gratificação proporcional ao Trabalho, ainda quando não acumulem o exercício de um e outro; Regulamento nº 120, DE 31/01/1842 - Art. 58. Aos Chefes de Polícia na Corte e em toda a Província, a quem pertencerem, compete as seguintes atribuições policiais: (...) § 6º Julgar as contravenções às Posturas das Câmaras Municipais e os crimes a que não seja imposta pena maior que ... prisão, degredo ou desterro até seis meses..."Art. 64. Aos Juizes Municipais, como Auctoridades policiais, competem as mesmas atribuições que pertencem aos Delegados...";

2 Recentemente a Câmara dos Deputados rejeitou proposta de Emenda Constitucional (PEC 37) que objetivava atribuir às polícias federal e civil a exclusividade do poder de investigar práticas criminosas. Se aprovada a PEC, o Ministério Público – incumbido da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF) – estaria proibido de, por investigação própria, com independência e sem peias, exercer suas funções institucionais elencadas na Constituição, entre as quais a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” e a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;”.

alterou substancialmente a situação da prática judiciária brasileira. Antes, trouxe até uma invencível dificuldade de realizar-se um diagnóstico do processo penal praticado nestas terras, haja vista a opção por um **federalismo à moda norte-americana**, em que cada estado-membro tinha autonomia para legislar também em matéria processual, do que resultou a edição de vários Códigos de Processo (Civil e Penal) pelo Brasil afora, modelo descartado no início da década de 40, com a promulgação do Código de Processo Penal.<sup>3</sup>

A agravar o quadro normativo, o primeiro quartel do Século XX, com a profusão mundial de governos e líderes políticos de viés autoritário, incrementou a sedimentação de **ideias centradas no predomínio do Estado**, ou, sob outra angulação, da **anulação do indivíduo em prol do coletivo**.

Vivia-se, naqueles tempos, uma *Era de Extremos* (HOBSBAWM, 1996), estereotipada no Brasil especialmente pela bipolarização política que marcou a década de 30 do Século XX.

Na trilha do movimento europeu, a ditadura de Getúlio Vargas construiu um **Estado corporativo**, baseado numa **concepção hierárquica, orgânica, da sociedade** (SKIDMORE, 1998, p. 138). Nessa ambiência política, infensa a ares democráticos – somente retomados, por breve período, após o término da II Guerra Mundial – foi outorgado o Código de Processo Penal de 1941, inspirado no homólogo código italiano.<sup>4</sup>

Um quarto de século depois, com a Ditadura Militar implantada em 1964, renovavam-se práticas autoritárias, como a censura política, ideológica e cultural, a intolerância com ideias e minorias contrárias aos interesses do regime de exceção, as restrições à liberdade de ir e vir, à liberdade de opinião e de reunião, o uso corrente de ações policiaiscasas e de métodos de investigação contrários à dignidade do homem, tratado como mero componente do corpo social.

---

3 De observar, contudo, que algumas unidades da Federação, como São Paulo, Mato Grosso, Alagoas, Pará e Goiás, não abandonaram o Código Imperial, e mesmo aqueles que editaram códigos próprios não destoaram do modelo de persecução penal até então utilizado.

4 Nas palavras do Ministro da Justiça italiano e responsável pelo código, Alfredo Rocco, o direito de punir no fascismo se diferenciava da cultura penal iluminista e da Escola Clássica, não sendo "(...) uma graciosa concessão feita pelos indivíduos ao Estado, por si sempre mutável e revogável, tendo como próprio limite a barreira insuperável do direito natural de liberdade do indivíduo (...)", mas "(...) um direito de conservação e de defesa do Estado, que nasce com o próprio, análogo ao direito de defesa do indivíduo, embora possua em relação a este substanciais diferenças, e com escopo de assegurar e garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum" (*apud* DAL RI JR, 2006, p. 231).

## VII. A SEDIMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA

Os direitos civis e as liberdades públicas somente lograram afirmação concreta com a Constituição de 1988, momento em que, definitivamente e com um século de atraso, **o nacional deixa de ser súdito** – “simples sujeito de deveres e destinatário passivo de comandos” (BOTELHO & SCHWARCZ, 2012, p. 19) – e **passa** a ostentar o título de **cidadão**, com uma miríade de direitos individuais reconhecidos no *Bill of Rights* (art. 5º) da Carta de 1988, não por acaso conhecida, desde a referência feita por um de seus próceres, o Deputado Constituinte Ulisses Guimarães, como a **Constituição Cidadã**.

