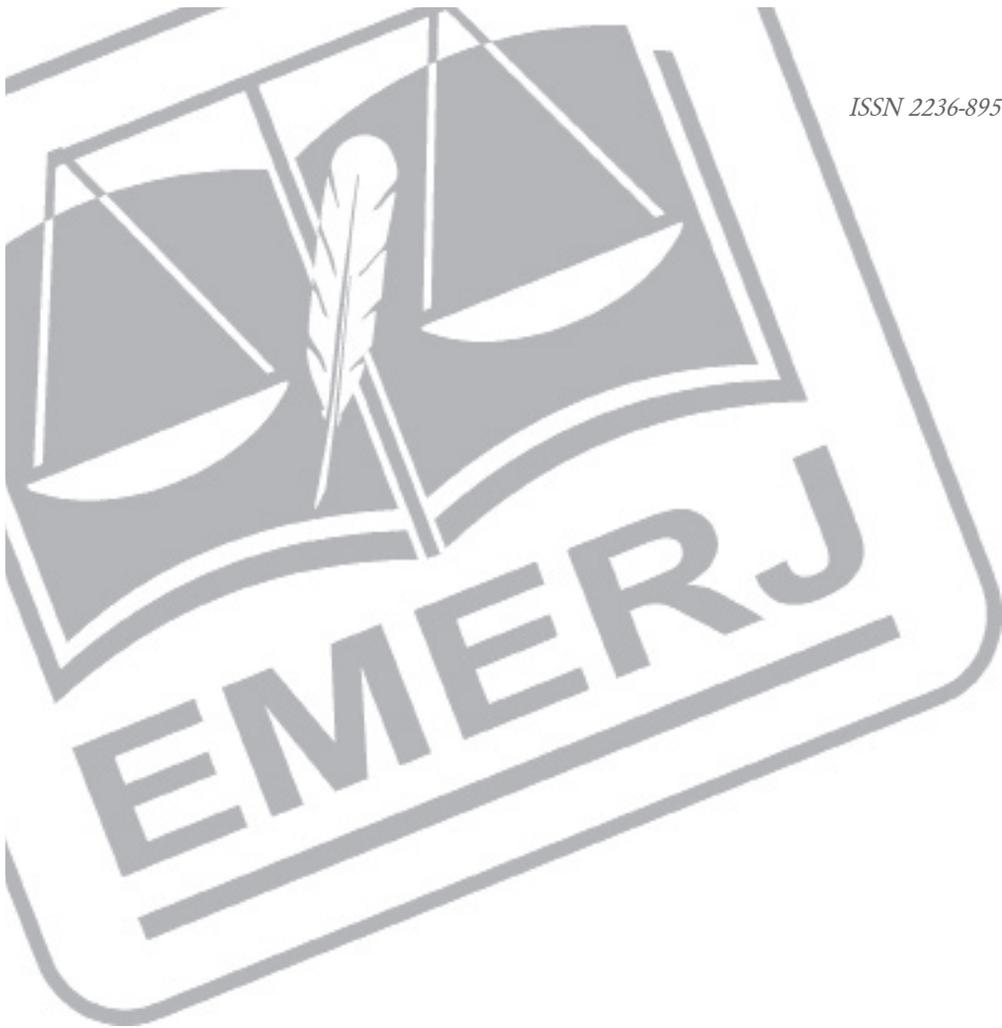


REVISTA DA
EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Janeiro
V. 20 - n. 77 - Ano 2017

Rio de Janeiro

© 2017 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. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho.

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; **Capa:** Vinicius Farinhas.

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

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

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 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ **DIRETOR-GERAL**

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

❖ **DIRETOR-ADJUNTO**

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ **CONSELHO CONSULTIVO**

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilar do

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

❖ **COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**

VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE FORMAÇÃO INICIAL:

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE FORMAÇÃO CONTINUADA:

Área de Direitos Humanos, Gênero, Ética, Filosofia e Sociologia

Desembargador Marcelo Castro Anatócles da Silva Ferreira e

Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo e Juiz de Direito Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente

Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André Ricardo de Franciscis Ramos

Área de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Eleitoral Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e Juiz de Direito João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **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**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | O Princípio da Solidariedade Frente aos Fenômenos da Litigação Repetitiva (*Repeat Players*) e Apatia Racional (*Rational Apathy*)**
Alexandre Pereira Bonna
- 25 | A (Ir)Relevância da Defesa ou a Arte de Falar para Ninguém**
Antônio Carlos Pontes
- 39 | Análise do Crime de Desaparecimento Forçado (Sua Prática na Ditadura Brasileira e seus Desdobramentos no Judiciário Nacional)**
Enio Viterbo Martins
- 49 | A Valorização da Autocomposição no NCPC: do Divórcio Consensual ao Litigioso**
Eric Cesar Marques Ferraz
- 78 | O Direito Autoral Proibido**
Flávia Romano de Rezende
- 101 | Planejamento e Princípio da Precaução**
Jessé Torres Pereira Junior
Thaís Boia Marçal
- 130 | E-mail como Instrumento de Prova e o Dever de Guarda de Dados pelos seus Provedores**
João Chagas de Oliveira Tourinho

- 143 | Temerária decisão do STJ**
Jorge Lobo
- 146 | O PL 4.330/2004 (Terceirização) e os *Contact Centers***
O impacto positivo que a futura lei (se sancionada) oriunda do PL 4.330/2004 (que regula o instituto jurídico da terceirização) terá sobre as atividades empresariais dos *contact centers*: telemarketing, recuperação de ativos financeiro, SAC etc.
Luiz Felizardo Barroso
- 155 | O Direito do Magistrado ao Magistério em Face das Limitações das Resoluções nºs 134 e 170 do Conselho Nacional de Justiça**
Nagib Slaibi
- 179 | Incorporação Imobiliária, Patrimônio de Afetação (art. 31-A da Lei nº 4.591/64) e Pesquisa Mercadológica**
Rafael Nunes Sieiro
- 188 | Suspeição por Motivo de Foro Íntimo à Luz do Novo Código de Processo Civil**
Reis Friede
- 211 | A Resposta do Poder Judiciário às Mulheres em Situação de Violência Doméstica: um Estudo das Medidas Protetivas de Urgência no "Projeto Violeta"**
Componentes do Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia - NUPEGRE/EMERJ: Adriana Ramos de Mello (Coordenadora do NUPEGRE), Livia de Meira Lima Paiva, Simone Cuber Araujo Pinto e Guilherme Sandoval Góes (Pesquisadores) e Michelly Ribeiro Baptista, Caroline Rocha Freitas, Vanessa Albuquerque Brügger e Lúcia Campos (Estagiárias).

Apresentação

Chega ao fim nossa administração na EMERJ no biênio 2015/2016, felizmente com muitos sonhos realizados, como a ampliação da discussão sobre gênero, incluindo a implementação de uma Pós-Graduação - acredito que pioneira no Brasil em sede de escolas judiciais, a criação de um Núcleo de Pesquisa em gênero, raça e etnia (NUPEGRE), além de uma edição específica de nossa Revista sobre o tema do Feminicídio e outra publicação sobre Direitos Humanos, sem contar a importante adesão da Escola ao Programa “He for She”, mantido pela ONU.

Criamos em outros espaços de atuação a Pós-Graduação em Direito Ambiental e recentemente inovamos também na área das Ciências Criminais e firmamos nesses últimos dias, em dezembro de 2016, o Convênio do sonhado Mestrado para magistrados com o tema “Justiça e Saúde”, em parceria com a FIOCRUZ.

Realizamos dezenas de eventos nos vinte e cinco Fóruns Permanentes que possuímos e levamos, com certeza, a toda nossa comunidade jurídica, reflexões de altíssimo nível intelectual. O compromisso acadêmico da EMERJ não poderia ter ficado mais evidente neste derradeiro biênio e as publicações que vêm sendo mantidas têm sido um veículo importante de comunicação com os profissionais do direito de nosso Estado, aqui especificamente falando agora da nossa Revista mais tradicional, dirigida com brilhantismo pelo colega Nagib Slaibi Filho e editada e organizada pelo sempre diligente servidor Irapuã Araújo, a quem agradeço, junto com toda sua equipe, a contribuição no período em que estive à frente da Escola.

Parabenizo e agradeço também a todos que contribuíram com tão interessantes artigos para este exemplar de número 77, material que li e que tantas reflexões me obrigaram a fazer.

A Revista EMERJ se manteve, com certeza, nesses últimos dois anos no altíssimo e idêntico padrão que recebi de meu antecessor,

querido amigo Desembargador Sérgio Verani, restando a absoluta convicção de que esse compromisso será permanente e mantido por meu sucessor, o não menos estimado Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo.

Já finalizando, se alguma certeza me sobra depois desses dois anos à frente da EMERJ poderia resumir numa única recomendação, principalmente para nós juízes que temos a difícil tarefa de julgar nossos semelhantes. Diria que, todas as manhãs, antes de sairmos para nosso ofício, seria importante parar na frente do espelho e perguntar a nós mesmos quem somos, que limitações carregamos e o que podemos e devemos fazer ou mudar em nós mesmos para nos tornarmos um ser humano melhor, mais libertos de nossos preconceitos.

Termino com uma frase de Leandro Karnal gravada na placa que hoje recebi no NUPEGRE em linda homenagem, que me tocou o coração: “É no conhecimento que existe uma chance de libertação”.

Abraço carinhoso a todos que contribuíram comigo e com nossa administração no biênio 2015/2016, que professou como principal compromisso a difusão do conhecimento e da humildade como essência dessa libertação.

Aproveitem a leitura!

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Diretor-Geral da EMERJ

O Princípio da Solidariedade Frente aos Fenômenos da Litigação Repetitiva (*Repeat Players*) e Apatia Racional (*Rational Apathy*)

Alexandre Pereira Bonna

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Professor de graduação e pós-graduação da Universidade da Amazônia - UNAMA e Escola Superior da Advocacia - ESA.

RESUMO: Aborda as características da sociedade moderna em relação à atomização do ser humano. Aprofunda a relação entre a sociedade atomizada e a litigação repetitiva e a apatia racional. Apresenta noções da teoria do direito como integridade, com enfoque na fase pré-interpretativa e interpretativa proposta por Ronald Dworkin. Explana as exigências do princípio jurídico da solidariedade, especialmente em face dos efeitos nocivos de uma sociedade altamente individualizada. Retoma a discussão envolvendo o princípio da solidariedade como elemento de destaque na fase pré-interpretativa e interpretativa e vetor de peso na interpretação de categorias do direito e problemas concretos enfrentados pelo Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO, NOÇÕES DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE, PROBLEMA, JUSTIFICATIVA E METODOLOGIA

A presente pesquisa parte de uma constatação filosófica de que a modernidade produziu um lado sombrio nas relações privadas: a sociedade de massa e desinteressada – desenvolvida nas obras **A Condição Humana** (2011) de Hanna Arendt e **After Virtue** (1991) de Alasdair MacIntyre.

Por conseguinte, essa sociedade (de massa/desinteressada) fomentou uma grave distorção no modo como os danos são produzidos e encarados pelo Judiciário e pelas vítimas dos mesmos, já que, por um lado, o sujeito atomizado na modernidade aceita com parcimônia condutas danosas, especialmente as de baixo valor e intensidade e, de outro lado, essa apatia racional (*rational apathy*)¹ está imbrincada com a existência de litigantes repetitivos (*repeat players*)², que se beneficiam dessa apatia e da falta de responsabilização à altura dos danos causados.

Essas duas consequências (*rational apathy e repeat players*), pelo fato de revelarem um aspecto banalizado e padronizado da produção de danos na sociedade atual, podem ser caracterizadas preocupantemente como elementos de violação de direitos (fundamentais ou não) no bojo das relações privadas, acendendo o alerta para a reflexão sobre se as instituições criadas pelo homem - que em última instância servem para garantir o respeito e a concretização de bens básicos³ - são deficitárias em face desses fenômenos, de modo a contribuir às “reflexões práticas daqueles que se preocupam em agir, quer como juízes, quer como estadistas, quer como cidadãos” (FINNIS, *Op. Cit.*, p. 31), um dos fundamentos do Direito Natural.

Embora esse trabalho não utilize em seu desenvolvimento os pressupostos da teoria do Direito Natural, reconhece a importância de refletir sobre a harmonia das categorias jurídicas e das instituições que garantem direitos com um modelo de racionalidade jurídica suficiente para impedir graves distorções morais e de fortalecer os laços de dependência comunitária entre os membros de um determinado grupo de pessoas, dimensão esta que também se encontra no pensamento de Ronald Dworkin, especialmente quando trata das obrigações comunitárias/associativas.

1 Expressão desenvolvida por Louis Visscher em “*Economic analysis of punitive damages*” (2009), afirmando a pertinência do valor indenizatório de cunho punitivo de modo a causar um desestímulo ao ofensor, assim como para fazer frente a falta de responsabilização na mesma proporção do dano causado, em especial pela apatia racional relacionada a um certo grau de aceitação do dano e falta de vigor, disposição e tempo para buscar proteção judicial.

2 Expressão desenvolvida por Marc Galanter (1983), ao se referir a litigantes que se valem da falta de clareza do tratamento jurídico de determinados temas, assim como da alta probabilidade de vítimas de danos não agirem judicialmente na defesa de seus direitos.

3 Os bens básicos são evidentes por si mesmos, inquestionáveis, são valores ou princípios que são necessários para qualquer boa ação do homem, além de serem fundamentais para o pleno florescimento humano. Eles servem de referência para a avaliação das instituições criadas pelo homem (FINNIS, 2007, p. 67).

As obrigações comunitárias/associativas na concepção *dworkiana* nada têm a ver com deveres que são deliberados e escolhidos, mas sim estão relacionadas a uma atitude interpretativa, porque devem-se honrar compromissos que surgem no bojo da prática social na qual se está inserido, os quais estão vinculados a um grau de reciprocidade e noção de integridade e interpretação, motivo pelo qual este tipo de obrigação implica algum sacrifício dos próprios interesses (DWORKIN, 1999, p. 237/244).

Nesse viés, é possível conceber uma comunidade política como um ente com personalidade e exigências próprias, diferente das dos indivíduos que a compõem, de modo que ser fiel a uma prática social implica agir de acordo com os princípios que emanam dessa comunidade personificada, o que por um lado afasta essa moral das crenças populares, mas que por outro está interligada a um conjunto de práticas. Assim, o agir moral em harmonia com essas práticas nada tem a ver com o que as pessoas individualmente pensam ser o moralmente correto (DWORKIN, 1999, p. 204/208).

Portanto, a concepção do direito como integridade à tarefa de explicar como um padrão de comportamento exigido por princípios surge a partir de uma prática social, se caracteriza como uma teoria do direito que possui um elemento comunitário, porque embora acaite um certo grau de liberdade de perseguir ambições, compromissos, projetos e interesses pessoais, essa esfera da soberania individual sofre restrições pela integridade (DWORKIN, 1999, p. 211).

Essa concepção de direito (direito como integridade), adotada como premissa na presente pesquisa, presta substrato para justificar a interferência da autoridade do Estado na esfera de direitos dos indivíduos. Vale destacar que a atividade jurisdicional também tem cunho político, não de política partidária, mas sim de princípio político, especialmente em casos controvertidos (DWORKIN, 2001, p. 5/6).

É por esse motivo que o direito como integridade defende uma visão “centrada nos direitos” e não no “texto legal”, em razão da amplitude a que o magistrado está autorizado a adentrar, aproximando a atividade jurisdicional da política. Enquanto que a concepção “centrada no texto legal” afirma que o poder do Estado só pode ser exercido contra os cidadãos a partir de regras explicitamente especificadas, não podendo inovar até que as mesmas sejam modificadas,

a concepção “centrada nos direitos” parte de um ideal de justiça substantiva segundo a qual os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e perante o Estado, assim como o Estado do Direito necessita incorporar e aplicar esses direitos morais (DWORKIN, 2001, p. 6/7).

Isso não significa que o texto legal (constituição, leis, decretos) não tenha peso e importância, pelo contrário, “um elevado grau de aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser necessário a uma sociedade justa” (DWORKIN, 2001, p. 9). Contudo, sob essa ótica centrada nos direitos, não são apenas as decisões oficiais que os outorgam, nem tampouco a intenção de soberanos e muito menos o consenso em uma certa comunidade, apesar de muitos críticos da concepção dworkiana alegarem que se trata de uma versão falha do direito por não conseguir refletir previsibilidade na vida dos cidadãos nem reivindicar autoridade visto que as questões extralegais comportam muitos dissensos.

De fato, a integridade não exige concordância (exceto na fase pré-interpretativa). A própria falta de consenso sobre direitos morais e a pluralidade de opiniões enriquece a prática social, de modo que a existência de direitos está imbricada com a comunidade personificada, a qual é um ente diverso dos sujeitos que a compõem e, por esse motivo, exige um conjunto de padrões que podem não ter relação com a opinião da maioria.

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral (DWORKIN, 2001, p. 101).

Construir os direitos a partir da comunidade personificada exige a compreensão de um tipo especial de moralidade política que respeita o passado, o presente e o futuro, considerando que a melhor concepção de direitos será aquela que descrever da maneira mais coerente a continuidade do empreendimento interpretativo; teoria esta que será retomada mais adiante.

A presente pesquisa busca refletir – na fase pré-interpretativa e interpretativa do direito como integridade – sobre se o juiz está obrigado a pesar o princípio da solidariedade previsto no artigo 3º, inciso

I da Constituição Federal de 1988 na interpretação de direitos inseridos nos fenômenos da litigação repetitiva e da apatia racional, pois caso possua, em algum grau o Poder Judiciário estaria contribuindo para a construção de uma sociedade mais solidária, menos apática e propensa a danos em massa, fortalecendo laços comunitários e de dependência mútua.

A justificativa da referida discussão se revela a partir da realidade alarmante que se instaurou na sociedade brasileira no tocante a práticas ilegais e danosas que continuam sendo perpetradas, posto que à luz do custo-benefício são lucrativas (há um preço do ilícito)⁴ e se valem da apatia racional, além de outros fatores como a morosidade do Poder Judiciário. Neste cenário, engendrado pelo profundo individualismo que afetou a sociedade moderna, torna-se natural pautar condutas em detrimento ou com indiferença perante o outro, sendo fundamental retomar a discussão ética pelo canal do princípio da solidariedade e do direito como integridade, que possui também um aspecto comunitário na análise dos direitos.

Primeiramente, será feita uma abordagem da sociedade de massa e a sua influência na subsistência dos litigantes repetitivos e da apatia racional. Em seguida, será dada continuidade à construção da teoria do direito como integridade de Dworkin, especialmente explicando a fase pré-interpretativa e interpretativa. Ao final, refletir-se-á acerca do peso do princípio da solidariedade em casos judiciais em que o magistrado se vê diante daqueles fenômenos enunciados pela filosofia.

2. A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE DE MASSA NA FORMAÇÃO DOS LITIGANTES REPETITIVOS (*REPEAT PLAYERS*) E DA APATIA RACIONAL (*RATIONAL APATHY*)

A vida do homem em uma sociedade de massa é marcada pelo isolamento e falta de vínculos de dependência, formando o que podemos chamar de atomização, que representa a existência de vínculos muito fracos entre os membros de uma dada comunidade, se perdendo a noção de algum objetivo a ser alcançado em cooperação.

⁴ Já desenvolvi a relação de práticas ilícitas com altos lucros em meu *Punitive damages* (indenização punitiva) e os danos em massa: "preço do ilícito, por meio do qual os ofensores sabem previamente quantas vítimas ingressarão em juízo e também quanto despendirão a título de indenização compensatória, verificando quão vale a pena violar direito alheio" (BONNA, 2015, p. 102).

Inúmeras razões contribuíram para a alienação do homem em relação ao próximo, como a Reforma Protestante, as conquistas marítimas, o movimento de aglutinação nas cidades e o avanço científico, porém nenhum desses motivos foi mais forte que o fato de o trabalho ter se tornado a atividade mais importante da vida do homem moderno, ou, em outras palavras, o *animal laborans* ter vencido o *homo faber* na modernidade.

O *animal laborans* representa o estado do homem enquanto mantenedor da vida e do processo biológico correlato, não se diferenciando nessa condição de outros animais. É caracterizado pela atividade do trabalho (labor), ou seja, para Hannah Arendt o trabalho é sinônimo de ações inseridas em um ciclo de obtenção de necessidades imediatas, motivo pelo qual o resultado do trabalho tem permanência breve no mundo “seja por meio da absorção no processo vital do animal humano, seja por meio da deterioração (...) desaparecem mais rapidamente que em qualquer outra parte do mundo” (ARENDDT, *Op. Cit.*, p. 118/119).

O *homo faber* (homem fabricante) possui como atividade a obra (*work*), por meio da qual violenta a natureza para produzir objetos duráveis, para além de seu ciclo biológico. Nesse estado, o homem opera sobre a natureza para produzir um conjunto de objetos artificiais com caráter permanente a serem partilhados por outros homens (ARENDDT, *Op. Cit.*, p. 169).

A transformação do trabalho como a atividade preponderante do homem moderno, fez com que todos os valores desse homem trabalhador (*animal laborans*) fossem transportados para outros campos da vida social. Assim, o aspecto cíclico e efêmero do homem trabalhador impregnou as relações sociais, de modo que o homem passou a não ver mais nada além de si mesmo e suas respectivas necessidades, perdendo inclusive o interesse pelo aspecto comunitário e social.

Esse desinteresse pelo outro pode claramente ser constatado através da bifurcação de dois campos abertos de vida e reciprocamente excludentes: a vida social e a esfera individual: “this bifurcation is itself an important clue to the central characteristics of modern societies” (MACINTYRE, *Op. Cit.*, p. 34). No aspecto individual, os indivíduos são soberanos em suas escolas relacionadas aos bens que

desejem perseguir; no tocante à vida social, a burocracia e as decisões oficiais são soberanas.

Ressalta-se que a sociedade de consumidores está imbricada com a sociedade de trabalhadores⁵, pois o consumo desenfreado do homem caracterizado pela voracidade da substituição rápida de móveis, carros, celulares, roupas e demais objetos do mundo engloba um processo produtivo composto de uma massa de trabalhadores para dar conta de imprimir alta produtividade em face da velocidade com que os itens de consumo são tragados e descartados.

É nesse sentido que se diz que o *animal laborans* venceu no mundo moderno, porque a abundância e efemeridade do mesmo são características próprias do homem que visa à manutenção da vida, em contraste com o *homo faber*, que despende esforços para que os objetos fabricados sejam efetivamente utilizados e tenham durabilidade e permanência no mundo. Ou seja, o ciclo interminável da vida (caça, pesca, reprodução etc.) se encaixa no ciclo interminável do consumo, e em ambas a fronteira entre a humanidade e a animalidade são estreitas.

É possível relacionar esse isolamento ocasionado pela preponderância do trabalho com o fenômeno da apatia racional (*rational apathy*), visto que a vida plena do ser humano, de acordo com o pensamento de Hannah Arendt, deveria envolver uma relação harmônica entre a atividade do trabalho, da fabricação e da ação (relacionada ao agir moral, reflexões, decisões), e, como o homem moderno dedica a maior parte do seu tempo à atividade do trabalho (leia-se atividade para manter-se vivo), pouco espaço sobra para tarefas de preservação e defesa de direitos, pouco sobra para o agir.