Seria ilusão, no entanto, acreditar que essa pletera de direitos positivados nos 78 (setenta e oito) incisos do art. 5º da Constituição da República de 1988 – boa parte dos quais endereçados a quem é sujeito passivo da persecução penal – encontrasse plena ressonância no plano prático, é dizer, no quotidiano forense.

Mas **não é otimismo ingênuo** acrescer que ao longo dos últimos 25 anos a **Carta** de Direitos da Constituição da República **tem avançado em efetividade, sobretudo na jurisprudência dos tribunais superiores**, bastando, para comprovar tal assertiva – o que não farei aqui por falta de tempo – folhear o repertório da jurisprudência dessas cortes no início da década de 90 do século passado e compará-la com a que hoje ali se encontra.

## VIII. REGRAS MÍNIMAS PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

A “modernização” das ciências criminais tem suscitado uma preocupação, em alguns setores da doutrina, com as consequências futuras da opção, cada vez mais perceptível, por um direito penal mais eficiente, que, segundo HASSEMER (2003-B, p. 146), afasta-se, com velocidade crescente, das concepções e tradições que caracterizam o núcleo central do Direito Penal “clássico”.

Sob essa “dialética da modernidade” se otimiza uma tendência a instituir um Direito mais intervencionista, um “Direito Penal de resultados” (HASSEMER, 2008, p. 295) e corre-se o risco de vermos o Direito Penal “não mais como *ultima*, mas como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas sociais” (HASSEMER, 2003-B, p. 149).

Daí a importância, creio, de mantermos o Direito Processual Penal atento a esse movimento “moderno” do Direito Penal.

Sem embargo, são justos e legítimos os anseios por um sistema de justiça criminal eficiente, célere, que cumpra sua função dúplice de proteção das liberdades públicas (de inocentes e culpados) e de responsabilização e punição apenas dos culpados. Um sistema que consiga a conciliação entre eficiência e garantismo, sob a premissa de que é eficiente o sistema que, sem sacrificar o exercício dos direitos e garantias individuais, consiga atender aos interesses sociais reproduzidos em um processo penal.

Para que, então, se tenha como minimamente democrático e fiel aos valores jurídicos que, “embora historicamente mutáveis, são hoje irrenunciáveis para nós”, e que, portanto, densificam, em um plano aperfeiçoado, nossas “experiências históricas” e “nossas tradições a respeito da noção de Direito justo” (HASSEMER, 2008, p. 120), é possível delinear, para um certo modelo de processo penal, a presença, *inter alia*, das seguintes regras e princípios:

(a) a **acusação** contra alguém não pode ser feita pelo mesmo órgão que irá julgar o acusado;

(b) o órgão julgador deve ter sua **competência** previamente definida em lei e deverá cercar-se de garantias que assegurem sua **imparcialidade** e sua **independência**, jurídica e política;

(c) o acusado deve ser **tratado como inocente** até sentença em sentido contrário;

(d) o acusado deve ser prontamente **comunicado sobre o conteúdo da acusação** formulada contra ele;

(e) ao acusado deve ser garantido o direito de exercer sua **defesa**, tanto pessoalmente quanto por meio de advogado, sem limitações ou restrições irrazoáveis;

(f) ao acusado, ao longo do processo penal, devem assegurar-se **iguais oportunidades** em relação ao acusador;

(g) tanto o acusado quanto o órgão de acusação têm o direito ao **contraditório**, ou seja, de ser informados sobre petições ou documentos juntados pela parte contrária, de reagir em igualdade de condições, bem assim têm o direito de influir nas decisões judiciais, apresentando argumentos e provas que considerem relevantes para a demonstração de suas teses e de seus direitos;

(h) ao acusado deve assegurar-se o **direito de recorrer** a outro órgão judicial das decisões finais que lhes sejam desfavoráveis e das decisões que afetem sua liberdade;

(i) os atos processuais devem ser praticados, em regra, sem restrições à **publicidade**, interna e externa;

(j) as decisões judiciais devem ser suficientemente **motivadas**.

A essas se poderiam somar outras regras e garantias que, a depender das opções de **política criminal de cada país**, integram o **rol mínimo de um devido processo legal**, tanto em sua faceta procedimental (*procedural due process*) quanto em sua configuração material (*substantive due process*), esta última a denotar a **razoabilidade** (*reasonableness*) e a **racionalidade** (*rationality*) dos atos estatais (SIQUEIRA CASTRO, p; 383).

## IX. A CONTRIBUIÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: O JUIZ EM ESPECIAL

Uma das questões ainda pendentes de melhor definição no processo penal brasileiro diz respeito ao papel que cada um dos atores da perseguição penal deve desempenhar para que se tenha um sistema de justiça criminal efetivamente moderno e democrático.

Reclama-se do julgador manejar a lei com o auxílio dos vários métodos de hermenêutica que a ciência do Direito disponibiliza – certo de que **a interpretação é fruto de uma “escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas”** (FERRAJOLI, 2002, P. 33) – de modo tal a lhe permitir extrair o sentido concreto, atual e justo para o caso julgado, em verdadeiro processo de densificação de normas e *princípios constitucionais* (CANOTILHO, 1989, p. 144). Isso por levar-se em conta que a **lei é um “produto semiacabado”**, e que, portanto, **o juiz “atualiza a obra do constituinte e torna-se um colegislador permanente”** (GARAPON, 1996, p. 41), mais cioso por perceber, na concretude de sua atuação, que uma equivocada compreensão da norma pode trazer “consequências dolorosas para outras pessoas” (HASSEMER, 2008, p. 95).

Nessa tarefa o juiz há, por conseguinte, de efetuar uma **“dinâmica interpretacion, evolutiva y decididamente creadora**, que, atenuando los elementos de una sociedad superada, amplie los elementos de una sociedad nueva, basada em líneas programáticas trazadas por la Constitución” (CAPPELLETTI, 1974, p. 114).

Um juiz que se pautou pelo agir democrático não se curva, assim, a quem o critica por assumir um papel mais ativo na atuação jurisdicional – comportamento pejorativamente alcunhado de “ativismo judiciário” – pois sabe que nada mais faz do que exercer o **controle incidental de constitucionalidade das leis** que o Parlamento edita e que ele interpreta e aplica.

Daí a importância de se ter, não apenas o juiz mas também o responsável pela persecução penal, uma preocupação permanente de **buscar o equilíbrio** entre, de um lado, o **dever de manter a ordem e a segurança sociais**, de que resulta o interesse punitivo do Estado (e, antes, da sociedade) e, de outro lado, o **dever de proteção da liberdade do indivíduo** (que também é de interesse de todos).

## X. O HOMEM COMO PROTAGONISTA NO PROCESSO PENAL

“Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu” é um slogan que, segundo FIGUEIREDO DIAS (1984, p. 428), confere a dimensão do tema relativo ao papel do acusado no processo penal.

Sem dúvida alguma, falar de democracia no processo penal reclama a elevação do acusado à condição de **protagonista da atividade processual**; sua “**personalização**” é condição para que, tratado como um sujeito processual com voz ativa perante o órgão julgador (BIDART, 1996, p. 25), **participe da produção de seu caso** (HASSEMER, 1984, p. 173). O acusado é, portanto, sempre um “**sujeito**” do processo penal, e não mero objeto de uma “**inquisição**” oficial.

Em verdade, jamais poderá o julgador desconsiderar que **se o processo** é para ele mero *assunto quotidiano*, **para o acusado é um assunto vital**, pois nele estão sempre em jogo valores pessoais fundamentais, como a vida, a liberdade, a honra etc (BERTOLINO, 1986, p. 110).

O processo deve, então, ser **conduzido pelo juiz com estilo humano**, é dizer, interpretando-se as normas de modo a **valorizar não o homem abstrato, mas o homem real, de carne e osso** (RIVERO SANCHEZ, 1997, p. 75).

## XI. CONCLUSÃO

Vivemos, desde o fim do último regime de exceção, o maior período de democracia ininterrupta na história da nação. Pode-se afirmar que estamos em pleno processo de amadurecimento de nossas instituições e, também, de nossa percepção do que a ideia de democracia implica no cotidiano das relações intersubjetivas e, mais ainda, das relações entre o Estado (por seus agentes) e os indivíduos.

Com toda a carga autoritária de nosso passado, permeado por uma formação bacharelesca pouco arejada, e por práticas típicas de um povo dado a relações de mandonismo, de patrimonialismo e de clientelismo, nada mais inevitável do que um Poder Judiciário burocratizado e inclinado à formalização e cartorialização das funções jurisdicionais.