Nesse sentido, é muito comum deparar-se com situações ilegais e danosas (valor mínimo de compra para cartão de crédito, cláusulas abusivas, publicidades enganosas, assédios morais, débito automático de serviço não autorizado, descumprimento parcial de contratos) que facilmente são aceitas com parcimônia pelas vítimas, seja porque

5 Tamanho é o isolamento do homem moderno que há pesquisas que entendem que para o filósofo MacIntyre as relações de trabalho e de consumo não poderiam ser caracterizadas como práticas, visto que os seus componentes estão sempre em busca de bens externos a essas práticas, como dinheiro, poder etc. Nesse sentido: “As atividades laborais de boa parte dos habitantes do mundo moderno não podem ser compreendidas como uma prática nos termos que MacIntyre desenvolve. Pois, ao deslocar o trabalho produtivo de dentro dos laços comunitários, se perdeu a noção de trabalho como uma arte que contribuía para o sustento da comunidade e dos lares. (...) Por conseguinte, as relações meio-fins são necessariamente externas aos fins daqueles que trabalham, e como já ressaltamos, as práticas com bens internos foram excluídas, assim como as artes, as ciências e os jogos são tidos como trabalhos de uma minoria especializada” (SANTOS, 2012, p. 101/102).

tem pouca disposição e vigor para agir, seja porque individualmente considerados os referidos danos são baixos.

Nesse desiderato, o lucro ilícito a partir de uma apatia coletiva de pequenos danos gera outro fenômeno: o da litigação repetitiva (*repeat players*), o qual é reforçado pelo enorme grau de desinteresse pelo outro, próprio da modernidade, individualismo liberal a coexistência pacífica de setores da vida humana incomunicáveis entre si, mas considerados harmônicos (a vida individual e a vida comunitária): “so work is divided from leisure, private life from public, the corporate from the personal. (...) And all these separations have been achieved so that it is the distinctiveness of each and not the unity of the life of the individual” (MACINTYRE, *Op. Cit.*, p. 204).

Por fim, um magistrado insensível ao mundo que o rodeia e aos seus fenômenos desagregadores não julgará atendendo aos ditames constitucionais do solidarismo, que, como princípio que é, impõe interpretações jurídicas em um determinado vetor, podendo influenciar na interpretação de categorias do direito privado, especialmente diante de casos que denotem a apatia racional e a litigação repetitiva, elementos que evidenciam essa fragmentação e o desinteresse pela esfera de bens jurídicos de outrem.

3. A FASE PRÉ-INTERPRETATIVA E INTERPRETATIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: A IMPORTÂNCIA DO RECORTE NORMATIVO JUSTIFICADO

A concepção de direito de Ronald Dworkin exige que o intérprete tenha responsabilidade com as reivindicações da integridade; uma delas é a de que o destino dado ao direito seja o que melhor se amolde às práticas da comunidade e isso implica potencializar a efetividade de princípios jurídicos, os quais são responsáveis por dotar de sentido, unidade e coerência os sistemas jurídicos, especialmente os de cunho constitucional, como o da solidariedade. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck acentua essa dimensão da integridade:

(...) de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância

nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade) (2008, p. 272-273).

Assim, uma das pretensões da integridade é conferir importância à totalidade do direito, pois como visto, a sociedade personificada explicada por Ronald Dworkin revela que a comunidade política possui imposições e deveres que não necessariamente condizem com as pretensões individuais de cada um dos seus membros, posto que estes estão submetidos a princípios comuns e fundantes da comunidade, a ponto de a concepção de justiça ter de se pautar em princípios fundamentais, como o da solidariedade, em detrimento de normas mais específicas, princípios menos abstratos ou regras.

É como se a sociedade/comunidade fosse portadora de um objetivo/telos próprio e que esses princípios representassem isso, podendo impor limites a determinadas interpretações jurídicas, motivo pelo qual o direito não se diferencia de outras práticas sociais, que necessitam, para a sua inteira compreensão em momentos de dúvida, de uma noção adequada sobre o que a prática requer se devidamente compreendida (DWORKIN, 1999, p. 58).

Nesse viés, a tarefa *dworkiana* de interpretação do direito deve conceber 3 momentos distintos: pré-interpretativo, interpretativo e pós-interpretativo (DWORKIN, 1999, p. 81) O trabalho se atém especificamente às fases relacionadas ao recorte normativo e às justificativas desse recorte (respectivamente, fases pré-interpretativa e interpretativa), deixando de lado a fase atinente à análise das exigências que as justificativas das etapas anteriores requerem no caso concreto.

A fase pré-interpretativa parte do pressuposto de que para iniciar qualquer atividade interpretativa faz-se necessário partir de elementos que evidenciem decisões políticas do passado que consensualmente devam ser consideradas à tarefa interpretativa que, em última instância e em consonância com as outras fases, irá justificar a força do Estado na esfera particular. Em outras práticas esse recorte é comum, como nas obras literárias:

Na interpretação de obras literárias, a etapa equivalente é aquela em que são totalmente identificados romances, peças etc., isto é,

a etapa na qual o texto de Moby Dick é identificado e distinguido do texto de outros romances (DWORKIN, 1999, p. 81).

O pressuposto da etapa pré-interpretativa é de que qualquer diálogo só tem sentido se primeiro as premissas dos participantes foram consensualmente selecionadas, de modo a identificar bases e padrões comuns sobre quais práticas são relevantes para a prática jurídica. Somente em momento posterior será possível percorrer um aprofundamento interpretativo sobre qual a melhor interpretação que se amolda à comunidade política:

Essa é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo. (...) Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local (DWORKIN, 1999, p. 113).

Em seguida, passa-se à fase interpretativa, marcada pela necessidade de dar razões e justificativas para o recorte normativo feito na fase anterior, motivo pelo qual o recorte será diferente para cada caso. Portanto, as decisões políticas do passado que serão determinantes para a interpretação construtiva de um caso não serão as mesmas para outro, mostrando toda a dinamicidade do direito e o permanente ônus argumentativo imposto ao intérprete no sentido de justificar os pilares estruturantes da sua tarefa hermenêutica para posteriormente pesar os princípios em jogo.

4. JUSTIFICATIVAS DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA FASE PRÉ-INTERPRETATIVA E INTERPRETATIVA EM FACE DOS LITIGANTES REPETITIVOS (*REPEAT PLAYERS*) E DA APATIA RACIONAL (*RATIONAL APATHY*)

Agora o trabalho se ocupará da tarefa de avaliar a presença do princípio da solidariedade em casos de litigação repetitiva e apatia racional, analisando as razões da fase interpretativa que justificariam o seu peso no recorte normativo de casos envolvendo litigação de massa, visto que, caso existam boas razões para a sua inclusão, di-

versas categorias do direito podem ter a sua interpretação alterada e aprofundada.

Antes de adentrar no conteúdo do princípio da solidariedade, faz-se necessário frisar 3 aspectos: "a) ao avaliar o conteúdo do princípio da solidariedade e a sua relação com as questões de massa e da litigação repetitiva, se está na fase pré-interpretativa e interpretativa, momento em que o intérprete realiza um corte normativo sobre quais decisões políticas do passado terão peso na avaliação de um certo fenômeno jurídico a partir de justificativas; b) afirmar que a solidariedade se trata de um princípio e não de uma regra implica o reconhecimento de que não existe a possibilidade de enumerar aprioristicamente hipóteses de cabimento, visto que um princípio é obrigatório em um certo caso particular porque funciona como um vetor que deve ser contrabalanceado com outros vetores (princípios). c) Quando há um princípio, significa que ele deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão numa ou outra direção. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Faz sentido perguntar que peso ele tem ou qual importância" (DWORKIN, p. 2002, p. 38/43), e, acrescentaria, mesmo que um princípio não se inter cruze com o outro, é válido indagar qual o peso que ele possui na interpretação de categorias do direito envolvidas no litígio.

Quanto à fase pré-interpretativa, não há maiores dificuldades em reconhecer que a Constituição Federal e seus princípios são práticas que compõem a prática jurídica e são levados em conta para a atuação não só de funcionários públicos como também de particulares, assim como pautam as decisões da atividade jurisdicional, que interpretam o direito à luz de princípios. Ou seja, a questão não está em justificar que os princípios constitucionais fazem parte de nossas práticas, mas sim de justificar a presença do princípio da solidariedade no recorte normativo de casos envolvendo litigação repetitiva e apatia racional.

Quanto às justificativas para o princípio da solidariedade, dentro da fase interpretativa, vale ressaltar que a solidariedade, antes de ser inserida como um dos objetivos da República Federativa do Brasil de 1988, foi muito discutida no âmbito do direito internacional dos

direitos humanos. Na década de 1970, Karel Vasak mencionou “direitos de solidariedade” ou de “fraternidade”, ao se referir aos direitos à paz, meio ambiente equilibrado, desenvolvimento e patrimônio comum da humanidade, em outras palavras, direitos relacionados ao bem-estar e ao reconhecimento de interesses comuns entre os homens (BIONDI, 2015, p. 16).

Desta feita, haveria uma dimensão de direitos abstratos centrados no indivíduo em si (civis e políticos), direitos relacionados às necessidades básicas a serem supridas (sociais, econômicos e culturais) e por fim, uma dimensão em que a dignidade da pessoa humana cresce e se expande a ponto de exigir um tipo especial de relação entre os indivíduos. Frisa-se que há estudos que apontam para outras dimensões de direitos humanos.

Portanto, este viés solidário exige uma concepção de bem comum a todos os membros de uma comunidade política; bem este que só pode ser alcançado mediante o esforço de todos, pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, tornando-se jurídico (obrigatório) no comportamento das pessoas o dever de empenhar-se nesta tarefa, de modo que a humanidade ou a personalidade humana só estaria completa caso esta percepção do outro (e de seus respectivos interesses) fosse lapidada.

Em razão dos limites do presente trabalho, parte-se do pressuposto de que a solidariedade possui viés jurídico e obrigatório, visto que existem teóricos críticos do caráter jurídico da solidariedade, aduzindo que se trata de um princípio ainda vago e abstrato e que comporta exigências morais e não jurídicas.

Essa exigência jurídica da solidariedade pode envolver uma dimensão interna ou até mesmo restrita a um certo grupo de pessoas e não necessariamente atrai um fator internacional, tendo como característica central o fato de que as partes isoladas de um todo só terem sentido se consideradas por inteiro e por completo, como explica Fábio Konder Comparato (2006, p. 577): “a solidariedade não diz respeito, portanto, a uma unidade isolada, nem a uma proporção entre duas ou mais unidades, mas à relação de todas as partes de um todo, entre si e cada uma perante o conjunto de todas elas”.

Ao refletir sobre o alcance dessa exigência no direito, é possível constatar que se deve ir além dos interesses direitos e interesses

individuais, de modo a interpretar regras e princípios no sentido de atenderem também o vetor que busca harmonizar os interesses individuais com um objetivo coletivo relacionado ao prestígio da coexistência e compatibilidade de projetos de vida distintos, que são justamente os valores necessários para fazer frente ao fenômeno do isolamento e da atomização do ser humano, que na modernidade propiciaram o surgimento da litigação de massa e da apatia racional, que são consequências do profundo grau de individualismo que a humanidade atingiu.

O direito, como reflexo também dos valores da sociedade na qual está inserido, foi contaminado não tanto em seus institutos da responsabilidade civil e do direito processual civil – que até possui elementos de bem comum, como a função social da propriedade e dos contratos, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, etcetera – mas principalmente na instância da atividade jurisdicional, particularmente na interpretação que juízes e tribunais dão aos direitos que os cidadãos têm em litígios envolvendo danos em larga escala e apatia racional.

Vê-se a insuficiência da interpretação de categorias do direito privado ao constatar-se que quando se está diante de danos em massa, os magistrados não levam em conta o momento pré-processual (pré-litigioso) relacionado à inércia das vítimas de danos em relação a danos de pequena monta, se atento a fixar valor indenizatório meramente compensatório do dano individual, não se preocupando em majorar a verba de modo a causar um desestímulo à conduta do ofensor a ponto de inibir ele e outros em igual condição de perpetrarem danos em massa e pautarem suas atividades com alto grau de desinteresse pelos projetos de vida do outro.

Aliás, constata-se a nefasta equação do custo-benefício no manejo de produtos e serviços, assim como no trato com as condições de trabalho, em que as escolhas são sempre pautadas sob essa ótica, de modo a reduzir custos e incrementar os ganhos, mesmo que isso signifique lesionar o outro, devendo o Poder Judiciário, valendo-se do princípio da solidariedade e de suas exigências, atribuir peso, por exemplo, ao cabimento da indenização punitiva na experiência

brasileira, de modo a fazer frente às práticas individualistas e estabelecer um padrão público de comportamento e de justiça relacionado à solidarização.

De igual modo, outro aspecto que demonstra como a atomização do ser humano atinge a interpretação dos tribunais quanto à fraqueza das ações coletivas no trato das questões de massa são os inúmeros entraves criados jurisprudencialmente para limitar o grau de abrangência dos entes legitimados para propor ações coletivas, exigindo-se, por exemplo, que os interesses em jogo sejam “relevantes” ou possuam “interesse público”; fatores estes que acarretaram, juntamente com o regime de coisa julgada, uma espécie de falência das ações coletivas no trato das questões de massa:

Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia. (...) Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios, sendo praticamente ilusório tentar conter tal crescimento. As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada uma dos milhares de demandas propostas a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, a um só tempo, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito (DIDIER; CUNHA, 2015, p. 584).

Assim, caso o princípio da solidariedade fosse selecionado na fase pré-interpretativa e justificado na interpretativa em conflitos de massa, os rumos interpretativos acerca das ações coletivas poderiam tomar outro rumo e estas serem fortalecidas como instrumento para fazer frente, de maneira satisfatória, a condutas danosas repetitivas e marcadas pela desproteção das vítimas. Assim apontando a uma direção de conferir maior efetividades às causas coletivas, aos entes legitimados e aos direitos em jogo em contraposição aos argumentos e princípios em sentido contrário, visto que o ideal solidário implica a enfrentar a atomização do ser humano e, por consequência, os efeitos dessa atomização (leia-se litigação repetitiva e apatia racional).

Outra categoria do direito que poderia ser atingida no seu modo de interpretar a partir do recorte normativo que leve em conta a solidariedade é a boa-fé objetiva, como exigência de que os contratantes guardem entre si antes, durante e após a relação jurídica deveres de lealdade, retidão, transparência, probidade e informação mútua. Esse princípio pode e deve ser manejado em relações de massa e danos repetitivos, pois é um típico instituto do direito privado, que pode ter a sua extensão comprometida pela desconsideração do princípio da solidariedade, uma vez que o grau de abrangência do que se exige a partir da lealdade e probidade é profundamente aumentado se puser à prova o ideal de construir uma sociedade solidária e lutar contra o isolamento do ser humano; denotando mais uma vez a relevância e importância do referido princípio no trato das questões de massa.

Assim, considerando a escolha política-legislativa de elevar a objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária, assim como o papel que esse princípio pode desempenhar em casos concretos envolvendo litigação repetitiva e apatia racional, apontando para a interpretação do direito que mais se amolde a esse ideal, há justificativa para que esse princípio não seja negligenciado enquanto guia interpretativo de litígios de massa.

CONCLUSÕES

Não há saída. Se a litigação repetitiva e a apatia racional são fenômenos do isolamento do ser humano e trazem consigo uma série de mazelas, sendo o princípio da solidariedade um vetor que abranda, atenua e enfraquece essa selvageria, como demonstrado ao longo da pesquisa, o magistrado está obrigado a selecioná-lo na fase pré-interpretativa e interpretativa como princípio jurídico de estatura constitucional a ser pesado com outros princípios ou mesmo em conflito de regras, de modo a favorecer uma das interpretações.

Deste modo, o Judiciário agregaria um ingrediente interpretativo que fizesse frente à atomização e isolamento do ser humano, contribuindo para o incremento dos institutos de direitos privado na esteira desse ideal, porque quando o princípio da solidariedade é atraído para um caso, a interpretação jurídica é revestida de um patamar ético, terreno fértil para a eficácia dos direitos fundamentais, fonte última da autoridade do direito. ❖

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 11^a ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BIONDI, Pablo. "Capitalismo e direitos humanos de solidariedade: elementos de uma crítica". Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2015.

BONNA, Alexandre Pereira. **Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. V. 3. 13^a ed. Salvador, Juspodvm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GALANTER, Marc. **Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society**, 31 UCLA L. REV. 4 (1983)

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. 3^a ed. University of Notre Dame Press: Notre Dame, 1981.

SANTOS, Lorena Maria de Moura. "Comunidade e moralidade na filosofia de Alasdair MacIntyre". Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Piauí: Teresina, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VISSCHER, Louis T. "*Economic analysis of punitive damages*". In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. **Punitive damages: common law and civil law perspectives**. V. 25. Vienna: Springer, 2009. p. 219/236.

A (Ir)Relevância da Defesa ou a Arte de Falar para Ninguém

Antônio Carlos Pontes

Graduado em Direito pela UNESA e em Letras pela UNIRIO. Professor da EMERJ.

1. A (IR)RELEVÂNCIA DAS MANIFESTAÇÕES DEFENSIVAS NA APOLOGIA DE SÓCRATES E EICHMANN EM JERUSALÉM

Sócrates teve um dia inteiro para se defender das imputações de atentado contra a religião do Estado Ateniense e corrupção da juventude (perversão e subversão da mocidade, como querem alguns tradutores), supostamente cometidas durante suas aulas da graduação em filosofia na Universidade de Atenas.

Parece muito tempo? Foi pouco. Seu destino foi a condenação à pena capital. Mesmo sem arrependimento de como conduziu sua autodefesa, o Pai da Filosofia não deixou passar despercebida a escassez de tempo para expor toda a verdade sobre o caso: “Pois bem, tivésseis esperado um pouco de tempo, a coisa seria resolvida por si: vós vedes, de fato, a minha idade”¹.

Apenas alguns jurados (275 de 556 juízes), na ocasião, acolheram sua tese absolutória, corroborando a célebre frase do filósofo: “há mais coisas debaixo do Sol do que a nossa pobre razão pode compreender”.

E quem há de dizer que Sócrates não era uma pessoa convincente? Tivesse ele mais tempo (a par da covardia dos julgadores) para desenvolver sua visão epistemológica da verdade sobre as imputações, talvez convencesse os julgadores de sua inocência. A par da pena mortal, consagrou-se na imortalidade: o pai da filosofia. À época do julgamento, todavia, não teve o justo reconhecimento: “vá filosofia vã”.

1 PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2011, p. 51.

A título de curiosidade, seus alunos caluniadores, Meleto e Anito, morreram anos depois execrados pela sociedade, descoberta a farsa das acusações. Só então, e já era tarde, a população digeriu os fundamentos do sábio pensador.

Esse infausto destino traçado na “Apologia de Sócrates”, transcrito por Platão, infelizmente, não foi cena exclusiva dentre os atenienses.

Em Jerusalém, cerca de vinte e três séculos depois (1961), outro Réu ouviu mais do que falou em seu julgamento e suas manifestações defensivas foram praticamente desconsideradas: Adolf Eichmann.

Não se pode negar que as circunstâncias do julgamento eram completamente diferentes, mas, para os fins que este modesto artigo pretende abordar, é possível notar a discrepância, em tempo e qualidade, entre as manifestações da acusação e da defesa.

Em comum, também, o resultado: a condenação à pena de morte.

No segundo maior julgamento de um nazista (atrás apenas do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg), Hannah Arendt chega a mencionar que os juízes de Jerusalém concederam às vítimas e às testemunhas de acusação o “direito à irrelevância”².

Moshe Landau, presidente do júri, entendeu que seria uma covardia por parte do Tribunal, além de um ato desumano, se os depoimentos daquelas pessoas fossem barrados ou suprimidos, depois de tanto horror e iniquidade que elas passaram em Theresienstadt. Em verdade, ninguém que depôs confirmou, de forma inequívoca, os fatos imputados a Eichmann. Todavia, puderam se manifestar por tanto tempo fosse necessário para expor ao mundo as maldades cometidas no regime nazista. Julgou-se o fato histórico, e não o Réu.

Concluiu, então, a filósofa judia alemã: “em resumo, o tribunal tinha sido injusto, o julgamento tinha sido injusto”³.

Em ambos os casos, em uma análise perfunctória, é possível notar a completa desimportância dada às manifestações defensivas. O julgamento-espetáculo condiciona o desenvolver e o final do pro-

² ARENDT, Hannah, **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 246.

³ *Ibidem*. p. 270.

cesso (um admirável processo novo), tornando-o previsível, sem que se observe sua estrutura dialética, ou, quando muito, a exigência de um mero contraditório formal para alterar o seu resultado.

Voltaremos, adiante, à análise do contraditório. Mas antes disso, uma curiosidade que minha formação linguística não me permite ignorar. E aqui, já antevendo críticas por misturar realidade e fantasia, me defendo usando as palavras de FELMAN⁴, que como flecha-certeira acertam no alvo da mediocridade: “Precisávamos de arte – a linguagem da infinidade – para prantear as perdas e enfrentar o que, na memória traumática, não está encerrado e não pode ser encerrado”. A literatura fantástica nos aproxima de temas que parecem intangíveis, tornando a discussão mais rica. Mantenho, pois, a indagação.

2. E SE OS EVENTOS NARRADOS FOSSEM UMA PEÇA DE SHAKESPEARE?

Se ambos os casos verídicos narrados acima fossem uma peça de Shakespeare, haveria alguma chance de escapatória dos Réus?

Em um primeiro exemplo do dramaturgo elisabetano, o Réu poderia ter alguma esperança (teria escrito, talvez: *taking adversarial seriously*). Mas, veremos em seguida, que, seja na realidade dura da vida, ou nos exemplos clássicos da dramaturgia, a defesa não tem o papel de preponderância que merece em um julgamento.

No **Mercador de Veneza**, Bassanio pega por empréstimo uma quantia em dinheiro do judeu Shylock e nomeia Antonio, o mercador, como seu fiador. Ocorre que a dívida não foi paga, e a multa pelo inadimplemento é um pedaço de carne do fiador.

Na data do julgamento, o Duque, mesmo sem obrigação legal, aceita a manifestação da defesa, feita por Pórcia, amante de Bassanio, travestida de homem.

E depois de abordada toda a tese defensiva, o Réu é absolvido, com a seguinte sentença: “Para mostrar que existe um outro espírito, eu lhe dou sua vida sem que a peça. Antonio tem metade do que é seu, para o Estado vai a outra metade – que a piedade talvez comute em multa”⁵.

4 FELMAN, Shoshana. **O Inconciente Jurídico**: Julgamentos e Traumas do Século XX. Tradução: Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro. 2014, p. 150.

5 SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza**. Tradução: Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda. 1999, p. 124.

Que persuasão da jovem causídica! Que atenção aos seus argumentos! Tãmanha a perspicácia, que a cena foi reproduzida por Ariano Suassuna, no **Auto da Compadecida**.

Creio, por outro lado, que a situação vivida por Sócrates e Eichmann encontra eco em **Tito Andrônico**, e aqui peço vênia para já ir direto ao ponto de interesse da trama.

Enquanto o general romano Tito Andrônico suplica, no Tribunal, pela vida de seus filhos, que são acusados injustamente de causar mal à sua irmã Lavínia, os juízes simplesmente saem do recinto, abandonando-o, em cena dramática: “Atira-se ao chão; os Juízes passam por ele e saem”⁶.

Nesse ponto, a frase mais curta, porém completa, que descreve a cena é de JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES: “Shakespeare registrou a circunstância de falar para ninguém”⁷.

É justamente esse aspecto que aproxima os dramas de Shakespeare da problemática verídica da defesa de Sócrates e Eichmann. Ainda que, formalmente, os juízes não tenham se retirado do Tribunal, em todos os casos, a defesa, por inúmeras razões, não teve qualquer valor.

Apenas para evitar compreensões equivocadas, deve-se esclarecer que perder faz parte do processo (como em qualquer jogo, na analogia de CALAMANDREI⁸). Alguma tese, quase que invariavelmente, há de se sagrar vencedora sobre outra. O processo penal, ensina MORAIS DA ROSA, “é o palco onde acontecem a guerra de informações, estratégias e táticas com o fim de vencer o jogo processual”⁹.

Daí, exsurge uma necessária e generosa compreensão do princípio do contraditório, uma vez que seu desprestígio (total ou parcial) acarreta o desequilíbrio da situação jurídica dos sujeitos processuais e o jogo resta comprometido.

6 SHAKESPEARE, William. **Tito Andrônico**. Tradução: Beatriz Viegas-Faria. Rio de Janeiro: L&PMPocket. 2009, p. 124.

7 NEVES, José Roberto de Castro. **Medida Por Medida: o direito em Shakespeare**. Rio de Janeiro: Edições Janeiro. 2016, p. 80.

8 CALAMANDREI, Piero. "O Processo Como Jogo". **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese. 2002, v. 23, p. 192.

9 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 27.

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

3.1. O Contraditório Efetivo

O ponto nodal da análise desses casos é a total desimportância que todos os simulacros defensivos tiveram para o julgamento final dos casos analisados.

A defesa (ampla) é o outro lado da moeda do direito subjetivo de ação do Autor (inafastabilidade), ambos tutelados pela Constituição Federal, como direitos fundamentais individuais, no seu artigo 5º, incisos LV e XXXV, respectivamente. Ainda que, na prática, a deflagração do processo seja, para o acusado, um eterno lançamento do cara ou coroa entre a garantia de seus direitos e a violência escancarada em suposta defesa da coletividade, o contraditório torna o jogo processual dotado de mínimo equilíbrio entre as partes.

Não é outro o sentido da norma dado por GRANDINETTI: “torna-se claro, pelo princípio do contraditório, que, se há direito à ação, para o autor, há também direito de defesa para o réu”¹⁰.

A análise do contraditório se dá em dois momentos: o primeiro é a informação dos atos praticados no processo, característica inerente ao modelo acusatório que não tolera atos clandestinos e secretos. A omissão, por parte do Estado, do que está acontecendo na arena argumentativa coloca em risco o jogo processual, uma vez que se desconhece o desenvolver das teses das partes contrapostas. Sem informação, a derrota é iminente. “Conheça a si mesmo e ao inimigo e, em cem batalhas, você nunca correrá perigo. Desconheça a si mesmo e ao inimigo e você sempre correrá perigo”¹¹. O segundo momento, por sua vez, que mais nos interessa, por ora, é a possibilidade efetiva de contraposição dos argumentos expostos pela parte contrária.

Em uma perspectiva de vanguarda do princípio do contraditório, não se pode aceitar a mera possibilidade de manifestação da parte como suprimento deste direito tão caro ao processo penal, o simples contraditório formal. É preciso que, para uma efetiva persuasão do juiz, se exerça o contraditório substancial (ou material),

10 CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo Penal. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2009, p. 147.

11 TZU, Sun. **A Arte da Guerra**. Adaptação e tradução de André da Silva Bueno. São Paulo: Jardim dos Livros. 2011, p. 43.

em que a defesa tenha plenas condições de expor sua versão sobre o caso penal, e ajude, ao seu jeito, o juiz a se convencer dos seus argumentos. É necessário um verdadeiro “poder de influência” que permita a formação do convencimento do magistrado.

E aqui não se pretende invadir a discussão do mito do livre convencimento motivado, brilhantemente abordado por CASARA, em **Mitologia do Processo Penal**, quando afirma que o juiz não forma o seu convencimento de acordo com as provas, mas arraigado nas preconceções, emoções e tradições que traz da experiência de vida. “O livre convencimento motivado não passa de um mito, um ‘enunciado do impossível’, com conteúdo manifesto a ocupar um lugar que antes ficava vazio na dogmática processual penal”¹².

O que se pretende é estabelecer que o conteúdo e o alcance do contraditório não podem ser limitados por motivos de conveniência do juiz, o que configuraria clara visão utilitarista do sistema inquisitivo. Há de se ter em mente que o tolhimento deste princípio é fadar a pesquisa da verdade ao insucesso e à desconfiança, bem como modificar a “partificação” do processo (processo de partes) para uma estrutura centralizada nas mãos do julgador, como ocorria no modelo ideal de Eymerich.

Ressalta-se, outrossim, que o princípio em análise deve ser observado até o limite final do processo, o que inclui sua aplicação em todos os graus de jurisdição, em todos os recursos. Não é outra a visão de CRUZ, para quem o contraditório: “resta indubitável de ser igualmente respeitado durante a fase recursal, a qual nada mais é do que um prosseguimento da causa entre as mesmas partes, em outra instância”¹³.

Com base nessa ótica de contraditório material, de nada adianta a defesa falar para ninguém como Tito Andrônico, ou falar em um julgamento de cartas marcadas (julgamento-espetáculo, rotulado por ARENDT¹⁴), como o de Eichmann, porquanto pouco ou nenhum poder de persuasão ela terá, capaz de justificar a construção dialética de uma decisão judicial.

12 CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 183.

13 CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2 ed. Atlas: São Paulo. 2013, p. 174.

14 *Ibidem*, p. 19.

Isso porque, em primeiro plano, não se respeitam a discussão e o debate como forma de gestação da certeza por parte do julgador (Sócrates chamou de “maieutica”: analogamente ao parto de uma pessoa, que depende de um período de criação, de maturidade; a certeza somente é formada após sua gestação, que, por óbvio, não pode ser instantânea). Retornaremos, à frente, ao debate sobre o tempo do processo.

Ademais, é lastreado na discussão entre as partes que o julgador deve legitimar o seu convencimento. Em outras palavras, a participação dos indivíduos interligados no processo é fonte de legitimidade para o atuar de um poder do Estado, no caso o Judiciário. Há quem defenda o contraditório como elemento intrínseco ao processo (ou “módulo processual”, como chamou Elio Fazzalari), logo, a sua ausência fulmina a sua própria estrutura existencial. Não é outra a lição da doutrina de escol: “É assegurando às partes os caminhos para participar e meios de exigir a devida participação do juiz em diálogo, que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade, e ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ela necessita”¹⁵.

Portanto, o juiz deve zelar pelo contraditório, garantindo que as partes se manifestem de forma efetiva, legitimando e exercendo poder de influência na construção dialética da sua decisão.

3.2. O Contraditório Oral e Paritário

É flagrante e afrontosa a reiterada violência ao direito ao contraditório dos acusados, que pouco podem se manifestar durante o curso do processo. Os comercialistas certamente criticariam essa ausência de livre concorrência. A vulneração desta paridade implica inexoravelmente a ruína do próprio conceito de processo, tornando paradoxal o desenvolver de um procedimento em contraditório sem o contraditório.

Quando muito, a manifestação defensiva é intermediada por seus nobres advogados (e, na maioria das vezes, defensores públicos), através de petições escritas, sem que se valorizem a oralidade e a imediação do contato do juiz com o Réu.

15 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. Malheiros: São Paulo. 2007, p. 304.

Contrariam-se, no cotidiano, todos os pontos positivos do julgamento oral, explicitados por BINDER, quando diz que a oralidade: “serve para preservar o princípio da imediação, a publicidade do julgamento e a personalização da função judicial”¹⁶.

Nesse ponto, então, deve-se deixar claro que o contraditório além de ser efetivo (material), também deve se apresentar oral e imediatamente, sem intermediários e com o contato mais breve possível do juiz com a manifestação das partes, facilitando a sua compreensão e seu controle.

Nesta mesma toada, “a oralidade gera um sistema de comunicação entre o juiz, as partes e os meios de prova, permitindo descobrir a verdade de um modo mais eficaz e controlado”¹⁷.

Aplicação prática da oralidade e imediação da prova encontra-se no CPP, é o artigo 399, § 2º, que positiva o princípio da identidade física do juiz. O juiz que presidir a instrução é aquele responsável pela prolação da sentença. Isso porque, o magistrado que colheu a prova oral tem maior sensibilidade na sua valoração do que um eventual substituto que apenas leria uma papelada abundante sem as características da comunicação verbal.

A valorização da imediação e oralidade das provas tornam o processo mais democrático, uma vez que auxiliam de forma mais incisiva as partes a obrarem junto ao julgador na sua captura psíquica, quando da prolação da sentença. Assim, GOMES explica que: “a imediação deve imperar nas relações entre quem participa no processo e o órgão julgador e, ademais, no âmbito da recepção da prova”¹⁸.

Além disso, o contraditório oral justifica a presença física do acusado para confrontar verbalmente as testemunhas, que dão seus depoimentos em audiências públicas. O *right of confrontation* é a tutela do contraditório efetivo, oral e imediato, e não pode ser suprimido do acusado. Senhor do tema, na doutrina brasileira, conclui MALAN: “o direito ao confronto é direito fundamental indissociável

16 BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 63.

17 ZEBRAL, Alessandra V. G. "O Valor da Oralidade no Estado Democrático de Direito", in: **Temas Para Uma Perspectiva Crítica do Direito**: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Coords.: LIMA, Joel C. e CASARA, Rubens R.R. 2 ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2012, p. 52.

18 GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 28.

de qualquer noção civilizada de devido processo penal, motivo pelo qual deve ser levado a sério pelo Estado”¹⁹.

Não fosse o bastante, partindo da noção de contraditório, é possível estabelecer um elo de ligação com o princípio da igualdade processual (ou paridade de armas). Cinge-se, aqui, o estabelecimento do contraditório não somente pela oportunidade de manifestação da defesa, mas também pela efetiva tentativa de convencer o magistrado imparcial (não neutro) a gerar sua certeza, com as mesmas armas que a acusação dispõe. Não é outra a lição de BADARÓ²⁰: “Quanto ao seu objeto, deixou de ser o contraditório uma mera possibilidade de participação de desiguais, passando-se a estimular a participação dos sujeitos em igualdade de condições”.

Assim, é tacanha a posição jurisprudencial (cito, *v.g.*, a súmula 523 do STF) que ratifica um processo capenga, coxo, no qual quem tem mais a falar se manifesta nas mesmas condições de quem tem menos. E o pior, por vezes, fala menos, não respeitando sequer o contraditório formal. Nítida a falta de isonomia nesse ponto. Está-se usando régua de ferro, e não a justa régua de chumbo de Lesbos, que Aristóteles, arquiteto do pensar, associou à equidade.

No mesmo sentido, GRANDINETTI²¹ afirma que: “não se concebe que a defesa tenha sido apenas formal, mera injunção legal para regularizar a representação processual do acusado”.

E nem se quer admitir, em absoluto, um processo penal não adversarial (ultrapassando *ab ovo* a gênese anglo-saxã do “processo penal adversarial” bem retratada por MIRJAN DAMASKA²²), porquanto é justamente a posição de igualdade que estrutura o justo julgamento do órgão imparcial. Há uma verdadeira disputa, e somente se cogita de *fair play* em uma competição se houver igualdade.

Aplicação prática desta desigualdade está no artigo 409 do CPP. Na primeira fase do rito do Tribunal do Júri (*iudicium accusationis*), após a apresentação da resposta da defesa, a acusação tem direito a réplica, ou seja, permite-se a manifestação da acusação acerca de preliminares e documentos trazidos pelo réu. Contudo, a defesa não tem direito a tréplica, de forma que a acusação se manifesta, em

19 MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 206.

20 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro. Campus Elsevier. 2012, p. 18.

21 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 157.

22 *Apud* MALAN, Diogo, *Ibidem*, p. 19.

regra, duas vezes (denúncia ou queixa e réplica) e a defesa apenas singularmente, na sua resposta.

O dispositivo supramencionado sofre severas críticas da doutrina. Diz AURY LOPES JR.²³, “o que se tutela em nome do contraditório e da ampla defesa é o direito de a defesa sempre falar após a acusação, ou seja, com verdadeira resistência ao ataque”. Destarte, se o Ministério Público ou querelante se manifestam após a resposta, o mais justo e consentâneo com o contraditório seria a defesa ter direito à tréplica. Por isso, o festejado doutrinador fulmina: “evidencia-se, assim, a violação ao dispositivo no artigo 5º, LV, da Constituição”.

A desigualdade nessa etapa do Júri não passou despercebida, igualmente, por MARQUES: “Na sistemática do direito processual penal, não é lícito à acusação falar depois da defesa, pois a violação dessa ordem importa em quebra dos princípios constitucionais normadores do devido processo legal”²⁴.

Desta forma, o contraditório deve ser imediato e oral, além de respeitada a paridade de armas, configurando a igualdade processual, com a mesma quantidade de chances de manifestações que cada parte deve ter no processo, obedecendo a ordem de primeiro falar a acusação, e somente então, a defesa.

3.3. O Contraditório ao Seu Tempo

Com efeito, muito se discute acerca da pressa no término do processo penal travestida de “duração razoável do processo”.

Isso porque, como bem adverte AURY LOPES JR.²⁵, é necessária extrema cautela com o “grave problema que constitui o atropelo das garantias fundamentais pelas equivocadas políticas de aceleração do *tempo do direito*”.

Advirta-se que essa violação é tão costumeira que já mereceu críticas, chegando até a ser chamada jocosa, porém coerentemente, de Processo Penal Nescafé²⁶, onde basta adicionar água e o processo está pronto.

23 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Sao Paulo: Saraiva. 2014, p. 1019.

24 MARQUES, Jader. **Réplica Sem Tréplica no Tribunal do Júri**: o infeliz art. 409 do CPP. Em: <<http://emporiodo-direito.com.br/replica-sem-treplica-no-tribunal-do-juri/>>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

25 LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 181.

26 ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR. Salah H. **In Dubio Pro Hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2014, p. 31.

BAUMAN²⁷ diz que: “para encurtar uma longa história, a maioria de nós, a maior parte do tempo, aceita a oferta e se abandona à tarefa vital de fazer o melhor possível”. É verdade que a quantidade colossal de trabalho e a economia de energia humana andam protagonizando cenas judiciárias indesejadas. Por outro lado, não se pode perder de vista que uma das funções do processo penal é a garantia dos direitos do acusado, cuja importância não pode sucumbir a uma simplista análise matemática de tempo e trabalho.

O Poder Judiciário não é o asno de Buridan. Pode (e deve) andar para um dos lados. Obedecer o *non liquet*. No seu tempo.

Em um universo lúdico, esse tempo que antecede a catarse da tragédia (sentença) chega a ser um interessante momento de reflexões, explanações, em que o condenado pode difundir seus pensamentos confessos, sem remorsos, mesmo os mais espúrios, como BORGES fez em *Deutsches Requiem*:

“Agora as coisas mudaram; nesta noite que precede minha execução, posso falar sem medo. Não pretendo ser perdoado, porque não sinto culpa, mas quero ser compreendido (...) Eu sei que casos como o meu, excepcionais e assombrosos agora, serão muito em breve triviais. Amanhã morrerei, mas sou um símbolo das gerações futuras”²⁸.

Não obstante, na vida real, é absolutamente incompatível com a ideia de ampla defesa (garantia constitucional), a coação de um Réu para se tornar mártir. Não se exige ato heroico de nenhuma parte processual, ainda que com habilidade argumentativa seja a explanação defensiva a ele equiparado.

Por vezes, o direito à ampla defesa é gravemente cerceado pela falta de tempo hábil ao seu exercício. As consequências são trágicas. A dicotomia celeridade x eficiência nem sempre se equaciona pelas práticas processuais cotidianas no ambiente forense.

Não se pretende, aqui, discutir as causas da morosidade do Poder Judiciário e a sumarização dos procedimentos (o que já foi chamado de dromologia, por GOMES²⁹), mas a sua consequência é sabi-

27 BAUMAN. Zygmunt. *A Riqueza de Poucos Beneficia Todos Nós?* Rio de Janeiro. Zahar. 2015, p. 32.

28 Borges, Jorge Luis. *O Aleph*. São Paulo: Companhia das Letras. 2008, p. 74.

29 GOMES, Décio Alonso. "Rápida Abordagem sobre Dromologia no Processo Penal", *in*: *Temas Para Uma Perspectiva*

da. Um processo célere em prol da maximização do poder estatal, e a pretensa defesa da sociedade (argumento utilitarista de Bentham e Stuart Mill), em substituição do processo democrático garantidor dos direitos do Réu e limitador da ânsia punitiva estatal.

Não fosse o bastante, o clamor público e as pressões midiáticas jamais podem servir de justificativa para que o juiz perca sua independência funcional e acelere indevidamente o processo. A inobservância do contraditório ao seu tempo gera descontentamento social, porquanto demonstra a falta de habilidade técnica do Poder Judiciário em conduzir o processo sob seu comando.

Ensina GIACOMOLLI: “o debate contraditório constrói uma decisão mais justa ou menos injusta, mais aproximativa da certeza processual, reduzindo o grau de descontentamento (Luhmann)”³⁰.

Por todo o exposto, verifica-se que a melhor forma de satisfação social é marchando o processo no seu tempo correto, nem mais célere do que as garantias das partes tutelam, nem mais moroso do que a duração razoável do processo autoriza. A fúria punitivista da sociedade logo sucumbirá diante de um erro judiciário que culminará na nulidade do processo e o reconhecimento da prescrição do *ius puniendi*. Melhor um processo regular que condene licitamente do que uma sentença apressada que, depois, venha a ser anulada.

3.4. A Ajuda Dada Pelo Novo Código de Processo Civil de 2015

O novo CPC/15 deu uma força ao vetusto CPP consagrando expressamente a necessidade de observância do contraditório, quando da prolação de qualquer decisão judicial. O dispositivo que valoriza a manifestação das partes encontra-se no artigo 10 do CPC/15, com a seguinte redação: *Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Encontra-se sedimentado na doutrina e na jurisprudência que o CPC/15 pode ser aplicado analogicamente ao processo penal, quando neste houver lacuna ou regulamentação deficiente de algum

Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Coords.: LIMA, Joel C. e CASARA, Rubens R.R. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 311.

³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal:** Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de Sao José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 163.

princípio constitucional. Isso porque, um princípio previsto na Carta Magna não pode ser ceifado por disposições infraconstitucionais. Valemo-nos, pois, do artigo 3º do CPP.

Considerando que as liberdades em jogo no processo penal são de mais valor, e, portanto, de maior preocupação do que as do processo civil, não pode o CPC/15 corretamente tutelar a manifestação paritária e eficiente das partes, e o processo penal esnobar essa conduta. Nesse sentido, já se manifestou a doutrina: “Ora, o princípio do contraditório não pode ser mais amplo e efetivo no processo civil do que no processo penal”³¹. De fato, seria um contrassenso a defesa mais vigorosa em processos que discutem bens disponíveis, enquanto a tutela da liberdade de locomoção fica desprotegida.

Em escorregia abordagem, antes da entrada em vigor do CPC/15, o magistrado fluminense EVARISTO DA SILVA já vaticinava: “Em um contexto pós-positivista, não é possível subestimar a eficácia normativa do princípio constitucional do contraditório, de resto plenamente capaz de determinar, diretamente, uma postura cooperativa do magistrado na condução do processo”³².

Retomando a ideia de respeito ao contraditório para a construção de uma decisão judicial legítima e dialética, bem como a forma de garantir a paridade de armas, deve-se garantir o direito de informação e a possibilidade de reação das partes. É nesse sentido o auxílio dado pelo artigo 10 do CPC/15, considerando que o dispositivo legal reforça a necessidade de controle do contraditório pelo juiz.

Ademais, serve o mencionado princípio como forma de evitar surpresas às partes (decisão-surpresa), já que o juiz não poderia inovar no processo sem que se abra a possibilidade de a parte se manifestar anteriormente. ASSUMPÇÃO NEVES opina que “parece lógica a conclusão de que a observância do contraditório é capaz de evitar a prolação de qualquer decisão que possa surpreendê-las”³³.

Exemplo prático, discutido em doutrina, é o caso da *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do CPP. A norma processual penal auto-

31 SILVARES, Ricardo e PINTO, Ronaldo Bastista. *Novo CPC e Seus Reflexos no Âmbito do Processo Penal*. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 23.

32 SILVA, Marcelo Martins Evaristo. "Contraditório Amplo e Cooperativo no Processo Penal". Em: <<http://em-periododireito.com.br/contraditorio-ampl-o-e-cooperativo-no-processo-penal-por-marcelo-martins-evaristo-da-silva/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2016.

33 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. V. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 117.

riza o juiz a alterar a capitulação jurídica dada pelo Ministério Público, sem que com isso se modifiquem os fatos narrados na peça acusatória. Prevalece o entendimento da desnecessidade de observância do contraditório nesta hipótese. Todavia, a meu sentir, melhor razão assiste à corrente minoritária, defendida por BADARÓ, no sentido de que a *emendatio libelli* continua sendo viável no nosso ordenamento: “desde que, respeitado previamente o contraditório, instando as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de alteração da qualificação jurídica dos fatos”³⁴.

Com isso, temos que o novo CPC/15 veio fortalecer o princípio constitucional do contraditório, e deve ser aplicado irrestritamente ao processo penal.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a defesa deve ter a possibilidade de influenciar efetivamente na construção dialética da decisão judicial, tanto quanto à acusação. Ademais, as partes devem expor oral e imediatamente suas versões sobre os fatos debatidos no processo. Ainda, o contraditório não pode ser atropelado pela ânsia de término do processo de forma célere, e para a observância perfeita deste princípio constitucional, podemos nos valer do artigo 10 do CPC/15, com a autorização da interpretação analógica do artigo 3º do CPP.

A inobservância do princípio do contraditório é a arte de falar para ninguém. Tanto faz se o juiz abandona a sala do julgamento, como ocorreu em **Tito Andrônico**, ou se o juiz tem ouvidos de mercador (não o de Veneza), já que o julgamento tem o seu desfecho comprometido desde a sua origem, como o de Sócrates e Eichmann. Em todos os casos, a defesa é irrelevante e fala para ninguém. ❖

34 BADARÓ, Gustavo. "Correlação Entre a Acusação e Sentença: Releitura da *Emendatio Libelli* à Luz do Contraditório sobre as Questões de Direito, no Novo Código de Processo Civil". In: **Repercussões do Novo CPC: Processo Penal**. Coords.: CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugenio e CRUZ. Rogério Schiatti. 2016, p. 378.

Análise do Crime de Desaparecimento Forçado

(Sua Prática na Ditadura Brasileira e seus Desdobramentos no Judiciário Nacional)

Enio Viterbo Martins

Advogado, Pós-graduado em Direito Militar. Mestrando em História do Brasil pela Universidade Salgado de Oliveira.

RESUMO: O desaparecimento forçado é um crime frequentemente praticado pelas ditaduras no mundo inteiro e, como será visto, é uma forma de um regime autoritário intimidar ou eliminar as forças de oposição assim como qualquer indivíduo que o regime acredite ser indesejável para a estabilidade da governança autoritária. Comum na América Latina, este crime foi utilizado também no regime militar brasileiro como forma de perseguição a supostos subversivos, porém, diferentemente dos demais países do Cone Sul da América, o Brasil não efetuou uma justiça transicional que responsabilizasse os culpados. Os principais entraves foram a falta de motivação política e uma série de obstáculos jurídicos. O presente artigo vem para analisar os entraves jurídicos que impedem a responsabilização dos agentes estatais que perpetuaram o crime de desaparecimento forçado, utilizando para isso uma abordagem de análise de dispositivos internacionais e aprofundamento jurisprudencial no direito pátrio.

1. BREVE CONCEITUAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO

Historicamente, apesar de a prática datar pelo menos desde a Alemanha nazista do período pré 2^a Guerra, foi somente durante as décadas de 1960 e 1970, nas ditaduras militares da América Latina, que o desaparecimento forçado de pessoas passou a ser adotado como política de Estado.