Nada obstante, as duas últimas décadas aportaram significativas alterações nesse quadro – ainda longe do ideal –, quer pela mudança de algumas estruturas, com a **criação de órgãos e mecanismos que maximizaram o controle das instituições, quer pela intensa reforma das leis processuais.**

No âmbito do sistema de justiça criminal são inegáveis os **avanços normativos e funcionais**, com as reformas promovidas no Código de Processo Penal e com as constantes exigências de uma atuação, por parte sobretudo de juízes e membros do Ministério Público, cada vez mais transparente, objetiva e racional, em que pese a forte pressão da sociedade e de alguns setores da mídia por uma aplicação mais rigorosa e inflexível das leis penais.

Sob tais condicionamentos, é intuitivo deduzir que, mesmo se tivéssemos o melhor código de processo penal do mundo e as melhores e mais aparelhadas instituições, nenhum resultado concreto e efetivo se alcançaria sem a necessária **mudança de mentalidade** por parte dos operadores do Direito. Afinal, **“não se pode reformar as instituições sem uma prévia reforma das mentes, mas não se pode reformar as mentes sem uma prévia reforma das instituições.”** (MORIN 2000, p. 99).

Cada vez mais se consolida a ideia de que **uma justiça criminal democrática reclama o equilíbrio entre, de um lado, os justos anseios da sociedade por um grau maior de eficiência do sistema punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas e, de outro, a não menos cara aspiração**

**de que a atividade repressora do Estado jamais se afaste das conquistas civilizatórias** que qualificam e condicionam tal agir como formal e substancialmente legítimo.

E, na perspectiva de um otimista racional (MATT RIDLEY, 2010), é de esperar-se que, da mesma forma que nos espantamos ao olhar para o passado e perceber o quanto se avançou até o presente, creiamos na **crescente qualificação da justiça criminal**, como consequência natural do aperfeiçoamento do homem e de suas instituições.

**“Porque a ideia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação” (IHERING, 1998, p. 7) ... ❖**

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADA PELEGRINI GRINOVER. **Liberdades públicas e processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

BERTOLINO, Pedro. **El debido proceso penal**. La Plata: LEP, 1986.

BIDART, Adolfo Gelsi. **Proceso penal: aproximacion a los fundamentos**. MonteVero: FCU, 1996.

BOTELHO, André & SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Cidadania, um projeto em construção. Minorias, justiça e direitos**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: EJE, 1974.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Justicia penal y democracia. Jueces para la Democracia**, n. 4, Madrid, set. 1988.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1.

FISCHER, Douglas. "O que é o garantismo penal (integral)?" *In: Garantismo penal integral*. Org. Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas e Perella, Eduardo. Salvador: JusPodium, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. "Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11, julho-setembro/1995.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. **Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**. Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

\_\_\_\_\_. "Características e crises do moderno direito penal". *In* **Revista Síntese de Direito Processual Penal**. Ano III, n. 18, fev-mar 2003, p. 144-157.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal – fundamentos, estrutura, política**. Org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana B. Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. 16ª ed. Trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KOZIMA, José Wanderley. "Instituição, retórica e o bacharelismo no Brasil". *In* Antonio Carlos Wolkmer (Org.) **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LIMA LOPES, José Reinaldo. "Uma introdução à história social e política do processo". *In* ANTONIO CARLOS WOLKMER. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDEIROS, Josineide Gadelha Pamplona & SILVA NETO, Nirson Medeiros da. **Democratização da justiça penal: A política criminal no estado democrático de direito**. Fortaleza: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Junho de 2010.

MORIN, Edgard. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Trad. de E Jacobina. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro. Obediência e submissão**. Coleção Pensamento Criminológico 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil. Crônica dos Tempos Coloniais**. 2 vls. Brasília: STF, 2000.

RIDLEY, Matt. **The rational optimist. Sow presperity evolves**. New York: Harper Collins Publishers, 2010.

RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. "*Proceso, democracia y humanización*", **Revista de Ciências Penales de Costa Rica**, ano 9 nº 13, Ago/1997.

SCHIETTI M. CRUZ, Rogerio. **Prisão Cautelar: dramas, princípios, alternativas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SICA, Leonardo. "Mediação, processo penal e democracia". *In* **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 289-319.

SIQUEIRA CASTRO. Carlos Roberto de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SUNG, Hung-Em. "*Democracy and Criminal Justice in Cross-National Perspective: From Crime Control to Due Process*". **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. 2006, 605:311., <http://ann.sagepub.com/content/605/1/311.refs.html>.

THOMPSON, Augusto. **Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.