Conceitualmente, o desaparecimento forçado é melhor descrito no artigo II da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, da OEA, que determina:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

Essa convenção interamericana, apesar de ter sido assinada em 1994 no próprio Brasil, só foi ratificada onze anos depois, sendo assim anterior à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e assim foi introduzida no nosso ordenamento jurídico como uma norma supralegal.

Fazemos ainda referência ao Estatuto de Roma, assinado pelo Brasil em 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional e este, em seu art. 7º, parágrafo 1º, constitui 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 sequestro 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.¹

Prosseguimos para a análise jurídica de Maria Alejandra Brijalbo (2004, p. 29-33), que separa entre os tipos subjetivos e objetivos deste crime assim definidos:

¹ BRASIL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Tipo subjetivo:

Este comportamento envolve uma dolo completo: a intenção de se privar a liberdade, mas esta ação é apenas o meio para obter o resultado desejado pelo agente, que é a ocultação, a fim de suprimir um sujeito que se opõe às várias finalidades do Estado ou grupo.

(...)

Tipo objetivo

A ação consiste em privar o sujeito passivo da liberdade, ocultando-o posteriormente para excluí-lo do amparo de lei. O delito então se concretizará com a privação da liberdade, seguida do desaparecimento, que deve ser “forçado”, o que significa que não importa a vontade da vítima. Ressalta-se que a privação de liberdade é apenas um meio material para que se possa verificar o tipo, porque este virá a concretizar-se quando configurado o desaparecimento. (tradução nossa)

Tendo visto o sujeito ativo do tipo, resta a configuração do sujeito passivo; este é indeterminado, podendo assim ser qualquer cidadão da população do país, civil ou mesmo militar.

Em tese, trata-se de um meio eficiente de um regime autoritário tratar seus opositores, pois, considerando que os mesmos são dados como desaparecidos, não há vítima, e o Estado muitas vezes nega-se a admitir que a mesma encontra-se detida sob seus cuidados.

Em matéria de direitos humanos e fundamentais, o desaparecimento forçado viola o direito à liberdade, à livre manifestação política, à liberdade de expressão, além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade.

Em maio de 2016, foi promulgada a “Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçados”, adotada pelo Brasil em 2011, que não difere muito das conceituações das convenções anteriores sobre o tema, citando ainda que, diferentemente da sua versão interamericana, esta, em seu artigo 8º, adota a possibilidade de prescrição do crime de desaparecimento forçado, entendendo assim que a matéria constitucional que versa sobre prescrição deve ser reservada ao próprio Estado.

Saliente-se que a comunidade internacional tem cada vez mais levado os Estados a coibirem tal prática, sendo cada vez mais comum que, em países com instituições democráticas fortes e independentes, a prática do crime de desaparecimento forçado seja cada vez mais rara.

Porém, ainda que o crime tenha sido adotado pelos regimes militares latino-americanos, é interessante notar que a sistemática do desaparecimento forçado não é apenas fruto destes antigos regimes, sendo uma prática de governos civis atuais como do México ou Colômbia, podendo ser citados também Síria, Kosovo, Angola e até o próprio Brasil.

2. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Durante a ditadura militar brasileira, vigorante de 1964-1985, foram denunciados casos de desaparecimento forçado no país que indicavam uma forma sistemática de ação.

Agentes da repressão, tais como a polícia política do DOPS (Departamento de Ordem Política e Social), ou setores de inteligência das forças armadas, como por exemplo o CIEX (Centro de Informações do Exército) ou o CENIMAR (Centro de Informações da Marinha), além claro dos DOI-CODI, praticaram rotineiramente o desaparecimento forçado contra os suspeitos de serem subversivos e contrários ao regime.

A Comissão Nacional da Verdade estima que houve 434 mortos e desaparecidos políticos no período ditatorial e, entre estes, 210 são desaparecidos.

O comum na época do regime era que os órgãos de inteligência prendessem aqueles considerados subversivos e os levassem a locais prisionais específicos para o combate à suposta subversão que estava ocorrendo no país.

Nesses locais, era frequentemente praticada a tortura de presos políticos para angariar informações que iriam ensejar a busca, obsessiva, de destruir a extrema esquerda no país.

Em nome da segurança nacional, tal prática de detenção era frequentemente empregada, porém, após as torturas aplicadas, caso a vítima viesse a falecer em decorrência dos maus-tratos, ela era ime-

diatamente tida como “desaparecida” e era negado a seus familiares e amigos o fato de que em algum momento a vítima houvesse estado sob custódia do Estado.

Prática essa que foi fundamentalmente utilizada na chamada “Guerrilha do Araguaia”, onde simplesmente o governo militar desapareceu com dezenas de guerrilheiros que combatiam a ditadura.

3. DESDOBRAMENTOS NO JUDICIÁRIO NACIONAL

É importante esclarecer inicialmente que a jurisprudência brasileira trata o crime de desaparecimento forçado como análogo ao crime de sequestro qualificado, previsto no Código Penal de 1941, conforme podemos observar na EXT 1.150 / ARG (2008) que extraditou o uruguaio NORBERTO RAUL TOZZO então acusado do desaparecimento de FERNANDO GABRIEL PIEROLA, JULIO ANDRES PEREIRA, ROBERTO HORACIO YEDRO e REYNALDO AMALIO ZAPATA SOÑEZ, vejamos:

“EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E SEQÜESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”): DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQÜESTRO QUALIFICADO: INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA.

(...)

6. *Crime de seqüestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do seqüestro. Precedente*

Ora, considerando que o crime de seqüestro é um crime permanente e que a execução se protraí no tempo enquanto houver a detenção da vítima, seria de se imaginar, e aqui reza a principal argumentação para responsabilização dos agentes do Estado que perpetraram crimes políticos e comuns, que, se houve o seqüestro de tais vítimas ainda no período ditatorial, tal crime não cessou sua permanência, sendo portanto possível a prisão dos militares envolvidos no crime por ainda estar em execução o crime de seqüestro.

Tal raciocínio tem por base o fato de que como tal crime continua em execução, ele não seria abrangido pela lei da anistia que beneficiou tanto os militantes da esquerda quanto os torturadores e agentes do Estado que violaram tão profundamente os direitos humanos.

Cite-se, por amor ao debate, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio na extradição anteriormente citada, Ministro este que é conhecido por dar votos inusitados e geralmente vencidos mas que, *in casu*, tem uma lógica peculiar quando afirma que, na verdade, não se trata de equivalência do desaparecimento forçado com o seqüestro, pois, dentre outros motivos, na legislação pátria existe a Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em virtude de participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988.

Ora, tal lógica faria cessar e por fim desqualificar o crime de seqüestro para qualificá-lo na verdade como homicídio, ou ainda fazer cessar a permanência do crime de seqüestro, começando então a prescrição a correr da data de publicação de tal lei, porém desta vez não foi diferente e o nobre Ministro foi voto vencido novamente.

Apenas dois anos depois do julgamento de tal extradição, em 2010, o STF julgou a ADPF 153, validando a Lei da Anistia, explicitando que além de ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, a anistia se aplica aos militares também quanto aos crimes comuns conexos aos crimes políticos.

Esclarecemos ainda que a exposição do ministro Marco Aurélio tem sido adotada por diversas vezes pelo judiciário nacional com fim

de não proceder a ações penais direcionadas aos agentes da ditadura que praticaram o crime de desaparecimento forçado, como é o caso do processo nº 0004204-32.2012.403.6181 em que o Juiz Márcio Rached Millani não recebeu a denúncia contra dois ex-agentes da ditadura militar acusados do desaparecimento do bancário e líder sindical Aluizio Palhano, preso em maio de 1971 no Destacamento de Operações Internas de São Paulo (DOI-Codi).

Na sentença de fls. 707-724, o juiz afirma:

(...) Ou a vítima faleceu em 1971, situação mais provável, vez que não se teve mais notícias dela após esta data, hipótese que estaria albergada pela Lei de Anistia; ou, utilizando-se a tese ministerial, teria permanecido em cárcere até 4 de dezembro de 1995, data que foi sancionada a Lei n. 9.140, não se podendo falar na continuidade do delito (sequestro) a partir de então, em razão de ter sido reconhecido a sua morte.

A posição do STF no julgamento da ADPF 153 foi largamente contestada pelos movimentos sociais e encontrou, poucos meses depois naquele mesmo ano, respaldo na Corte Interamericana dos Direitos Humanos que, no caso Julia Gomes Lund e outros (“Guerilha do Araguaia”), condenou o Estado brasileiro a elucidar e punir os crimes da ditadura militar brasileira e mais, afirmou que a Lei da Anistia brasileira é incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, por ser uma clara lei de “autoanistia” sobre qual os militares impuseram sua força bruta ao Congresso Nacional, para, quando da transição, poderem sair impunes das atrocidades cometidas.

Saliente-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se julgou competente para julgar o caso Gomes Lund x Brasil, baseando-se na argumentação anteriormente citada de que trata-se de crime permanente, que, em tese, ainda estaria em execução, tornando portanto a corte competente para julgá-lo.

Necessário por fim dizer que o Brasil vai na contramão da jurisprudência latino-americana, pois em setembro do ano de 2016 o judiciário argentino condenou um ex-chefe da força aérea argentina, Omar Graffigna, de 90 anos, a 25 anos de prisão, por sequestros e desaparecimentos praticados durante a ditadura argentina.

CONCLUSÃO

O desaparecimento forçado de pessoas, crime rotineiramente utilizado nas ditaduras militares sul-americanas nas décadas de 1960-80, foi também praticado no Brasil com apoio de organizações governamentais que, claramente de acordo com a política de segurança nacional vigente à época, tinham o intuito de capturar militantes oposicionistas para facilitar a eliminação física de organizações “terroristas” que se opunham militarmente ao regime.

Não raramente tais militantes eram assassinados ou mortos em decorrência das torturas que sofriam nas mãos de seus algozes, o que levava o governo, buscando ter um resquício de credibilidade e legitimidade perante a comunidade internacional e a sociedade civil interna, a qualificar tais mortos como “desaparecidos”.

Houve casos, porém, em que a família ou amigos da vítima buscaram seu paradeiro enquanto esta ainda estava viva, mas o governo militar, com fim cristalino de dificultar a proteção legal a tais pessoas, se negava a admitir que estava “em posse” de tal prisioneiro, dificultando ao máximo o amparo jurídico ao preso.

No âmbito da doutrina jurídica, porém, o STF validou a lei da anistia de 1979, o que acabou dificultando a responsabilização dos agentes estatais da ditadura militar. Mesmo assim, o Ministério Público brasileiro encontrou teses que levariam os militares ao banco dos réus, fundamentando-se inclusive em um julgado do STF de extradição de um uruguaio onde a corte superior entendeu que o crime de desaparecimento forçado é análogo ao de sequestro qualificado, e que, além disto, o crime de sequestro é permanente, sendo assim ainda estaria em execução.

A argumentação é válida, e foi utilizada pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém, o judiciário brasileiro ainda é hesitante em ir contra a decisão do STF e não tem aceitado a tese do crime permanente com base na Lei 9.140/95, que declarou mortos os desaparecidos políticos.

Por fim, salientamos que em momento algum na ADPF 153 o STF se referiu à Lei 9.140/95 para afirmar que os desaparecidos políticos estão realmente mortos, o que ensejou embargos de declaração à sentença que ainda não foram julgados.

Tal julgamento dos embargos será fundamental, pois uma vez esclarecido que trata-se de crime permanente, o judiciário nacional será forçado a aceitar a tese da doutrina internacional e começar a processar os agentes estatais criminosos da ditadura militar. ❖

BIBLIOGRAFIA

AKEMI, Camila. "O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas". **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. P. 61-73. 2010.

ALEJANDRA, Maria. "*ANALISIS DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA*". 2004. 212 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Javeriana, Bogota, 2004.

BICKFORD, Louis. "*Transitional Justice*". In: **The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity**. Volume III. Nova Iorque: MacMillan. 2004.

BRASIL. **Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**. 09 de Junho de 1994.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de Julho de 1992.

BRASIL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

BRASIL, Projeto de Lei do Senado, Nº 245 de 2011.

BRASIL. Lei nº 9.140, de 04 de Dezembro de 1995.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

COSTA PINTO, Antonio; PALOMANES, Carlos Francisco. **O passado que não passa: a sombra das ditaduras na Europa do Sul e na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ESSE, Luis Gustavo; RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. "A Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas e a obrigatoriedade do estado brasileiro de legislar." In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12555. Último acesso: 21 em mar 2015.

FRIEDE, Roy Reis. **Revisão da Lei da Anistia: Um contraponto**. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2015.

LUCRECIA MOLINA, Ana. "*La Desaparición Forzada de Personas em América Latina*". Disponível em: www.derechos.org/koaga/vii/molina.html. Acesso em: 23 de Abril de 2016.

PADILLA, Elías. "La Desaparición Forzada de Personas en Chile". Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/lamemolv/memolv07.htm>. Acesso em: 23 de Abril de 2016.

PORTELA, Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado. Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podivm. 2010.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul./dez. 2012). – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

RIBEIRO, Denise. **A ANISTIA BRASILEIRA: ANTECEDENTES, LIMITES E DESDOBRAMENTOS DA DITADURA CIVIL-MILITAR À DEMOCRACIA**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2012. 130 f. Programa de Pós-Graduação em História. Niterói, 2012.

SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. "*La desaparición forzada de personas, el bien jurídico protegido*". **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Nº. 59. Instituto de Ciencias Penales y criminológicas, Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C., agosto, 1996.

VICENCI, Camila. "*Leis de Anistia: Aspectos teóricos e as experiências da Argentina, Uruguai e Brasil*." Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7637&revista_caderno=19. Último acesso em: 17 de Jul de 2016.

A Valorização da Autocomposição no NCPC: do Divórcio Consensual ao Litigioso

Eric Cesar Marques Ferraz

Advogado, Procurador da Câmara Municipal de São Bernardo do Campo - SP, Graduado e Pós-graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar sucintamente algumas noções elementares sobre a importância da autocomposição por meio da conciliação ou da mediação, meios alternativos de solução de conflitos, devidamente valorizados com o CPC de 2015, analisando os benefícios práticos para se optar por autocompor com especial ênfase para o direito de família. No transcorrer do artigo analisamos ainda singelamente os institutos da Jurisdição Voluntária e da Jurisdição Contenciosa e a Via Extrajudicial, com foco especial para o Direito de Família, tal qual o Divórcio Extrajudicial. Por fim, analisamos as Ações previstas no Título III – Dos Procedimentos Especiais, Capítulo X – Das Ações de Família, sob a luz dos artigos 693 e ss. do novo CPC, discorrendo mais atentamente sobre o divórcio e a ação de alimentos.

ABSTRACT: This article aims to briefly review some basic notions about the importance of autocomposition through conciliation or mediation, alternative means of conflict resolution, valued with the 2015 CPC, analyzing the practical benefits to

choose autocomposition with special emphasis on the family right. In the course of the article also analyzed candidly institutes of Voluntary Jurisdiction and Jurisdiction Contentious and Extrajudicial Divorce, finally we analyze the family actions under Title III - Of Procedures special, Chapter X - Family actions under the light of articles 693 and others of new CPC, discoursing more carefully about divorce and share food.

PALAVRAS CHAVES: Mediação. Conciliação. Jurisdição Voluntária e Contenciosa. Divórcio Extrajudicial e As Ações de Família no novo CPC.

KEY WORDS: Mediation. Conciliation. Voluntary and Contentious jurisdiction. Extrajudicial Divorce and The Family of Shares in the new CPC.

1. INTRODUÇÃO

Foi adotado no presente trabalho a linha de pesquisa científica baseada na interpretação literal, teleológica, sistemática e histórica, através do método de raciocínio lógico-indutivo. A pesquisa teve como substrato a consulta, leitura e análise de livros, casos práticos, artigos, da legislação constitucional e infraconstitucional pertinentes ao tema, bem como da doutrina científica especializada citada na bibliografia.

O presente artigo tem como objetivo analisar algumas noções elementares sobre a importância da autocomposição por meio da conciliação ou da mediação devidamente valorizada no CPC de 2015, analisando os benefícios para se optar pela autocomposição. Optamos por não analisar o instituto da arbitragem como forma de autocomposição, pois senão fugiríamos da finalidade do artigo, pois o propósito do mesmo é analisar os meios alternativos de solução de conflitos, com foco especial no instituto do divórcio, previsto no direito de família. No transcorrer do artigo analisamos ainda singelamente os institutos da Jurisdição Voluntária e da Jurisdição

Contenciosa e da Via Extrajudicial no Direito de Família - Divórcio Extrajudicial (Lei 11.441/07). Por fim, analisamos o Divórcio Judicial e a Ação de Alimentos previstos no Título III – Dos Procedimentos Especiais, Capítulo X – Das Ações de Família, sob a luz dos artigos 693 e seguintes do NCPC (Lei 3.105/2015).

O texto teve suas primeiras linhas imaginadas há uns dois anos quando nós estávamos acometidos com a leitura da obra da prestigiosa Professora Maria Helena Diniz, durante a qual uma nota de rodapé nos chamou muita atenção, haja vista que advogamos faz tempo na área de família em contato direto com casos concretos. Nota esta que transcrevemos na íntegra, e que será o ponto nuclear para analisarmos a importância da autocomposição no processo civil, em especial no direito de família, seus benefícios em relação ao litígio, restando esta como a última opção a ser adotada e talvez a que tenha mais reflexos negativos às partes envolvidas como um todo. Por fim, adentramos superficialmente, tecendo breves linhas, a respeito de como os principais desdobramentos previstos no Capítulo X – Das Ações de Família, nos art. 693 e seguintes do CPC de 2015, lançarão seus efeitos sobre esta específica área do direito civil.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Breves Notas sobre a Mediação e a Conciliação e sua Valorização

Passamos a transcrever a riquíssima nota de rodapé¹ supracitada:

“Observa ainda Fátima Nancy Andrighi (Juizado Especial de Família, Tribuna do Direito, em outubro de 2001, p. 38) que: a instituição do juizado especial da família se revela em uma nova jornada, verdadeira catequese, mas que é estimulada quando se assiste ao sucesso do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no Fórum do Recife, com a Vara do Juizado Informal de Família, integrada por uma equipe interdisciplinar de psicólogos, assistentes sociais e terapeutas familiares. Tive a oportunidade de participar de uma sessão de sensibilização presidida por uma psicóloga e realizada em sala arduamente preparada para

¹ Curso de Direito Civil Brasileiro, Maria Helena Diniz, 5 v. Direito de Família, Ed, Saraiva 20 ed., 2005, p. 301 a 303.

receber todos os casais que iriam participar da primeira audiência no seu processo de litígio familiar. O ambiente foi tratado adequadamente com cromoterapia, iluminação diminuída, ar condicionado, música suave e com projeção de transparências que impunham o desarmamento dos espíritos em conflito. O trabalho técnico da terapeuta consistia em conscientizar o casal da necessidade de resolver problemas familiares dentro da própria família, de priorizar a relação pai/mãe ao invés de marido/mulher e de deixar de lado os erros e queixas do passado, pois o importante, no momento, era como as partes queriam se organizar para o futuro. As partes, outrossim, receberam informações acerca da complexidade e da demora do processo judicial e foram estimuladas à conciliação, não somente por meio da conscientização de que cada um deve recuar um pouco para ambos avançarem, como também pela demonstração das vantagens proporcionadas pela conciliação: rapidez na solução do conflito, economia financeira e, também emocional, por evitar-se o desgaste de reviver situações conflituosas, que acirram os ânimos, estimulam ímpetos de vingança e repercutem desfavoravelmente nos filhos. A experiência evidencia que nos conflitos de família em que as partes apenas querem resolver as questões e precisam estabelecer suas relações futuras por causa dos filhos, o processo tradicional, adversarial, termina por estimular as partes a se tornarem adversárias, transformando-se em instrumento de vindita, de obstinação, eis que cada uma das partes se coloca em posição de defesa, ficando raiz no seu ponto de vista. Dessa forma, impõe-se que o juiz se conscientize da verdadeira postura que deve ser adotada diante dos conflitos de família, devendo o seu perfil ser de pacificador, de serenador das almas, despidendo-se ao máximo da postura moralista ou apenas crítica e proporcionando ao casal em conflito a humanização desta arena conflituosa. O ambiente, assim, tem de levar ao diálogo amistoso e não à separação conflituosa. Por outro lado, o Juizado Especial de Família deve pautar-se pela transdisciplinariedade, isto é pela necessidade de agregar-se o conhecimento de outras ciências na aplicação do Direito. Aos médicos, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais e terapeutas

de família, incumbem não somente em fornecer elementos que auxiliem o juiz na solução do conflito familiar, mas também amenizar a ansiedade dos litigantes, auxiliando-os a vivenciar o processo judicial com mais naturalidade e lhes dar a certeza de que foram ouvidos os seus desabaços, as suas mágoas e, principalmente, seu ponto de vista (...). O sistema para resolver os conflitos de família continuam sendo o do processo e do procedimento, salientando-se que o processo e o procedimento sumaríssimo regulado pela Lei 9.099/95 demonstrou ser eficiente quando aplicado com rigorosa obediência aos princípios que regem os Juizados Especiais, que são a simplicidade, a informalidade, oralidade, economia e celeridade processual. A Lei n. 9.099/95, contudo, não disponibiliza medidas cautelares nem o deferimento de antecipação de tutela, necessários à situação de urgência que o direito de família vivencia, o que torna oportuna a meditação acerca da transposição do modelo de procedimento do art. 561 do CPC – ação de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, que contém no seu bojo a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, conceder medida cautelar, ou mesmo antecipar a tutela. A adoção, no Juizado Especial, de um rito único, o sumaríssimo, para todos os tipos de conflitos dessa área (separação judicial, separação de corpos, regulamentação de visitas, investigação de paternidade, alimentos/revisionais, guarda de menores, busca e apreensão de criança, perda do pátrio poder, divórcio etc.) facilitaria sobremaneira o trabalho dos operadores do direito, bastando que se embutisse nesse rito a previsão legal de que o juiz pode, dentro desse mesmo procedimento e sem maior formalidade, conceder medida cautelar e deferir antecipação de tutela sempre que atendidos os respectivos requisitos legais. É importante também que este procedimento faça, no seu contexto, execução do conteúdo sentencial, sem a necessidade de se propor um novo processo de execução, tendo-se esta, portanto, como mais uma fase do procedimento. Importantíssimo e indispensável será a participação dos advogados na defesa dos interesses das partes, uma vez que o direito em litígio é o mais importante e um dos mais complexos problemas pessoais da

vida humana, e o mais emocional e romântico de todos os sonhos. No que concerne à competência a que ficar expresso que a escolha do Juizado Especial de Família é uma opção do autor, ou de ambas as partes, quando se tratar de processo de jurisdição voluntária (v.g. separação amigável/consensual). Por outro lado, o acesso ao Juizado Especial da Família deverá se restringir aos casais que sejam proprietários de um único imóvel, respeitada uma limitação de valor do referido bem, sendo condição sine qua non que se trate de residência da família. O sistema recursal há que ser mantido, fazendo-se necessária, porém, a instituição de um instrumento de impugnação, apenas para as liminares concedidas, em atenção à característica do Direito de Família. Isso para evitar o uso de mandado de segurança como sucedâneo de recurso. Todas as demais questões resolvidas no processo não precluiriam, devolvendo-se toda a matéria para eventual análise, caso fosse interposto recurso da sentença (...) Com a implantação dos Juizados Especiais de Família adviriam inegáveis benefícios àqueles que buscam a regularização de sua situação familiar(...)”

Texto extraído da obra da ilustre e titânica Professora Maria Helena Diniz, artigo que não passou despercebido de sua atenta e profunda leitura, texto que traz uma riqueza ímpar de informações, ensinamentos e sugestões, que não poderia ter vindo de outro lugar senão das experiências do Estado de Pernambuco, berço do maior tratadista da história do direito brasileiro.

Apesar de antigo, ainda não adaptado às reformas do CPC de 73, muito menos antevia-se o advento do CPC de 2015, percebemos uma riquíssima e multidisciplinar abordagem do texto com fortes argumentos a favor da conciliação, da mediação ou de um divórcio consensual, para se evitar todas os desgastes emocionais, financeiros, familiares, físicos dentre muitos outros, além de outros traumas que podem ser amenizados por um divórcio menos litigioso, tanto para o casal e especialmente para os filhos e família dos divorciandos, que sofrem juntamente com os mesmos. Podemos fazer aqui um paralelo

processualístico *sui generis* com a teoria de IHERING, colacionada pelo consagrado Professor Moacyr Amaral dos Santos² ao lecionar sobre a extensão objetiva dos efeitos da sentença, senão vejamos:

“Para melhor entendimento da sua teoria, Ihering compara os efeitos diretos e indiretos dos atos jurídicos com os produzidos por um fato da vida física: se atirmos uma pedra num lago, em volta do ponto em que cai a pedra formam-se vagas concêntricas, a primeira mais volumosa e menos extensa e, em seguida, outras, cada vez menos volumosas e mais extensas e, em seguida, outras, cada vez menos volumosas e mais extensas, até que desaparecem de todo. Houve aí um efeito querido e previsto – acertar a pedra em dado lugar do lago; as vagas que se formam foram efeitos reflexos. Semelhantemente, os atos jurídicos produzem efeitos queridos e previstos, isto é, efeitos diretos, mas por motivo destes ocorrem efeitos indiretos, reflexos. Tal qual a teoria dos efeitos reflexos dos atos jurídicos.”

Sendo assim, podemos traçar um paralelo com a teoria de Ihering, visto que o divórcio, assim como a pedra lançada no lago, pode ser lançado com muita força e vigor, tendo os efeitos queridos com muita intensidade que serão observados via reflexa nas pessoas mais próximas do casal, tais como filhos, familiares e amigos, desenhando círculos concêntricos com a mesma intensidade do querido no divórcio, ou pode-se optar por um lançamento mais suave e moderado, em razão de todos os argumentos transcritos no texto supracitado referente à experiência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no Fórum do Recife, com a Vara do Juizado Informal de Família, integrada por um equipe interdisciplinar de psicólogos, assistentes sociais e terapeutas familiares, causando também efeitos reflexos mais suaves e moderados nos divorciandos, nos seus filhos e em seus familiares. Como se não bastassem esses argumentos, trazemos ainda alguns que corroboram nosso posicionamento a favor do divórcio consensual, tais como os previstos em na Carta Maior nos arts. 226, § 7º e 229 respectivamente:

² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, v. 3, 26º ed. 2013, Saraiva, atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, p. 95.

“Art. 226, par. 7º da CF “fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável(...).”

“Art. 229: os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, bem como nos deveres dos pais em relação aos filhos, chamamos a atenção ainda para a Teoria do Desamor, na tentativa de balizar os divorciados antes de optarem pela via litigiosa. Vejamos: o abandono paterno-filial ou abandono afetivo significa lesão à dignidade da pessoa, fundada na máxima de que *“amar é faculdade, cuidar é dever”*. Nas relações familiares o dano moral pode envolver questões extremamente subjetivas, como afetividade, mágoa, amor e outros. O cuidado é um valor jurídico apreciável e com repercussão no âmbito da personalidade civil, porque constitui fator essencial e não acessório no desenvolvimento da personalidade da criança. Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que tanto na concepção quanto na adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae* (STJ: 1159242).

Temos consciência de que infelizmente os argumentos acima transcritos não serão capazes de apaziguar ânimos de casais que pretendem se divorciar litigiosamente; sabemos perfeitamente da complexidade dos relacionamentos humanos, e da quantidade de casos que batem às portas do Judiciário na busca de um divórcio litigioso, porém, já nos contentamos de escrever para profissionais da área que muitas vezes podem influenciar seus clientes, alunos, jurisdicionados, tentando mostrar as vantagens e desvantagens, os efeitos diretos e indiretos que um divórcio litigioso pode ter, que muitas vezes pessoas e crianças inocentes pagam um preço muito alto pelo desamor de seus pais, cegos por sentimentos momentâneos, que com o passar dos anos desaparecerão, e suas marcas reflexas em seus filhos tendem acompanhá-los pelo resto de suas vidas.

Nesta direção passemos agora a definir processualisticamente, segundo a doutrina e a lei, as formas de autocomposição de que tra-

tamos neste texto, em especial a conciliação e a mediação. Lecionam sobre autocomposição os consagrados Professores³ Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, na sua clássica obra **Teoria Geral Processo** que:

“Sendo disponível o direito material, admite-se a autocomposição, em qualquer de suas três formas clássicas: transação, submissão, desistência (e qualquer uma delas pode ser processual ou extraprocessual). Em todas essas hipóteses, surge um novo preceito jurídico concreto, nascido da vontade das partes (ou de uma delas), e que irá validamente substituir aquela vontade da lei que ordinariamente derivara do encontro dos fatos concretos com a norma abstrata contida no direito objetivo.(...)”

A autocomposição, cujas principais modalidades são a conciliação e a mediação, utiliza um terceiro facilitador para ajudar os próprios interessados a solucionar seu conflito. A conciliação tende a obtenção de um acordo e é mais indicada para conflitos que não se protraíam no tempo (acidentes de veículos, relações de consumo). A mediação visa prioritariamente a trabalhar o conflito, constituindo na busca de um acordo objetivo secundário, e é mais indicada para conflitos que se protraíam no tempo (relações de vizinhança, de família ou entre empresas etc.). A autocomposição é instrumento precipuamente voltado à pacificação social, mais que a própria sentença, pois lida com o conflito sociológico e não apenas com a parcela de conflito levada em juízo”.

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra e imparcial com relação ao conflito. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

A mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes,

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 38.

para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução 125/2010 do CNJ: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação⁴.

Segundo ensinamento do ilustre Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁵ em sua moderna doutrina, perfeitamente de acordo com o NCPC:

“no art. 6º todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Contudo, é necessário mudar essa mentalidade, e nada como um novo CPC, para desencadear o ponto inicial dessa mudança.

Esse dispositivo trata do Princípio da Cooperação, decorrente dos Princípios da Boa-Fé e da Lealdade. (...)

Ocorre que, como elementos imprescindíveis ao bom funcionamento desse sistema, encontramos a postura do juiz e a atitude das partes.

Quanto a essas, não podem apenas provocar a jurisdição de forma despreziosa, sem compromisso ou irresponsavelmente. Devem buscar de forma clara, leal e honesta a melhor solução para aquele conflito. Devem participar da solução.

A ideia de lealdade processual traz ínsita a vedação à litigância de má-fé. Como consequência, será imposta uma multa calcu-

⁴ <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>.

⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, **Direito Processual Civil Contemporâneo**, Teoria Geral do Processo, v. 1, 6º ed., São Paulo, editora Saraiva, 2015, p. 117- 119.

lada sobre o valor da causa. A cooperação, quer nos parecer, traz uma ideia maior; ou seja, não basta praticar o ato de má-fé ou de improbidade processual. É preciso ter um atuar construtivo, agir no intuito de promover um processo justo. (...)

Num modelo de Justiça adequado à contemporaneidade, na visão de François Ost (1993). No texto são apresentados três modelos de juiz: Júpiter, Hércules e Hermes. Ademais, o autor faz a correlação entre o tipo de juiz e a mentalidade predominante em cada uma das fases do Estado, (a saber, liberal, social e democrático.), o juiz deve adotar uma postura de intermediação, facilitando a comunicação, o diálogo entre as partes, que devem se utilizar do processo para interagir e buscar uma solução justa para o conflito.

A proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Essa proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não jurisdicionais de solução de lides.

Nesse sentido falamos no dever de cooperação entre as partes. Nesse modelo prega-se a adoção de um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade” (Habermas, 1997, p. 283). (...)

O direito pós-moderno de Hermes (Ost) “é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados”. Esse modelo é uma dialética entre transcendência e imanência. A proposta é de uma “teoria do direito como circulação de sentido”, “um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico”.

Vale recordar que Hermes é o deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um intérprete, um mediador, um porta-voz. A ideia é a de que o direito, como signo linguístico

que ontologicamente é, sempre necessita de interpretação e, portanto, é inacabado; permanece continuamente se realizando (caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico).”

Importantíssimo frisar a valorização da conciliação e da mediação no CPC de 2015. Percebemos já no início do Código a inserção do princípio colaborativo, no art. 6º, segundo o qual “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”, o que vem chocar-se com a cultura demandista brasileira arraigada em nossa sociedade. Com o difícil propósito de tentar desarmar os litigantes, e passar uma releitura de que os mesmos não são opositores, e sim colaboradores da justiça, que deverá dar uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva (art. 4º do CPC “*As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”), trazendo a solução à lide, coibindo severamente a má-fé processual e os meios protelatórios como podemos observar pela valorização da boa-fé processual (art. 77 § 2ª, art. 139, III e art. 142 do CPC de 2015), bem como pela expressa previsão e destaque da conciliação e mediação previstas nos arts. 139, inciso V e 165 a 175 de referido diploma, como formas alternativas de solução dos litígios. Segundo o art. 139, V, do novo CPC de 2015:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”

O CPC de 2015 trata dos conciliadores e dos mediadores judiciais em seus artigos 165 ao 174. Destaca-se aqui a valorização que o novo ordenamento confere a estes métodos de resolução de conflitos, ou para desafogar o judiciário, ou mesmo como forma alternativa intermediária de solução de conflitos, como já observado na arbitragem. O art. 165 do CPC de 2015 dispõe em seu *caput* que:

“Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a auto-composição.”

A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. O conciliador que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Os artigos 167 e 168 e seguintes do CPC de 2015 dispõem respectivamente acerca da capacitação dos conciliadores e mediadores, bem como sobre as diretrizes gerais da mediação e capacitação, tendo como principais órgãos suplementares regredores o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais do País, vejamos: “*Art. 167: Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.*” e “*Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.*”

Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou tribunal regional federal. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

2.2. Jurisdição Voluntária, Jurisdição Contenciosa e a Via Extrajudicial no Direito de Família

O consagrado Professor Moacyr Amaral dos Santos⁶, na sua clássica obra **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, ensina sobre jurisdição que:

“Esta função do Estado é própria e exclusiva do Poder Judiciário. É ele, dentro dessa função, que atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses ocorrentes.

É função do Estado desde o momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.(...)

É de considerar-se, entretanto, que a jurisdição é função do Estado. Provoca-a, é certo um interessado contra ou em relação ao outro. O Estado terá que conhecer o conflito de interesses, ver qual destes é o interesse juridicamente protegido. Mas conhece-o para compô-lo, assegurando respeito à ordem jurídica, o que faz atuando a lei reguladora da espécie. Isto significa que o objetivo do Estado, no exercício da função jurisdicional, é assegurar a paz jurídica pela atuação da lei disciplinadora da relação jurídica em que se controvertem as partes. É verdade que, com esse objetivo, atuando a lei ao caso concreto, impondo assim a autoridade desta, o Estado reconhece e delibera quanto ao direito subjetivo, como consequência daquela atuação. Em conclusão, a finalidade da jurisdição é resguardar a ordem jurídica, o império da lei e, como consequência, proteger aqueles dos interesses em conflito que é tutelado pela lei, ou seja, amparar o direito objetivo.”

Segundo os ilustres Professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Araújo Cintra, na clássica obra **Teoria Geral**

⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, v. 1., 26^o ed. 2013, Saraiva, atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohlen, p. 91-92.

do Processo⁷, em que lecionam sobre jurisdição voluntária e contenciosa, sob a égide do CPC de 73:

“Existem atos jurídicos da vida dos particulares que se revestem de importância transcendente aos limites da esfera de interesses das pessoas diretamente empenhadas, passando a interessar também à própria coletividade.

Um casamento, p. ex., não é de relevância apenas para os cônjuges: interessa à sociedade evitar casamento de pessoas impedidas, interessa dar publicidade aos casamentos realizados e por realizar, interessa definir a situação dos futuros filhos etc.; a constituição de uma sociedade mercantil ou de uma associação, também, não é ato que valha e influa na vida jurídica dos sócios apenas, mas fatalmente irá ter relevância nas relações com terceiros.

Observando isso, o legislador (Estado) impõe, para a validade desses atos de repercussão na vida social, a necessária participação de um órgão público. Mediante essa participação, o Estado insere-se naqueles atos que do contrário seriam tipicamente privados. Ele o faz emitindo declaração de vontade, querendo o ato em si e querendo também o resultado objetivado pelas partes. Costuma a doutrina dizer que, através dessa atividade, realiza-se a administração pública de interesses privados. Trata-se de manifesta limitação aos princípios de autonomia e liberdade que caracterizam a vida jurídico-privada dos indivíduos – limitação justificada pelo interesse social nesses atos da vida privada. (...)

No direito moderno exercem-na: a) órgãos jurisdicionais; b) órgãos do chamado foro extrajudicial; c) órgãos administrativos, não dependentes do Poder Judiciário.

São atos de administração pública de interesses privados, praticados com a intervenção de órgãos do foro extrajudicial, a escritura pública (tabelião), o casamento (juiz de casamentos, oficial do registro civil), o protesto (oficial de protestos), o re-

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini e CINTRA Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 28ª., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 179-182.

gistro de imóveis (oficial de registro de imóveis) etc. Por outro lado, há intervenção de órgão estranho ao Poder Judiciário quando o Ministério Público participa dos atos da vida das fundações (CPC art. 1.199) ou quando os contratos e estatutos sociais tramitam pela Junta Comercial.

A independência dos magistrados, a sua idoneidade, a responsabilidade que têm perante a sociedade levam o legislador a lhes confiar importantes funções em matéria dessa chamada administração pública de interesses privados. A doutrina preponderante e já tradicional diz que são funções administrativas, tanto quanto aquelas exercidas por outros órgãos (e referidas acima); não é pela mera circunstância de serem exercidas pelos juízes que tais funções haveriam de caracterizar-se como jurisdicionais. E teriam, tanto quanto a administração pública de interesses privados exercidas por outros órgãos, a finalidade constitutiva, isto é, finalidade de formação de situações jurídicas novas (atos jurídicos de direito público, conforme exposto acima).

A tais atos praticados pelo juiz a doutrina tradicionalmente dá o nome de jurisdição voluntária, ou graciosa.(...)

De jurisdição voluntária fala a nossa lei, sendo que o próprio Código de Processo Civil lhe dedica todo um capítulo, com cento e oito artigos (arts. 1.103 -1.210).

Mas, segundo a doutrina corrente, nem todos os atos de jurisdição voluntária se praticam sob a forma processual: ou seja, pratica o juiz outros atos de administração pública de interesses privados além daqueles indicados no diploma processual. A doutrina indica três categorias de atos de jurisdição voluntária: a) atos meramente receptícios (função passiva do magistrado, como publicação de testamento particular - CC, art. 1.877), b) atos de natureza simplesmente certificante (legalização de livros comerciais, visto em balanços); c) atos que constituem verdadeiros pronunciamentos judiciais (separação amigável, interdição etc.). Como se vê, só estes últimos é que estão disciplinados no Código de Processo Civil (letra c), sem que com

isso entenda a doutrina dominante que são os únicos atos de jurisdição voluntária que o juiz pratica.(....)

Analisando os elementos caracterizadores da jurisdição, vem a doutrina dizendo que os atos da jurisdição voluntária na realidade nada teriam de jurisdicionais, porque : a) não se visa, com eles, à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas; b) não há o caráter substitutivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem exclusão das atividades das partes; c) além disso o objeto dessa atividade não é uma lide, como sucederia sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado.

Mas nem sempre deixará de ocorrer uma controvérsia entre os interessados na jurisdição voluntária. Em um processo de interdição, p. ex., pode o interditando discordar frontalmente do requerente e nessa discordância reside a controvérsia (dissenso de opiniões, não conflito de interesses). Na jurisdição voluntária, o juiz age sempre no interesse do titular daquele interesse que a lei acha relevante socialmente, como, na hipótese figurada, é o interditando. Exclusivamente com vista ao interesse deste é que o juiz proferirá sua decisão: a) decretando a interdição, se ele precisar de alguém que administre sua pessoa e bens; b) mantendo seu status e toda a sua disponibilidade sobre seu patrimônio, se mentalmente são. Havendo controvérsia, esta se fará informar pelo princípio do contraditório, tanto quanto nos processos de jurisdição contenciosa.

Costumam os doutrinadores ensinar, ainda, que, não havendo oposição de interesses em conflito, não seria adequado falar em partes, pois essa expressão traz consigo a ideia de pessoas que se situam em posições antagônicas, cada qual na defesa de seu interesse (infra, n. 179 e 187). Além disso, pressupondo-se não se tratar de atividade jurisdicional, seria impróprio falar em ação, pois esta se conceitua como o direito (ou poder) de provocar o exercício da atividade jurisdicional, não administrativa

(cfr. Infra n. 147); pela mesma razão, não há coisa julgada em decisões proferidas em feitos de jurisdição voluntária, pois tal fenômeno é típico das sentenças jurisdicionais. Fala a doutrina, por outro lado, em procedimento, e não processo, pois este seria também sempre ligado ao exercício da função jurisdicional contenciosa da ação.

Como também salienta a doutrina mais abalizada, a jurisdição voluntária não é voluntária, pois em princípio a instauração dos procedimentos em que tal função é exercida depende de provocação do interessado ou do Ministério Público (CPC, art. 1.104), vigorando, portanto, a regra da inércia.

Mas essa atividade judicial visa também, tanto como a consistente na jurisdição contenciosa, à pacificação social mediante a eliminação de situações incertas e conflituosas. Além disso, exerce-se segundo as formas processuais: há uma petição inicial, que deverá ser acompanhada de documentos (CPC, art. 1.104), como na jurisdição contenciosa; há a citação dos demandados (art. 1.105), resposta destes (art. 1.106), princípio do contraditório, provas (art. 1.107), fala-se em sentença e em apelação (art. 1.110). Por isso, na doutrina mais moderna surgem vozes no sentido de afirmar a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. Não há por que restringir à jurisdição contenciosa os conceitos de parte e de processo (mesmo porque este, em teoria geral, vale até para funções não jurisdicionais e mesmo não estatais). A redação do art. 1º do Código de Processo Civil deixa claro o entendimento de que a jurisdição comporta duas espécies, a saber: a contenciosa e voluntária.

Existe na processualística moderna uma forte tendência a desjudicializar as técnicas de administração pública de interesses privados, retirando certas atividades do âmbito do Poder Judiciário, para atribuí-las a outros órgãos.

Essa tendência universal foi acolhida no Brasil pela Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que atribui aos tabeliães a função de proceder por escritura pública as separações, divórcios, inventários e arrolamentos de pessoas capazes”.

Ensinaamentos sobre teoria geral do processo que transplantamos para o CPC de 2015 haja vista a clara disposição sobre o assunto prevista no Capítulo XV, intitulado dos Procedimentos de jurisdição voluntária dos arts. 719 a 770, os quais passamos brevemente a abordar. Com a inserção do princípio colaborativo no novo CPC, passamos a pensar na possibilidade de uma jurisdição híbrida, algo entre a contenciosa e a voluntária, o que poderíamos chamar de jurisdição colaborativa, que seria uma lide na qual as partes têm por obrigação colaborar com a justiça mitigando toda forma de procrastinação e má-fé processual, valorizando a boa-fé processual como um dos pilares do novo CPC.

O novo CPC dispõe sobre normas gerais do procedimento de Jurisdição Voluntária que estão previstos nos arts. 719 e seguintes. O artigo 725 enumera as causas que serão objeto de jurisdição voluntária, o qual diz que processar-se-á na forma estabelecida em referida seção os pedidos de: emancipação; sub-rogação; alienação, arrendamento ou oneração de bens de crianças ou adolescentes, de órfãos e de interditos; alienação, locação e administração da coisa comum; alienação de quinhão em coisa comum; extinção de usufruto, quando não decorrer da morte do usufrutuário, do termo da sua duração ou da consolidação, e de fideicomisso, quando decorrer de renúncia ou quando ocorrer antes do evento que caracterizar a condição resolutória; expedição de alvará judicial; homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor.

Já a homologação do divórcio consensual é tratada no art. 731 do CPC de 2015, que dispõe que a homologação do divórcio, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges; o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Lembrando que se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658 de referido diploma.

As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável.

O divórcio consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

O Professor Christiano Cassettari⁸, em excelente doutrina, discorre sobre separação, divórcio e inventário por escritura pública, na qual trata sobre as principais dúvidas e polêmicas acerca da aplicação da Lei 11.441/2007, trazendo na obra as principais Resoluções do Conselho Nacional de Justiça, Enunciados do Conselho de Justiça Federal, Recomendações do Colégio Notarial do Brasil, e dos mais Diversos Estados e Provimentos dos mais diversos Tribunais do País, sem falar na doutrina e jurisprudência atualizada sobre o tema.

O mesmo leciona que em 04.01.2007 foi promulgada a Lei 11.441/2007, que entrou em vigor no dia 05.01.2007, e que estabelece normas acerca da separação e do divórcio consensuais e do inventário, todos realizados extrajudicialmente em tabelionato de notas, encampados pelo Código de Processo de 1973 no art. 1.124-A, que trata das regras para separação e o divórcio consensuais extrajudiciais, e hoje no CPC de 2015, em seu art. 733.

O legislador desejou, com o referido projeto, facilitar a realização dos procedimentos de separações e divórcios consensuais sem menores e incapazes, permitindo a sua realização extrajudicial por escritura pública em tabelionato de notas. Referido Professor entende também que referida Lei veio para reforçar a natureza negocial do casamento, permitindo que este seja dissolvido pela resilição bilateral (ato de vontade entre as partes, também chamada de distrato, prevista no art. 472 do Código Civil).

Segundo ainda o ilustre Professor Christiano Cassettari⁹:

8 CASSETTARI, Christiano. **Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública**. Teoria e Prática. 6º edição, revista e atualizada. Editora método, 2013, Rio de Janeiro, p. 31 e 32.

9 CASSETTARI, Christiano. **Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública**. Teoria e Prática. 6º edição, revista e atualizada. Editora método, 2013, Rio de Janeiro, p. 36 e 37.

“...a Emenda Constitucional 66/2010, que alterou a redação do § 6 do art. 226 da Constituição Federal, retirando do texto a referência à separação judicial e aos requisitos temporais para a obtenção do divórcio. (...)

A festejada Emenda colocou fim às causas objetivas da separação judicial e extrajudicial, que era a exigência de se aguardar um determinado lapso para a sua concessão, ou seja, o divórcio exigia um ano de separação formalizada por sentença ou escritura ou dois anos de fato.”

“Com o fim da separação, a culpa não poderá ser discutida na ação de divórcio. Assim sendo, a discussão sobre culpa fica mitigada com a modificação constitucional, pois ela será discutida em sede de ação de alimentos, para que o réu possa se defender quando buscar a improcedência do pedido com base no art. 1.704 do Código Civil, e em ação indenizatória, quando um cônjuge causar danos materiais, morais e estéticos ao outro, já que a culpa é elemento de responsabilidade civil. Porém, cumpre lembrar, que no caso de alimentos, as sanções do citado artigo podem ser relativizadas, como já explicado anteriormente.”

Como demonstrado acima, nossa legislação vem avançando, assim como vem avançando a evolução das relações humanas. Podemos observar isso em tempos atuais com o amplo conceito de família admitido em doutrina como leciona a Professora Maria Berenice Dias¹⁰, que, segundo ela, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no art. 1, III, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

A citada autora utiliza este fundamento para mostrar que, em decorrência das necessidades de se encarar a realidade sem discriminação, é que devemos reconhecer, na própria Constituição, a pluralidade das formas de constituição da família, perceptível se feita um leitura sistemática da própria lei, e não literal. Hoje entendemos, se-

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 45.

gundo a ilustre Professora, que a entidade familiar deve ser entendida em seu conceito mais amplo e afetuosos possível, englobando pais e filhos, família monoparental, irmãos, avós e netos, pessoas com parentesco civil, união homossexual, dentre outras possíveis formas de afeto familiar, como por exemplo dois irmãos que residem juntos.

Nesse sentido, no dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADPF 132-RJ e a ADI 4.277, reconheceu de forma unânime aplicar de forma análoga as normas de união estável heterossexual para a união estável homossexual ou homoafetiva. Essa decisão do STF faz com que todos os direitos que são dados aos companheiros em nosso sistema legislativo sejam estendidos para as pessoas que vivem em união estável homoafetiva. Dessa forma o Presidente à época do STF, Ministro Cesar Peluso, enviou em 9 de maio de 2011 a todos os Tribunais de Justiça do País o Ofício 81/P-MC, em que noticiava o julgamento que deu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união pública, duradoura e contínua entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de família. Lembrando ainda que o STJ chancelou a possibilidade da conversão da união homoafetiva em casamento, no REsp 1.183.378/RS, julgado em 25.10.2011 pela 4ª Turma, tendo como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, corroborando no sentido de que todos direitos que sejam dados aos companheiros heterossexuais em nosso sistema legislativo sejam estendidos às pessoas que vivem em união estável homoafetiva, conforme art. 1.726 do Código Civil.

Evolui ainda a legislação extravagante com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe de maneira especial sobre a proteção integral da criança e do adolescente quer no seio da família quer fora dela; a Lei 11.804/2008, que dispõe sobre alimentos gravídicos; a Lei sobre alienação parental, 12.318, de 26 de agosto de 2010, que define alienação parental em seu art. 1º *“Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção*

de vínculos com este.”, coibindo-a severamente em seu art. 6º, e a lei sobre guarda compartilhada, Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a qual modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), com intuito de regular o tempo de convívio com os filhos a ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

2.3. Das Ações de Família no CPC de 2015

As normas gerais para as Ações de Família estão previstas no novo CPC nos arts. 643 a 699, as quais integram Capítulo X do novo CPC (Lei 13.105/1), do Título III, intitulado dos Procedimentos Especiais, do Livro I, intitulado: Do processo de conhecimento e do cumprimento da sentença, dentro da Parte Especial de referido diploma processual, sendo que passamos a transcrever o art. 693 que abre referido Capítulo X:

“Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.”

A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo X.

Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no mandado de citação, que conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo

a qualquer tempo. A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência. A citação será feita na pessoa do réu. Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.

A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

Passamos agora a analisar a ação de alimentos com o advento do Novo CPC, haja vista que a mesma merece uma maior atenção.

Excelente é o artigo intitulado "Impacto do novo CPC sobre a chamada lei de alimentos (Lei n. 5.478/68)", das ilustres Professoras Arlete Inês Aurelli e Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão¹¹, esta última nossa estimada amiga de tempos colegiais, as quais nos ensinam que:

"(...) Como se vê, o procedimento delineado na Lei de Alimentos é mais célere que o imposto pelo CPC/2015 e, portanto, será mais vantajoso para o credor de alimentos que continue sendo aplicado para esse tipo de tutela. (...)

A execução, por sua vez, será alterada. Em primeiro lugar, o CPC/2015 estabelece um procedimento específico para o cumprimento de sentença que fixa os alimentos (arts. 528 a 533), colocando uma pá de cal sobre a discussão a respeito de as alterações da lei processual poderem ser aplicadas nesse tipo de tutela.

¹¹ AURELLI, Arlete Inês; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso, artigo intitulado: "Impacto do novo CPC sobre a chamada Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68)", publicado na obra: **Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar**. Coordenação Mirna Cianci, Lúcio Delfino, Bruno Dantas, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo e Bruno Garcia Redondo, editora Saraiva, 2016, São Paulo, p. 86 a 101.

O mesmo regramento é imposto para a execução de alimentos fixados em título executivo extrajudicial, cuja previsão consta dos arts. 911 a 913 do CPC/2015.

O projeto, ao trazer essa previsão, também põe um ponto final na discussão a respeito da execução de alimentos com pedido de prisão estar limitada às hipóteses de título executivo judicial. O parágrafo único do art. 911 é expresso no sentido de poder aplicar o quanto previsto no art. 528 e seus parágrafos, o que inclui a decretação de prisão ao executado pela falta de pagamento das três últimas prestações vencidas e vincendas.

Daí se conclui que é possível requerer a execução, com pedido para decretação de prisão do devedor, nos casos de não pagamento de alimentos previstos em escritura pública de divórcio.

Enfim, no CPC/2015, há um capítulo específico que trata “Do cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos”. O art. 528 diz que o executado será intimado pessoalmente para pagar em 3 dias. O devedor poderá: pagar, provar que já pagou ou apresentar justificativa da impossibilidade de efetuar o pagamento. A mesma previsão consta da execução título extrajudicial, inserta nos arts. 711 e seguintes.

Além disso, caso o executado não efetue o pagamento ou não seja aceita a justificativa por ele apresentada, o juiz decretará sua prisão pelo prazo de um a três meses. Na mesma esteira, da atual previsão, o cumprimento da pena não exige o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas. Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Observa-se que o procedimento será o mesmo quer se trate de execução por título judicial ou por título extrajudicial. No entanto, o § 8 do art. 528 é expresso em determinar que, no caso de execução provisória da sentença ou da decisão liminar que fixa alimentos, não caberá o pedido de prisão do devedor. Assim o art. 912 prevê a possibilidade de pleitear desconto em

folha de pagamento no caso de o devedor ser funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho.

Por outro lado, o art. 913 do CPC/2015 deixa aberta ao exequente a opção por outras formas de tutela jurisdicional a fim de satisfazer o crédito alimentar a que tem direito. Assim, o exequente, no lugar de optar pelo pedido de prisão, poderá optar pela execução por quantia certa, na forma estabelecida nos arts. 822 e seguintes.

O art. 1.072, V, do CPC/2015 contém previsão para revogação dos arts. 16 a 18 da Lei de Alimentos, que tratam da gradação dos meios de satisfazer o direito do credor.

Hoje, conforme visto acima, a execução de alimentos pode se satisfazer com: (i) desconto em folha; (ii) cobrança de aluguéis; (iii) expropriação/execução por quantia certa; ou (iv) prisão civil.

Na verdade, a vontade do legislador, nos parece, é colocar uma pá de cal na discussão sobre se haveria um gradação em relação às técnicas de obtenção da efetividade da tutela, como prega a maioria da doutrina. O legislador quis deixar patente que, para obrigar o devedor a cumprir a obrigação alimentar, o magistrado poderá escolher, dentre os mecanismos previstos aquele mais adequado às necessidades do caso concreto, aquele que seja capaz de melhor tutelar o direito aplicável à espécie pelo magistrado.

Uma novidade nesse caso é a previsão constante do § 3 do art. 529, no sentido de que o débito executado poderá ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput do referido artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos. Se não for cumprida a obrigação haverá penhora (art. 530),

Esse procedimento se aplica tanto aos alimentos definitivos como em relação aos provisórios, por força do disposto no art.

528, que é expresso ao se referir também à decisão interlocutória que fixa alimentos. No caso de alimentos provisórios ou definitivos concedidos por sentença ainda sujeita a recurso, o processamento se dará em apartado, devendo-se propor execução autônoma. No caso de alimentos definitivos o cumprimento da sentença será efetuado nos mesmos autos.

No caso dos provisórios, como já se afirmou, não caberá o pedido de prisão do devedor.

Outra novidade é aquela constante do art. 532, no sentido de que a litigância de má-fé caracterizada pela conduta procrastinatória causará ocorrência de delito de abandono material, a ser apurada pelo Ministério Público”.

Sendo assim, após abordarem o tema, as ilustres Professoras entendem que o procedimento previsto no CPC/2015 para as ações de família não alcança a de alimentos, a qual continuará a ter o seu processamento regido pela Lei de Alimentos, que é especial e mais favorável para o alimentando. Em relação à execução de alimentos previstas no CPC/2015, as mesmas entendem que o legislador quis deixar claro que cabe pedido de prisão em execução de alimentos com base em título extrajudicial, bem como que não existe gradação em relação às efetividades da tutela, podendo o magistrado escolher o mais adequado às necessidades do caso concreto. Bem como que o legislador de 2015 foi benéfico ao credor de alimentos, possibilitando a tutela de forma mais célere, como por exemplo, a redução para o prazo de três dias para o devedor pagar, provar que já pagou ou apresentar justificativa, sob pena de prisão, prazo este muito inferior ao anterior, no sentido de desestimular a prática de atos protelatórios por parte do devedor, como de preservar e privilegiar a boa-fé e a lealdade processuais.

3. SÍNTESE CONCLUSIVA

Seguindo as lições e experiências da consagrada doutrina supracitada nasce o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, observando os princípios e novas tendências do processo civil moderno, no almejar um processo justo e eficaz conforme prelecionam

os processualistas modernos, bem como mais célere, como já previsto em nossa CF, art. 5, LXXVIII.

Mais uma vez na tentativa de evitar um a justiça morosa e burocrática, e com o objetivo de facilitar a vida profissional dos operadores do direito e das partes, traz o NCPC uma importante alteração que é a valorização dos meios alternativos da resolução de conflitos através da conciliação e da mediação.

Temos consciência de que, infelizmente, os argumentos transcritos no texto não serão capazes de apaziguar ânimos de casais que pretendem se divorciar litigiosamente para que optem pelo divórcio consensual; sabemos perfeitamente da complexidade dos relacionamentos humanos, e da quantidade de casos que batem às portas do Judiciário na busca de um divórcio litigioso, porém, já nos contentamos de escrever para profissionais da área que muitas vezes podem influenciar seus clientes, alunos, jurisdicionados, tentando mostrar as vantagens e desvantagens, os efeitos diretos e indiretos que um divórcio litigioso pode ter, pois muitas vezes pessoas e crianças inocentes pagam um preço muito alto pelo desamor de seus pais, cegos por sentimentos momentâneos, que, com o passar dos anos, desaparecerão, e suas marcas reflexas em seus filhos permanecerão a acompanhá-los pelo resto de suas vidas.

Nesta direção passamos ao longo do texto a definir processualisticamente, segundo a doutrina e a lei, as formas de autocomposição que tratamos neste texto, em especial a conciliação e a mediação.

Em seguida, abordamos definição de abalizada doutrina sobre jurisdição voluntária e contenciosa. Com a inserção do princípio colaborativo no novo CPC, passamos a pensar na possibilidade de uma jurisdição híbrida, algo entre a contenciosa e a voluntária, o que poderíamos chamar de jurisdição colaborativa, que seria uma lide na qual as partes têm por obrigação colaborar com a justiça, mitigando toda forma de procrastinação e má-fé processual, valorizando a boa-fé processual como um dos pilares do novo CPC. Nas palavras do consagrado Professor Moacyr Amaral dos Santos “*Assim, posto de lado o sentido gramatical da denominação, a jurisdição contenciosa não se caracteriza por versar sobre litígios. Ela se exerce em face de conflitos de interesses qualificados por uma pretensão, isto é, seu objeto são as lides a serem compostas.*”

Por fim, discorreremos superficialmente sobre normas gerais para as Ações de Família que estão previstas no novo CPC nos arts. 643 a 699, as quais integram Capítulo X, do Título III, intitulado dos Procedimentos Especiais, do Livro I, intitulado: Do processo de conhecimento e do cumprimento da sentença, dentro da Parte Especial de referido diploma processual, sendo que damos neste artigo especial ênfase para o divórcio extrajudicial e para a ação de alimentos. ❖

BIBLIOGRAFIA

AURELLI, Arlete Inês; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso, artigo Intitulado: "Impacto do Novo CPC sobre a chamada Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68)", publicado na obra: **Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar**. Coordenação Mirna Cianci, Lúcio Delfino, Bruno Dantas, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo e Bruno Garcia Redondo; editora Saraiva, 2016, São Paulo, p. 86 a 101.

CASSETTARI, Christiano. **Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública**. Teoria e Prática. 6 edição, revista e atualizada. Editora método, 2013, Rio de Janeiro.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5 v. Direito de Família, Ed. Saraiva, 20 ed. 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, **Direito Processual Civil Contemporâneo**, Teoria Geral do Processo, v. 1, 6 ed., São Paulo, editora Saraiva, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, v. 1 e 3., 27 ed. 2011, Saraiva.

O Direito Autoral Proibido

Flávia Romano de Rezende

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Professora da EMERJ.

RESUMO: Esse artigo trata das mudanças ocorridas na legislação brasileira com relação à prática do grafismo, apresentando argumentos que justificam a adoção de mecanismos de proteção à arte. Faz também uma análise de alguns julgamentos no Brasil, nos EUA e na Europa, trazendo subsídios para a discussão no âmbito do direito autoral.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autoral. Grafismo e Arte de Rua.

ABSTRACT: This article refers to copyright protection of graffiti and gives us an overview of judicial decision in Brazil, United States and Europe.

KEYWORDS: Copyright, Graffiti. Street Art.

I. INTRODUÇÃO

Um evidente sinal da evolução dos tempos é a descriminalização da prática do grafite em edificações ou monumentos urbanos, a depender da autorização do particular ou do órgão competente, conforme o caso. Essa prática que antes era vista com ressalvas, aos poucos ganhou museus do mundo todo e hoje não há quem duvide tratar-se de arte.

Ocorre, porém, que a alteração legislativa¹ expressamente fez consignar que a prática do grafite somente será excluída do núcleo do tipo penal se a obra *valorizar* o patrimônio no qual foi feita. Senão, vejamos:

¹ Lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011.

“Art. 6º. O art. 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.”

Sem dúvida alguma, a valorização do patrimônio, após ter sido grafitado, vai depender da caracterização deste como obra artística.

E. H. Gombrich em **A História da Arte**² concluiu:

“Nada existe realmente a que se possa dar o nome de Arte. O que existe são os artistas - isto é, homens e mulheres favorecidos pelo maravilhoso dom de equilibrar formas e cores até ficarem “corretas” e, mais raro ainda, que possuem aquela integridade de caráter que jamais se contenta com meias soluções, e se dispõe a abandonar todos os efeitos fáceis, todos os êxitos superficiais, em nome do esforço, da angústia e do tormento do trabalho sincero. (...) Mas se haverá ou não arte vai depender também, em não pequeno grau, de nós mesmos, que somos o público”.

2 GOMBRICH, E.H., **A História da Arte**. Tradução Álvaro Cabral. Editora LTC – Grupo Editorial Nacional.

Por outro lado, Will Gompertz³, veterano à frente da Tate Gallery em Londres, descreve arte como sendo “um dos maiores prazeres da vida”, no livro cujo título empresta ao leitor a dificuldade do que virá à sua frente: **O que é arte?**.

A verdade é que os artistas são produto do seu tempo e costumam dar voz à sociedade. A transformação das belíssimas obras que retratavam com rigor e fidelidade a realidade de Michelangelo e Rafael, para simples pinceladas, já no impressionismo, quando os pintores começaram a abandonar seus ateliês para enxergar, nas ruas, as mudanças na construção de Paris, deixa evidente o sinal da mudança.

Segundo Gompertz⁴:

“Se eles queriam captar a sensação de um momento fugaz com algum senso de verdade, a rapidez pertencia agora à essência. Não havia tempo para se alongar em laboriosas gradações de luz, porque a próxima vez que o artista levantasse os olhos elas teriam mudado. Em vez disso, pinceladas urgentes, toscas, aplicadas com imprecisão, substituíam o refinamento estudado, combinado, do “grande estilo”, pinceladas que os impressionistas não faziam nenhuma tentativa de esconder; ao contrário, eles acentuavam seu manejo do pincel pintado em toques grossos, curtos, coloridos, parecidos com vírgulas, que acrescentavam uma impressão de energia jovem a suas pinturas, refletindo o espírito de seu tempo”.

Não que não houvesse barreiras capazes de tolher a criação e a liberdade de expressão, diante da presença constante da Academia, empenhada em manter a herança estética adquirida ao longo dos séculos, todavia, o público também se mostrava ávido por mudanças; e elas vieram.

Com a chancela dos que enxergam a arte como produto do seu tempo, o grafite somou à cultura várias pinceladas, com a linguagem dos excluídos, e trouxe para os muros das cidades, o cotidiano do belo e do horror provincianos dos guetos.

³ GOMPERTZ, WILL. **O que é arte?**

⁴ Ob. citada. P. 34.

Como no impressionismo, o grafite não recebeu qualquer favorecimento, mas, sim, um estímulo ao esquecimento de forma a retrair a nova cultura cosmopolita das ruas e impedir esse canal de denúncias marginais.

De qualquer forma, existe uma distinção evidente entre os vocábulos “pichação” e “grafite”, captada nos dicionários da língua portuguesa⁵, que nos favorece para fins de elucidação sobre a arte das ruas: *pichação* (ato de escrever ou rabiscar em muros, paredes, fachadas de edifícios etc.) e *grafitar* (desenhar ou escrever em muros ou paredes de locais públicos, geralmente com tinta spray).

A partir daí, Vinícius Borges de Moraes *in* **A pichação e a grafitegem na óptica do direito penal: delito de dano ou direito ambiental?**⁶ comenta:

“Diante dessas definições básicas, fica claro que a origem da palavra ‘pichação’ guarda estreita relação com o uso de ‘mensagens escritas’. Logo, podemos entender como pichação a utilização de escrita de qualquer espécie (tinta ou relevo) para veicular mensagens ou palavras em paredes, muros ou qualquer fachada, seja com finalidade de protesto, ou não. Cuida-se de mensagens diretas, sem muita elaboração ou técnicas gráficas, desprovidas de caráter artístico.

Já o grafite, de acordo com suas origens morfológicas, seria uma forma de expressão artístico-visual (plástica ou não) que utiliza um conjunto de palavras e/ou imagens a fim de transmitir uma mensagem de reflexão. O grafite, em razão de sua forte conotação artística, não tentaria impor determinada ideia ao observador, mas sim permitiria sua reflexão, sua interpretação”.

Nestor Garcia Canclini⁷, ao escrever sobre o que faz de um objeto uma obra de arte, revela que, desde Kant até Humberto Eco, a experiência artística se manifesta enquanto um processo social e

⁵ Dicionário online Infopédia.

⁶ BORGES DE MORAES, Vinícius. Jus Navigandi: **A pichação e a grafitegem na óptica do direito penal: delito de dano ou crime ambiental?**

⁷ CANCLINI, Néstor García. **A Socialização da Arte: teoria e prática na América Latina.** Tradução de Maria Helena Robeiro da Cunha e Maria Cecília Queiroz Moraes Pinto. São Paulo. Editora Cultrix. 1980, p. 10.

comunicacional, numa relação que se trava entre “autor, obra, difusores e o público”.

Para o autor, a análise do processo artístico compreende tanto a explicação da estrutura interna e subjetiva da obra quanto à ação concreta que a obra efetua de transformação ou mesmo de confirmação – real ou imaginariamente – das reações sociais.

Aliás, toda essa rebeldia da arte de rua que faz dela um movimento visual popular pressupõe a intervenção no espaço urbano, e, em algumas cidades do mundo a prática não só não é proibida, mas estimulada pelas autoridades, como em Melbourne (Austrália), Tesnov (Praga), bairro de Queens (Nova York), dentre outras.

II. ALGUMAS DECISÕES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E EUROPA

Recentemente a discussão ganhou contornos judiciais na Corte Distrital da Califórnia, após a modelo Gigi Hadid ter desfilado em 2015 um vestido da Moschino⁸ para a coleção de outono/inverno da grife de luxo, nas passarelas de Milão, com uma estampa que reproduzia o grafite ‘Vandal Eyes’ do artista de rua Joseph Tierney, conhecido pelo pseudônimo de Rime.

Apesar do acordo feito em abril de 2016 entre Rime e o criador Jeremy Scott, a ação foi reaberta contra a Moschino. Segundo a imprensa local, Rime não formalizou qualquer acordo com a Moschino e pretende ser indenizado na medida dos lucros obtidos, pela empresa, quanto ao uso indevido de sua obra nos vestidos e outros itens da coleção. A obra seria fruto de um grafite feito pelo artista, em 2012, num edifício de Detroit.

A defesa da grife italiana, contudo, parece ter enveredado por um caminho nada usual, que poderá custar-lhe a causa. Isto porque, além de suscitar que uma obra grafitada não teria proteção autoral por ser ilegal, faz uma comparação tormentosa entre o pleito de Rime e eventuais direitos que o assassino de uma jovem mulher em Los Angeles, nos idos de 1947, poderia ter requerido à polícia e à imprensa pela divulgação indevida de imagens do corpo de Elizabeth

⁸ <http://observer.com/2015/08/moschino-tagged-with-lawsuit-by-graffiti-artist/>.

Short. O caso que, ficou conhecido como *Black Dalia*, chocou os Estados Unidos, não só pela brutalidade perpetrada contra uma jovem garçonne, pelas mutilações que deceparam em duas partes o corpo e pelas cicatrizes na face e nos membros, que deixaram marcas como desenhos de horror estampados na vítima.

Diz a defesa⁹:

“Tal pleito audacioso deve ser rejeitado. Depois de tudo, o copyright é um monopólio concedido pelo governo, um privilégio que somente pode ser conferido aqueles que ‘promovem o Progresso da Ciência e da arte utilitária’ U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8. E, não há qualquer fundamento para que assassinos devam ser recompensados com esse tal monopólio, pela fixação dessa atividade criminosa. Em resumo, descarada e intencional violação da lei não pode e não deve resultar em privilégio autoral. A prova incontroversa dos autos mostra que o autor cometeu um ato criminoso ao criar a obra objeto desta ação, o trabalho de grafite conhecido como ‘Vandal Eyes’. Como o próprio nome do grafite diz (e o vídeo de Rime no seu website demonstra quando da sua criação admite) o grafite representa ato de vandalismo e trespass. E, ao contrário do que alega, sem provas, em seu pedido inicial, Rime não procurou obter permissão para os seus atos daquele que era o proprietário do prédio no endereço 4559 Wesson Street, Detroit, Michigan 48210. Em poucas palavras, a verdade sobre ‘Vandal Eyes’ é que se trata de um crime ¹⁰”.

A defesa de Rime mostrou-se eloquente para acirrar a discussão, *verbis*:

*“Pela logica do réu, não haveria proteção autoral para (...) Jack Kerouac se ele tivesse escrito **On the Road** com o uso de uma*

⁹ <https://streetartandlaw.wordpress.com/2016/05/01/rime-vs-moschino-does-illegal-street-art-have-copyright-protection/>.

¹⁰ Tradução livre de “Such an audacious claim would properly be rejected. After all, copyright is a government-granted monopoly, a privilege given only to those who “promote the Progress of Science and useful Arts.” U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8. And there is no basis to think that felons should be rewarded with a government-sanctioned monopoly for the tangible fixation of their felonious activity. In short, brazen and willful violations of the law cannot and, indeed, should not result in the award of copyright privileges. The undisputed evidence in this suit shows that Plaintiff committed a felony in creating the subject matter of this lawsuit: the graffiti work known as “Vandal Eyes.” As the very name of his graffiti work (and the video RIME has posted on his website about his creation) admits, “Vandal Eyes” was an unapologetic act of vandalism and trespass. And, contrary to his conclusory and unsupported allegation in his Complaint, RIME unequivocally did not seek or obtain any permission for his actions from the owner of the building at 4559 Wesson Street, Detroit, Michigan 48210 which “Vandal Eyes” defaced. In short, true to its title, “Vandal Eyes” was a felony”.

máquina de escrever furtada. Ou mesmo para William Burroughs, se ele tivesse escrito Naked Lunch enquanto estivesse sob a influencia do uso de substâncias ilegais”.

Em seguida, algumas breves considerações publicadas no **Street Art & Law**¹¹, sob o título: "*RIME vs. Moschino: does illegal street art have copyright protection?*"¹²:

“1.) A lei de direitos autorais dá proteção às obras originais fixadas em meio tangível de expressão (e a obra feita num mural, ainda que efêmera, encontra amparo nos requisitos da lei;

2.) A natureza ilícita da realização da obra não a desnatura para efeitos de proteção autoral;

3.) Se a natureza ilícita do processo de criação afetasse sua proteção autoral, uma arte feita com spray roubado não deveria ser protegida;

4.) (...) marcas têm características de bens privados enquanto o copyright tem natureza de bem público; ao contrário do copyright, a legislação marcária não se relaciona com a disseminação de conhecimento e não enriquece o domínio público, marcas relacionam-se ao mercado de bens, enquanto o copyright refere-se ao mercado das ideias. The First Amendment protege a liberdade de expressão;

¹¹ Tradução livre do **Street Art & Law**.

1. “Copyright law grants copyright protection to original works of authorship fixed in any tangible medium of expression (and the artwork on a mural even if ephemeral meets copyright’s fixation requirement).

2. Nature of a work (the illicit content of the work, but a fortiori the illicit process to realize the work) does not affect the rights or defenses that the Copyright Act provides.

3. If the illicit process of creation should affect the copyrightability of the work also an artwork realized with stolen spray cans or a painting of a landscape created by an artist trespassing someone else’s property would not be protected.

4. Unlike Copyright Act, Lanham Act prohibits registration of any trademark that “consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt”. The reasons for denying the trademark registration in this context, is the potential risk that the government would be viewed as approving of such a scandalous mark (Timothy R. Holbrook, **The Expressive Impact of Patents**, 84 WASH. U. L. REV. 573); trademarks have characteristics of private goods, whereas copyright has characteristics of public goods; unlike copyright, trademark law is not concerned with the dissemination of knowledge and does not enrich the public domain; trademarks are concerned with the marketplace of goods while copyright mainly concerns with the marketplace of ideas. The First Amendment protect the right to freedom to speech.

5. The unclean hands defense should not be applicable when there is not a strong nexus between the illegal conduct and the copyrights, and if the Defendant (the infringer) is not directly harmed by the illegal conduct (the only one directly eventually affected by illegal graffiti is the property owner and not the third party infringer).

6. Copyright law distinguishes between the work and the physical support that embodies it. Consequently while the illicit conduct of the street artist is punished with civil sanctions and criminal penalties (the unlawful process on the physical support), copyright should be neutral towards works even if created by illegal means”.

5.) *A teoria da defesa ‘unclean hands’ não deve ser aplicada quando não existe um forte nexos causal entre a conduta ilegal e o copyright;*

(...)

7.) *A lei do copyright faz distinção entre o trabalho/obra e o suporte físico que a apresenta. Consequentemente, enquanto uma conduta ilícita de um artista de rua é punível com sanções civis e criminais, o copyright deve ser neutro em relação as obras ainda que criadas por meios ilegais.”*

Além desse caso, outros merecem a nossa reflexão, sobretudo diante da falta de um entendimento uníssono acerca da possibilidade ou não de se proteger uma obra grafitada, seja nos Estados Unidos da América, na Inglaterra ou em outras legislações esparsas.

Outro recente - *The Creative Foundation vs. Dreamland Leisure Limited and others*¹² (2015) -, envolveu a retirada, pelos locatários, da obra grafitada (*Art Buff*), supostamente pintada por *Banksy* nos muros de um prédio em Folkestone, cidade litorânea nos arredores de Londres. A intenção dos locatários era vender o grafite, que atinge cifras elevadas, em leilões nos Estados Unidos. O juiz Arnold, da mais alta Corte da Grã-Bretanha, no entanto, evitou ingressar na seara do direito autoral, apesar de sugerir que uma obra grafitada teria proteção do *copyright*.

A falta de consenso da proteção ou não das obras no campo do direito autoral provocou também um embate direto entre artistas de rua e José Carlos Martinat¹³, peruano, dono de uma galeria de artes em Buenos Aires. Martinat cuidadosamente removeu ‘pedaços’ de obras grafitadas das ruas, feitas nos imóveis, sem a permissão de seus proprietários. A venda e a exposição das peças causaram violentas reações dos grafiteiros locais, que, durante a noite de lançamento, destruíram as obras.

A digressão sobre a proteção do direito autoral do que seria proibido por ausência de autorização dos proprietários de imóveis ou da ‘superfície’ em que as mesmas são produzidas recebe atenção

¹² <http://swarb.co.uk/the-creative-foundation-v-dreamland-leisure-ltd-and-others-chn-11-sep-2015/>.

¹³ jipel.law.nyu.edu/vol-2-2-lerman/.

quando pensamos em ‘criação original em suporte tangível’, sobretudo pela Constituição Americana, quando o tema pode ser inserido em “*The Progress of Science and Useful Arts*”.¹⁴

Antes de adentrarmos, contudo, na análise de outros casos que suscitam a discussão autoral das obras grafitadas, é fundamental que se diga que a proteção contra sanções civis depende da autorização do detentor do imóvel, ainda que feita por artista de renome.

Sob este aspecto, o **Journal of Intellectual Property & Entertainment Law NYU – JIPEL**¹⁵ dá vivos exemplos desta cultura, que permeia o *nonsense* quando mantém obras de artistas polêmicos, mas consagrados, como Keith Haring e Jean-Michel Basquiat, não sem antes mudar o nome da obra ou consultar a população sobre se a mesma é ou não adequada para os padrões morais consentâneos com a realidade.

O governo de Bristol, na Inglaterra, por exemplo, decidiu manter, segundo o jornal americano, um controvertido mural de Banksy após uma pesquisa aberta de opinião em que os cidadãos locais votaram maciçamente pela preservação da obra no local (93% a favor).

A tal obra que precisou ser ‘consultada’ para receber proteção estatal trazia a cena de uma mulher de roupa íntima, seu marido ciumento e o amante pendurado do lado de fora da janela.

Já a obra de Haring, intitulada “*Crack is Wack*” (1986), para denunciar a epidemia de crack, foi mantida pelo governo de Nova York, após a morte do renomado artista, sob a nova alcunha de “*The Crack is Wack Playground*”. Não é preciso dizer que a obra estava avaliada em milhões de dólares.

Todo esse cenário nos faz reavaliar valores e pensar se soa minimamente razoável que promotores de justiça, sobretudo nos Estados Unidos da América, lutem pela aplicação de sanções criminais, as mais severas na esfera jurídica, em determinados casos, e, em outros, o mesmo Estado consagre proteção ao grafite, reverenciando-os.

Da mesma forma, um julgamento da Corte Suprema da Alemanha em 1997 entendeu que uma obra grafitada na parede de Berlin seria beneficiada com a proteção do *copyright*, apesar de não se negar que o ato seja passível de condenação criminal.

¹⁴ U.S. Const. art. 1, § 8, cl. 8.

¹⁵ jipel.law.nyu.edu/vol-2-2-lerman/.

Mas nenhum outro episódio parece ter causado tanta comoção quanto o ‘apagão’ das paredes do *5Pointz*, em Long Island City, conhecido como o ‘reduto sagrado’ dos artistas de rua do mundo todo, inclusive Banksy, que, por décadas, sem oposição de quem quer que seja, picharam seus prédios num franco exercício de liberdade de expressão. Os artistas buscavam o tombamento do bem, porém, a falta de aspectos arquitetônicos dos prédios e o tempo dos grafites com pouco menos de 30 anos inviabilizaram a referida pretensão.

Logo após o incidente que varreu de branco as paredes do *5Pointz*, durante uma noite de novembro de 2013, o **The New York Times**¹⁶ publicou matéria jornalística com duras críticas aos proprietários dos prédios, Jerry Wolkoff e seu filho David. Apesar de ambos afirmarem possuir uma autorização judicial para a demolição dos prédios, bem como o alvará da Prefeitura para a construção de um condomínio de luxo no local, não passou despercebida a ironia do proprietário de ser uma verdadeira ‘tortura’ a retirada ‘pedaço por pedaço’ das obras de mais de 1.500 artistas do local.

As discussões judiciais incorporam várias interpretações do *Visual Artists Rights Act of 1990* (VARA), que dispõe em seu § 113:

“§ 113. Scope of exclusive rights in pictorial, graphic, and sculptural works:

(a) Subject to the provisions of subsections (b) and (c) of this section, the exclusive right to reproduce a copyrighted pictorial, graphic, or sculptural work in copies under section 106 includes the right to reproduce the work in or on any kind of article, whether useful or otherwise.

(b) This title does not afford, to the owner of copyright in a work that portrays a useful article as such, any greater or lesser rights with respect to the making, distribution, or display of the useful article so portrayed than those afforded to such works under the law, whether title 17 or the common law or statutes of a State, in effect on December 31, 1977, as held applicable and construed by a court in an action brought under this title.

16 **Night Falls, and 5Pointz, a Graffiti Mecca, is Whited Out in Queens**. Cara Buckley and Marc Santora, nov. 19, 2013.

(c) In the case of a work lawfully reproduced in useful articles that have been offered for sale or other distribution to the public, copyright does not include any right to prevent the making, distribution, or display of pictures or photographs of such articles in connection with advertisements or commentaries related to the distribution or display of such articles, or in connection with news reports.

(d) (...)

(1) a case in which –

(A) a work of visual art has been incorporated in or made part of a building in such a way that removing the work from the building will cause the destruction, distortion, mutilation, or other modification of the work as described in section 106A(a)(3), and

(B) the author consented to the installation of the work in the building either before the effective date set forth in section 610(a) of the Visual Artists Rights Act of 1990, or in a written instrument executed on or after such effective date that is signed by the owner of the building and the author and that specifies that installation of the work may subject the work to destruction, distortion, mutilation, or other modification, by reason of its removal, then the rights conferred by paragraphs (2) and (3) of section 106A(a) shall not apply.

(2) If the owner of a building wishes to remove a work of visual art which is a part of such building and which can be removed from the building without the destruction, distortion, mutilation, or other modification of the work as described in section 106A(a)(3), the author's rights under paragraphs (2) and (3) of section 106A(a) shall apply unless-

(A) the owner has made a diligent, good faith attempt without success to notify the author of the owner's intended action affecting the work of visual art, or

(B) the owner did provide such notice in writing and the person so notified failed, within 90 days after receiving such notice, either to remove the work or to pay for its removal.”

No direito francês, o artigo L322-1 e alíneas do Código Penal¹⁷ pune severamente atos de terceiros que levem a destruição, a degradação ou a deterioração de bens de terceiros. E, apesar de reduzir a pena quando o ato decorre de inscrições, desenhos, plotagens em fachadas, muros ou veículos, a jurisprudência vem mantendo o entendimento de que se o dano causado ao bem não é de menor importância, i.e., é capaz de afetar a substância do bem, quando da retirada do grafite, a pena não deve ser reduzida.

Neste sentido, confira-se a decisão do *Tribunal de Grande Instance de Besaçon*¹⁸, 12 de setembro de 2005:

“Il a ainsi par exemple été jugé que le fait de «taguer» la façade d’un mur avec une peinture indélébile constituait un dommage lourd du fait de l’impossibilité d’enlever facilement les inscriptions sans dégrader la substance même du support. (numéro 050055669).”

Em que pese ser esse o entendimento dos Tribunais na França, a SNCF – La Société Nationale des chemins de fer français” -, teve seu pedido de impedir a divulgação de imagens de vagões com pichações em revistas negado (CA Paris 27, setembro 2006, SNCF/Graffiti!Production!).

Para a doutrina especializada, entretanto, a repercussão da decisão do Tribunal francês vai além¹⁹:

“Seulement le Tribunal de commerce de Paris explique que ce trouble anormal ne peut pas s’appliquer dans la mesure où les wagons ne sont pas photographiés en tant que tels mais en tant que support des graffs. Cette réflexion paraît d’une évidence

¹⁷ La destruction, la dégradation ou la détérioration d’un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d’emprisonnement et de 30000 euros d’amende, sauf s’il n’en est résulté qu’un dommage léger. Le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain est puni de 3750 euros d’amende et d’une peine de travail d’intérêt général lorsqu’il n’en est résulté qu’un dommage léger Article L. 322-1 du Code Pénal.

¹⁸ <http://dimeglio-avocat.com/la-protection-du-street-art/>.

¹⁹ <http://www.revueragain.com/lart-urbain-devant-les-juges/>.

banale du point de vue de la pratique artistique, mais ses implications en droit sont décisives: si les graffitis n'étaient qu'une simple dégradation, le sujet des photos aurait été les wagons dégradés. Si un graff peut être sujet en lui-même c'est qu'il existe autrement que pour la détérioration de son support, c'est qu'il n'est pas considéré comme un acte exclusif de dégradation».

Segundo Arnaud Dimeglio²⁰, *in La Protection du Street Art*, a jurisprudência francesa começa a reconhecer a arte de rua, *'malgrado a sua natureza ilícita, podendo inclusive beneficiar-se de proteção jurídica'*.

O que se percebe é que os julgados que concedam ao artista prazo para a retirada da obra²¹ o fazem também dentro de uma ponderação entre o direito moral do autor e o direito de propriedade do imóvel, prevalecendo este último.

Assim, como se vê das decisões prolatadas nos Estados Unidos e na Europa, a preocupação circunscreve-se ao direito de propriedade, deixando de lado, na maioria das vezes, a preocupação autoral.

III. OS TRIBUNAIS BRASILEIROS:

Veja-se o precedente da 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0139036-39.2009.8.26.0100, em 15/05/2014, sobre a matéria:

“GRAFITISMO. MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA E CULTURAL. PROTEÇÃO PELOS DIREITOS AUTORAIS. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. USO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DOS AUTORES NOS DESENHOS. PRESUNÇÃO DE CONHECIMENTO PELA RÉ QUE NÃO TEM SUSTENTAÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL QUE ADVÉM DA POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR DO GRAFITE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Grafite. Descriminalização da conduta pela Lei nº 9.605/98. Contribuição para o desenvolvimento da atividade. Manifestação artística e cultural. Proteção pelos direitos autorais. 2. Pedido de indenização. Uso de

²⁰ DIMEGLIO, Arnaud. Avocat à la Cour. *La protection du Street Art*.

²¹ Tribunal de Grande Instance de Paris, 13 octobre 2000, M.A et al.c/ M.L.

grafite dos autores em publicação de revista. Ausência de identificação da autoria do grafite nos desenhos. Proteção legal que exsurge da possibilidade de identificação da autoria. Presunção de conhecimento da autoria pela ré que não se sustenta. 3. Convenção de Berna. País signatário. Identificação como fato gerador de direitos. 4. Ausência de conduta ilícita da ré. Grafite em local público, sem assinatura. Ausência que faz incidir a regra do art. 45, inc. II, da Lei dos Direitos Autorais. Domínio público. Improcedência mantida. Recurso não provido.”

Apesar da improcedência do pedido, vale consignar que o voto exigiu a possibilidade de identificação *da autoria do grafite* para atender-lhe à proteção merecida na lei, o que, segundo o voto da maioria, não foi comprovado nos autos. Além disso, o voto discorre sobre a recuperação de jovens marginalizados pela arte, *in verbis*:

Conforme explicam Leonardo de Medeiros Garcia e Romeu Thomé, com abono da doutrina de Ivette Senise Ferreira, “*Grafite significa ‘palavra, frase ou desenho, geralmente de caráter jocoso, informativos, contestatório ou obsceno, em muro ou parede de local público’.* A partir do movimento contracultural de maio de 1968, quando os muros de Paris foram suporte para inscrições de caráter poético-político, a prática do grafite disseminou-se pelo mundo. De lá pra cá, tal prática recebeu contornos antissociais. A conotação negativa do grafite tornou-se objeto de combate pelas sociedades”.

E prosseguem os referidos autores: “*No Brasil, grafitar edificação ou monumento urbano passou a ser considerado crime ambiental em 1998, com a edição de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), que tipificou esta conduta em seu artigo 65. A redação originária de referido diploma cominava a sanção de detenção de três meses a um ano, além da multa, a quem desrespeitasse a norma legal. Mesmo com a criminalização da conduta de grafitar monumento urbano, os muros dos gran-*

des centros urbanos passaram a ser palco de manifestação de pensamento com viés diverso daquela atividade outrora equiparada à pichação: além de apresentarem como pinturas e desenhos com conotação artística, os traços de grafite surgiam como instrumento para recuperação de jovens marginalizados e como oportunidade para o desenvolvimento e reconhecimento de talentos artísticos que provavelmente seriam ignorados pela sociedade. O grafite passou a ser considerado forma de expressão incluída no âmbito das artes visuais, distanciando-se gradativamente do conceito de pichação ou de mácula ao meio ambiente urbano". E concluem os autores: '*A legislação de proteção ambiental, sensível ao amadurecimento da opinião pública, entendeu por descriminalizar o ato de grafitar'* (**Direito Ambiental**, Ed. Juspodvim, 6ª ed., p. 422/423). Prédios urbanos contribuíram para o desenvolvimento da atividade, que passou a ser vista, em âmbito social, como manifestação artística e cultural, e no âmbito individual passou a ser protegida pelos direitos autorais. Nesse passo, o grafite lícito, qual seja aquele efetuado com base nas regras contidas no referido § 2º do art. 65 da Lei nº 9.605/1998, chamado pelos apelantes de graffiti arte - está inserido no conceito estabelecido no *caput* do art. 7º da Lei nº 9.610/98, como obra intelectual protegida, porquanto criação do espírito, e está classificado no respectivo inc. VIII como 'as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética'. Com fundamento na Lei dos Direitos Autorais, os apelantes sustentaram que são os autores de grafite realizado em local privado, mas de acesso público, que foi indevidamente utilizado pela apelada em fotografias de editorial de moda de revista por ela editada. Não houve menção do grafite na revista e tampouco houve autorização e pagamento pelo uso dos desenhos utilizados como fundo dos retratos. Os apelantes pediram a condenação da ré em indenização e em obrigação de fazer, consubstanciada na divulgação da identidade dos autores do grafite em jornal de grande circulação. Sucede que a ré alegou em sua defesa que os

grafites não estavam identificados e do exame das fotografias publicadas e dos documentos juntados aos autos é possível verificar a falta da identificação do autor da atividade artística nos desenhos realizados (fls. 33/37 e fls. 79/88) de Arte Contemporânea de São Paulo e que suas obras têm similitudes que permitem conhecer a autoria. Contudo, essas alegações não são suficientes a concluir que a ré tinha condições de saber que estava utilizando grafite de sua autoria. A produção intelectual e artística atual é vasta e acolhe número indeterminado de artistas nos mais amplos campos de manifestação cultural, inclusive na criação artística urbana, da qual os apelantes se dizem expoentes. Extrai-se dessa realidade que há uma intensa profusão de obras, pinturas e desenhos espalhados pela cidade, dos mais variados tamanhos, modelos e cores, em edificações públicas e privadas, que torna impossível ao leigo conhecer a autoria dos desenhos que não contém identificação.

Além disso, verifico que os apelantes tampouco trouxeram aos autos outros grafites por eles pintados, em locais urbanos conhecidos, ou outras publicações de desenhos por eles feitos que pudessem ao menos demonstrar que a apelada, dentro da linha de atividade que desenvolve, tinha meios de saber ou de encontrar o autor dos grafites.

É possível concluir, portanto, que a proteção legal conferida ao direito autoral reclamado pelos apelantes advém da possibilidade de identificação de sua autoria, o que não ocorreu no caso dos autos.

Vale lembrar que o Brasil é signatário da Convenção de Berna, promulgada pelo Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1.975, e da qual se extrai, no art. 15, item 1, que a proteção autoral surge a partir da identificação de seu autor: 'Para que os autores das obras literárias e artísticas protegidos pela presente convenção sejam, até prova em contrário, considerados como tais e admitidos em consequência, perante os tribunais dos países da União, a

proceder judicialmente contra os contrafatores, basta que os seus nomes venham indicados nas obras pela forma usual. O presente parágrafo é aplicável mesmo quando os nomes são pseudônimos, desde que os pseudônimos adotados não deixem quaisquer dúvidas acerca da identidade dos autores’.

Logo, não tendo os apelantes identificado seus grafites, não há como se reconhecer que a conduta da apelada foi ilícita, de modo que não procede o pedido de indenização, que tem por fundamento a utilização indevida de obra artística, situação não verifica no caso dos autos. O autor que não identifica a sua obra, gravada em muros e locais públicos, não pode esperar receber a proteção autoral, porque não é razoável impor a terceiro que credite a ele a autoria ou indenize o uso da obra deixada sem assinatura à própria sorte em local público (...)”(grifei)

E trechos do voto vencido que traz importante reflexão sobre o tema, *verbis*:

“(...) A r. sentença julgou improcedentes os pedidos, uma vez que “não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores” (...) “e, como se vê do caso em estudo, não consistia a reprodução da criação dos autores o objetivo da publicação da revista. Ao contrário, visa a edição, como salientado na própria réplica, a comercialização de vestuário esportivo, utilizando como cenário o graffiti, exposto na via pública”. Respeitado o entendimento do i. Magistrado de primeiro grau, a decisão não merece prosperar. De fato, não há expressa e indispensável autorização para reprodução das obras dos

autores, condição, por sinal, confessada pela ré. A alegação de que as obras, por se situarem em logradouros públicos, autorizam a sua livre representação por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais, conforme o artigo 48 da lei nº 9.610/98, não afasta a responsabilidade da ré de remunerar os autores pela reprodução das obras, uma vez que valorizaram o resultado final do ensaio fotográfico realizado, obtendo lucro com a tiragem de exemplares da revista que divulgou o material publicitário.

Se os “graffitis” não agregassem valor ao material publicitário e, assim, ao produto a que se está pretendendo comercializar, como alega a ré, não teria ela elegido justamente o local onde se situam as obras artísticas para servirem de “pano de fundo” das fotos com os produtos postos à venda pela revista.

Além do mais, mesmo que fosse o caso de alienação pelos autores de suas obras à Municipalidade, não implica que se tornaram de domínio público, não se afastando a necessidade de autorização prévia e expressa, presumindo-se onerosa quando a finalidade é a obtenção de lucro, como no caso dos autos, com a pretensão de comercialização de artigos esportivos cujo material publicitário foi enriquecido com a reprodução das obras dos autores ao fundo dos produtos expostos, atraindo a atenção dos consumidores.

Fazendo uma interpretação analógica dos artigos 77 e 78 da Lei nº 9.610/98, referentes à utilização de obras de artes plásticas, extrai-se o entendimento, pela sistemática lógica da legislação, de possibilidade de sua aplicação para qualquer modalidade de arte nela tratada. Art. 77: “Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la.” Art. 78: “A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer

processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa”. O Colendo Superior Tribunal de Justiça bem elucidou sobre esta questão, da necessidade de se conjugar o artigo 48 com os artigos 77 e 78 da Lei nº 9.610/98: “À toda evidência, a mera reprodução por fotografia de uma obra exposta em logradouro não configura ilicitude. A aludida norma legal dá essa liberdade, bem como a sua representação por outros meios. Porém, o sentido da liberdade há que ser conjugado com os direitos assegurados nos arts. 77 e 78 do mesmo diploma, que versam sobre a utilização da obra, portanto o seu proveito de ordem econômica, como geradora de renda para terceiros, alheios à sua confecção. Se o intuito é comercial direta ou indiretamente, a hipótese não é a do art. 48, mas a dos arts. 77 e 78. Destarte, no momento em que a foto serve à ilustração de produto comercializado por terceiro para obtenção de lucro e sem a devida autorização, passa-se a ofender o direito autoral do artista, agravado, na espécie, pelo fato de não ter havido sequer alusão ao seu nome. Anoto que ainda poderia haver tolerância em relação a certas situações, como veiculação de propaganda turística, cultural e, outras do gênero, posto que inerente à atividade essencial à reprodução de paisagens, logradouros e outros bens públicos. Mas não é esse o caso dos autos. Importante, ainda, para a elucidação da presente demanda a distinção entre ‘logradouro público’ e ‘domínio público’, isto porque as referidas condições não resultam em igualdade de tratamento. A obra de arte colocada em logradouro público, embora seja um patrimônio público, gera direitos morais e materiais para o seu autor. (...) O certo é que a reprodução fotográfica das esculturas do autor embelezaram o produto da ré, sem qualquer contrapartida econômica para o artista, que vive dos frutos do seu trabalho.” (STJ, 4ª Turma, REsp. nº 951.521/MA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.03.2011, m.v.). Caso também destes autos. Assim, embora as obras produzidas pelos autores se encontrem em

logradouro público, não se presume a autorização para reprodução por quem quer que seja, ainda mais quando há proveito econômico por quem as utilizou sem a prévia autorização e sem o retorno financeiro aos autores. (...) Daí porque, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO ao recurso**". (grifei)

A discussão quanto à exploração comercial da obra autoral, ainda que exposta em ruas e muros pela cidade, convém à correta aplicação dos artigos 77 e 78 da Lei 9.610/98.

Por outro viés, muito embora exista uma tímida discussão no cenário pátrio acerca do direito urbanístico e a proteção no campo ambiental, a jurisprudência pátria tem se concentrado nas questões de ordem penal.

Senão vejamos alguns arestos, *in verbis*:

JUIZADO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PICHANÇA. CONDENAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE DE LASTREAR O DECRETO CONDENATÓRIO. LAUDO. NAO VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1 - A CONDENAÇÃO PENAL PODE SE LASTREAR APENAS NA PROVA TESTEMUNHAL, DESDE QUE HARMÔNICA E CONVERGENTE. E NO CASO PRESENTE, A PROVA ORAL É CORROBORADA PELA PRESUNÇÃO DECORRENTE DA PRISÃO EM FLAGRANTE E O FATO DO AUTOR DA INFRAÇÃO AINDA PORTAR A LATA DE TINTA (SPRAY), COM A QUAL HAVIA PINTADO O MURO DA IGREJA. 2 - PELO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO, O JULGADOR NÃO ESTÁ ADSTRITO A QUAISQUER DOS MEIOS DE PROVAS. NESTE PASSO, É POSSÍVEL O AFASTAMENTO DO LAUDO PERICIAL REALIZADO NA LATA DE TINTA, QUAN-

DO A PROVA TESTEMUNHAL É IRREFUTÁVEL QUANTO AO FATO DE O AUTUADO EM FLAGRANTE SER O AUTOR DA PICHANÇA. ADEMAIS, AS CONCLUSÕES DESFAVORÁVEIS DA PERÍCIA FORAM APENAS PORQUE FALTAVA A VÁLVULA DA LATA DE TINTA, QUANDO DE SUA REMESSA AO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA. 3-RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-DF - APJ: 20120910071337 DF 0007133-80.2012.8.07.0009, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 18/03/2014, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/04/2014. Pág.: 197)

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DESCRITO NO ARTIGO 65, *CAPUT*, DA LEI 9.605/98. ADOLESCENTE APREENDIDO NA POSSE DOS MATERIAIS USADOS PARA PICHANÇA DE IMÓVEL URBANO, LOGO APÓS A PRÁTICA DO FATO. VALIDADE DA PROVA. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70067414524, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 16/03/2016). (TJ-RS - AC: 70067414524 RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 16/03/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/03/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. PICHANÇAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. EXAME DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. O conteúdo das pichanças ratifica a tese inicial, que aponta os apelantes como autores do ato infracional análogo ao contido no art. 65 da Lei nº 9.605/98. Adequada a aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo período de 01 mês, pois observa os princípios do ECA, características pessoais dos representados e do ato infracional. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70055513535, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 31/10/2013) (TJ-RS - AC:

70055513535 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 31/10/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/11/2013)

IV. MINIMALISMO JUDICIAL

Pode-se observar com certa facilidade que as decisões proferidas tanto nos EUA quanto na Europa abraçam o minimalismo judicial de Cass Sunstein, em oposição ao constitucionalismo democrático idealizado por Reva Siegel e Robert Post.

Sunstein²² explica, *verbis*:

“Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo.”

Em sentido oposto, Robert Post e Reva Siegel, ambos professores da Yale Law School, sustentam que, em muitos casos, decisões judiciais aparentemente simplistas não dão à Constituição a interpretação sensível que esta merece, deixando de lado as minorias estigmatizadas e os movimentos sociais que brotam das sociedades plurais. Esses autores do Constitucionalismo democrático defendem a prática do ativismo judicial, além de um maior aprofundamento das decisões diante do caso concreto.

É possível também enxergarmos as questões mais delicadas segundo a óptica das teorias do Direito, segundo Dworkin²³. Segundo o autor, em linhas gerais, “essas teorias foram divididas, tanto por seus autores quanto pelos críticos, em dois grupos: as teorias

22 SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999.

23 DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Editora Martins Fontes. 2016. P. 342.

positivistas do direito, que insistem em que aquilo que o direito de qualquer jurisdição exige ou permite é apenas uma questão social de fato, e as teorias antipositivistas, para as quais aquilo que o direito exige depende às vezes não apenas de fatos sociais, mas também de questões normativas controversas que incluem questões morais”.

Ainda, segundo os defensores do minimalismo, os Tribunais não devem interferir em questões que vão além do caso concreto e que possam posteriormente “causar arrependimento e refluxo social”²⁴ como o polêmico caso - *Roe versus Wade* -, sobre o aborto.

V. CONCLUSÃO

A constatação de que é o minimalismo o suporte escolhido para ancorar as decisões judiciais não faz dele a melhor opção; ao contrário, traz insegurança num cenário já hostilizado e deixado à deriva para milhares de artistas de rua. Os juízes nos Estados Unidos e na Europa começam, no entanto, a deixar ‘escapar’ algumas linhas (boas ou ruins, não importa) quando discorrem sobre esse tipo de arte marginalizada, encarando-a no contexto do direito autoral.

A arte, enquanto forma de representação da realidade, não deve ser menosprezada mesmo que não compreendida. O silêncio dos muros coloridos há décadas contém imagens e denúncias que não escapam àqueles que percorrem as ruas das grandes cidades, e, a sua percepção por juízes, diante de eventual contenda, deveria ampliar-se para a seara do direito autoral. ❖

24 CRISTIANETTI, Jessica. FORTES DO REGO, Carlos Eduardo Reis. *Minimalismo, Constitucionalismo Democrático e o Refluxo Social em Roe Rage*.

Planejamento e Princípio da Precaução

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor coordenador do curso de pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor visitante da Escola de Direito-Rio, da Fundação Getúlio Vargas.

Thaís Boia Marçal

Advogada no Rio de Janeiro. Mestranda em Direito da Cidade pela UERJ.

RESUMO: O princípio da precaução é importante instrumento de tutela do meio ambiente. De modo a coaduná-lo com os demais princípios constitucionais, imperioso é que se o analise de modo a não o banalizar e, por efeito, a impedir o desenvolvimento nacional sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da precaução. Teoria do medo. Planejamento.

TITLE: Planning and the precautionary principle.

ABSTRACT: The precautionary principle is an important environmental protection tool. In order to align it with other constitutional principles, it is imperative to conduct an analysis that avoids its trivialization and object the national development plan.

KEYWORDS: Precautionary Principle. Fear theory. Planning.

SUMÁRIO: 1. Princípio da precaução: noções gerais. 2. A teoria do medo e o princípio da precaução. 3. Planejamento estatal e princípio da precaução: em busca de uma relação harmônica. 4. Síntese conclusiva.

1. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: NOÇÕES GERAIS

Na etimologia do vocábulo precaução, segundo **ÉDIS MILARÉ**¹, encontra-se o substantivo do verbo precaver (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), a sugerir cuidados antecipados com o desconhecido, cautela para que uma atitude ou ação não venha a resultar em efeitos indesejáveis.

Associada ao conceito de princípio, a precaução, no dizer de **PAULO AFFONSO LEME MACHADO**², é fundamental na construção de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida. É da essência do princípio da precaução a pública e transparente avaliação de riscos, de preferência inserida em estudos de impacto ambiental.

A compreensão do tema também passa pela definição proposta por **JUAREZ FREITAS**³, para quem o princípio da precaução vincula-se aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, bem como de sustentabilidade ambiental; é a tradução da busca da proteção da existência humana, pela preservação de seu ambiente e a garantia da integridade da vida humana⁴.

A raiz constitucional do princípio está no art. 225 da CR/88 e ilustra a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005, art. 1º)⁵, mas sua origem, na asserção de FREITAS, remonta, historicamente, aos anos 60, na Suécia e na Alemanha, até que a Declaração Rio 92 o estabeleceu de forma cogente para o direito ambiental⁶.

FRANCISCO CHAVES GENEROSO ressalta que o princípio da precaução foi incorporado ao ordenamento jurídico positivo brasileiro com a adesão, ratificação e promulgação de convenções internacionais, tanto que veio a ser projetado no art. 225 da Constituição Federal e no art. 54, § 3º, da Lei nº 9.605/1998.⁷

1 MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

2 MACHADO, Paulo Affonso Leme. "O princípio da precaução e a avaliação de risco". **Revista dos Tribunais**, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 50.

3 DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167.

4 *Ibidem*, p. 167.

5 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 288.

6 Idem. "Princípio da precaução e o direito fundamental à boa administração pública". **Revista de Direito do Estado**, ano. 2, n. 7, jul/set. 2007, p. 205.

7 GENEROSO, Francisco Chaves. "Acesso à justiça ambiental: a liminar na ação civil pública e os princípios da prevenção e da precaução". In: BARDINI, Luciano (coord.). **Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 59.

Caso se admita a absorção do princípio da precaução pelo princípio da prevenção, poder-se-ia alcançar a mesma conclusão a respeito de sua sede constitucional, como assinala **CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO**, *verbis*:

“no plano constitucional o art. 225 estabelece efetivamente o princípio da prevenção, sendo certo que o chamado ‘princípio da precaução’, se é que pode ser observado no plano constitucional, estaria evidentemente colocado dentro do princípio da prevenção”⁸.

Sobre o disposto no art. 225 da CR/88, **JOSÉ AFONSO DA SILVA** destaca-lhe a importância para a tutela do direito ao meio ambiente equilibrado, por meio da qual se cunha a natureza jurídica da precaução como norma-princípio, ou norma-matriz, substancialmente relevadora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁹.

A jurisprudência do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** também atribui origem constitucional ao princípio da precaução, conforme se depreende de reiterados precedentes, *vg*:

a) PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. (omissis) Tal responsabilidade decorre exatamente do sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, no qual se inserem normas constitucionais (notadamente o art. 225, inc. V, da CR/88), infraconstitucionais (Leis nº 6.938/81 e 9.605/98, entre outras) e infralegais, que se guiam pelos princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, bem como da reparação integral. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (RESP nº 2006.01953498, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 19/11/2010) - grifos não constam do original.

⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 55.

b) AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMA DE PALHA DA CANA-DE-AÇÚCAR. IMPOSSIBILIDADE. DANO AO MEIO AMBIENTE. 1. A Segunda Turma do STJ reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade vedada, como regra, pela legislação federal, em virtude dos danos que provoca ao meio ambiente. 2. De tão notórios e evidentes, os males causados pelas queimadas à saúde e ao patrimônio das pessoas, bem como ao meio ambiente, independem de comprovação denexo de causalidade, pois entender diversamente seria atentar contra o senso comum. Insistir no argumento da inofensividade das queimadas, sobretudo em época de mudanças climáticas, ou exigir a elaboração de laudos técnicos impossíveis, aproxima-se do burlesco e da denegação de jurisdição, pecha que certamente não se aplica ao Judiciário brasileiro. 3. O acórdão recorrido viola o art. 27 da Lei 4.771/1965 ao interpretá-lo de forma restritiva e incompatível com a Constituição da República (arts. 225, 170, VI, e 186, II). **Para a consecução do mandamento constitucional e do princípio da precaução, forçoso afastar, como regra geral, a queima de palha da cana-de-açúcar, sobretudo por haver instrumentos e tecnologias que podem substituir essa prática, sem inviabilizar a atividade econômica.** 4. Caberá à autoridade ambiental estadual expedir autorizações - específicas, excepcionais, individualizadas e por prazo certo - para uso de fogo, nos termos legais, sem a perda da exigência de elaboração, às expensas dos empreendedores, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na hipótese de prática massificada, e do dever de reparar eventuais danos (patrimoniais e morais, individuais e coletivos) causados às pessoas e ao meio ambiente, com base no princípio poluidor-pagador. 5. Recurso Especial provido (RESP nº 200602636243, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 27/04/2011) - os grifos não constam do original.

No tocante à incorporação, pelo direito brasileiro, de documentos internacionais que versam sobre o mencionado princípio da precaução, mencione-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em

1992, cujo item 15 focaliza o aludido princípio nos seguintes termos:

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Tal sede internacional leva **PAULO DE BESSA ANTUNES** a alertar que a interpretação do princípio da precaução há de basear-se na capacidade de cada nação para implementá-lo. Assim:

“uma primeira exegese do texto do princípio n. 15 da Declaração do Rio nos indica que: (i) o critério da precaução não é um critério (princípio) definido pela ordem internacional, mas, ao contrário, é um princípio que se materializa na ordem de cada Estado, na exata medida das capacidades dos diferentes Estados. Ou seja, a aplicação de tal princípio deve levar em conta o conjunto de recursos disponíveis em cada um dos Estados para a proteção ambiental, considerando as peculiaridades locais. Em outras palavras, as medidas adotadas para prevenir a poluição atmosférica em Hamburgo não são as mesmas necessárias para uma pequena cidade no interior da Costa Rica; (ii) a dúvida sobre a natureza nociva de uma substância não deve ser interpretada como se não houvesse risco. A dúvida, entretanto, não se confunde com a mera opinião de leigos ou “impressionistas”. A dúvida, para fins de que se impeça uma determinada ação, é fundada em análises técnicas e científicas, realizadas com base em protocolos aceitos pela comunidade internacional. O que tem ocorrido é que, muitas vezes, uma opinião isolada e sem a necessária base científica tem servido de pretexto para que se interrompam projetos e experiências importantes. Dúvida é um elemento fundamental no avanço da ciência, pois sem ela ainda acreditaríamos na quadratura da Terra. Todo conhecimento científico é sujeito à dúvida. O que não admite a dúvida é o dogma religioso, que pertence a

*um domínio diferente da vida humana, que é o campo da fé. É evidente que, se do ponto de vista científico, existir uma dúvida - que não se confunde, repita-se, com palpite -, as medidas de precaução deverão ser tomadas*¹⁰.

É o entendimento perflhado por **ELIZABETH DE ALMEIDA MEIRELLES**¹¹ ao afirmar que o princípio da precaução repousa em base teórica, com parâmetros que devem servir como linhas de orientação aos Estados, para atividades governamentais de planejamento econômico, político, social, científico e tecnológico – e, por consequência, balizar a estruturação de um arcabouço jurídico consistente.

O **STJ** assim analisou a existência do princípio da precaução como originário do direito internacional público:

*DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 4.771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS. 1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), à ausência de certezas científicas, não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente. 2. *A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário**

10 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

11 MEIRELLES, Elizabeth de Almeida. "O princípio da precaução e o aporte de Guido Fernando Silva Soares". In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**: Guido Fernando da Silva Soares (*amicorum discipulorum liber*). São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador. 3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o uso do fogo no processo produtivo agrícola, quando prescreveu, no art. 27, parágrafo único, da Lei n. 4.771/65, que o Poder Público poderia autorizá-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais. 4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário à sobrevivência dos pequenos produtores que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo. 5. A interpretação do art. 27, parágrafo único, do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas empresarialmente, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Precedente: (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.094.873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/08/2009). 6. Ademais, ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana-de-açúcar em atividades agrícolas industriais, a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente. Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei nº 6.938/81. Precedente: (EResp nº 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 13/10/2010). Recurso especial provido. (RESP nº 201101904332, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/03/2012. - grifos não constantes do original.

Ainda **PAULO DE BESSA ANTUNES** ensina, quanto aos primórdios do princípio da precaução:

“o princípio da precaução tem origem no direito alemão e, certamente, é uma das principais contribuições ao direito ambiental. Foi na década de 70 do século XX que o direito alemão

começou a se preocupar com a necessidade de avaliação prévia das consequências sobre o meio ambiente dos diferentes projetos e empreendimentos que se encontravam em curso ou em via de implantação. Daí surgiu a idéia de precaução. A concepção foi incorporada ao projeto de lei de proteção da qualidade do ar que, finalmente, foi aprovado em 1974 e que estabelecia controles para uma série de atividades potencialmente danosas, tais como ruídos, vibrações e muitas outras relacionadas à limpeza atmosférica. Na sua formação original, o princípio estabelecia que a precaução era desenvolver, em todos os setores da economia, processos que reduzissem significativamente as cargas ambientais, principalmente aquelas originadas por substâncias perigosas. Outras formações do princípio foram sendo construídas e, em pouco tempo, o Vorsorgeprinzip se expandiu para o Direito Internacional e para diversos direitos internos, inclusive o brasileiro. Apesar disso, é importante ressaltar que não existe um consenso internacional quanto ao seu significado”¹².

E passa a analisar a evolução do princípio da precaução nos diplomas internacionais:

“registra-se a inserção do princípio da precaução na Declaração da Conferência Internacional do Mar do Norte (1987) e, em seguida, o princípio da precaução passa a constar da Convenção sobre a Interdição de importar rejeitos perigosos, na África, Bamakao/1991, art. 4, AL. 3, f; Tratado de Maastricht sobre a União Européia (1992/art. 130 R, AL. 2); Convenção sobre o Báltico (Helsinki, 1992, art. 3º, AL. 2); Convenção sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços (Helsinki, 192, art. 2º, Convenção-Quadro sobre a mudança climática (1992, art. 3º, AL. 3). Essas Convenções são anteriores à Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro (junho/1992), onde ao mesmo tempo se assinou a Convenção da Diversidade Biológica (1992, preâmbulo).

12 ANTUNES, *op. cit.*, p. 30.

Em seguida, Convenção sobre o Atlântico Nordeste (1992, art. 2º, al. 2 a); Convenção sobre Danúbio (1994, art. 2º, al. 4), Acordo sobre os estoques de peixes migratórios na superposição de zonas marítimas (1995, art. 5º, al. C e 6), Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos relativo à Convenção sobre a diversidade biológica (2000, art. 10, 6 e art. 11, al. 8 e no preâmbulo, onde se reafirma a ‘abordagem da precaução); Convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânicos persistentes (2001, art. 8º, al. 7 a); Acordo sobre a conservação dos Albatrozes e dos Petréis (2001); Convenção para a cooperação em matéria de proteção e desenvolvimento marinho costeiro do Pacífico do Nordeste (2002, art. 5º, al. 6 a); Acordo de Asean sobre poluição transfronteiriça concernente à nebulosidade (2002, art. 3º, al. 3); Convenção-Quadro para proteção do Meio Ambiente do Mar Cáspio (2003); Convenção-Quadro Relativa à proteção e desenvolvimento sustentado por Cárpatos (2003); Convenção Africana sobre recursos naturais, meio ambiente e desenvolvimento (2003).”¹³

2. A TEORIA DO MEDO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Postos o conceito e sua evolução, veja-se a abrangência do princípio da precaução, notadamente em face do reconhecimento de que inexistem direitos primazes absolutos, impondo-se a sua compatibilização com os demais princípios regentes da ordem jurídica constitucional. Daí a importância dos balizamentos traçados pela Corte guardiã da Constituição, *verbis*:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AM-

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. "O princípio da precaução e a avaliação de risco". *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 40.

BIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio - OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo, a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) (a) do desenvolvimento sustentável e (b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação

para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. **Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica.** (omissis) (ADPF 101, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 04-06-2012, RTJ VOL-00224-01, pp 00011) – os grifos não constam do original.

Da orientação do STF PAULO DE BESSA ANTUNES extrai a impossibilidade da leitura do princípio da precaução como uma cláusula geral, aberta e indeterminada. Confira-se:

“desnecessário dizer que, ao se estabelecer a precaução como princípio, esta não pode ser interpretada como uma cláusula geral, aberta e indeterminada. É necessário que se defina o que se pretende prevenir e qual o risco a ser evitado. Isto, contudo, só pode ser feito diante da análise das diferentes alternativas que se apresentam para a implementação ou não de determinado empreendimento ou atividade”¹⁴.

SERGIO GILBERTO PORTO e ÉDERSON GARIN PORTO¹⁵ sustentam a adoção de dois critérios de aplicação legítima do princípio: (i) possibilidade de risco, e (ii) falta de evidência científica ou incerteza. No desenvolvimento de tais critérios, ressaltam a importância da compatibilização do princípio da precaução com os demais valores constitucionais. Veja-se:

“a aplicação do princípio da precaução deve necessariamente operar sob a influência de dois requisitos básicos: possibilidade de risco e incerteza científica. Na ausência de um dos requisitos

¹⁴ ANTUNES, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵ PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Éderison Garin. "A concordância prática entre os princípios da proteção ambiental, precaução e desenvolvimento sustentável (da possibilidade jurídica de implantação de residências unifamiliares em área de proteção ambiental)". **Revista Jurídica Empresarial**, ano. 1, n. 4, set./out. 2008, p. 222.

*ou não configurados de forma adequada, não se revela razoável no plano jurídico a mudança do critério da racionalidade decisoría, substituindo padrões jurídicos por critérios éticos. Num segundo momento, ainda que na presença da possibilidade de risco e incerteza científica, deverá o intérprete buscar a compatibilização do princípio da precaução com os demais valores constitucionais, sob pena de provocar dano inverso*¹⁶.

Quando se tratar de procedimento prévio de identificação e avaliação de risco em caso concreto, **PAULO AFFONSO LEME MACHADO** pondera:

*“O princípio da precaução não se aplica em um procedimento prévio de identificação e avaliação de riscos. Empregar somente a expressão princípio da precaução, sem embutir em seu conteúdo o risco e dimensionamento, através de avaliação de risco, soa vazio e sem real significado”*¹⁷.

No mesmo sentido alerta o **COMUNICADO DA COMISSÃO DA COMUNIDADE EUROPEIA** - “a invocação do princípio da precaução é uma decisão exercida quando a informação científica é insuficiente, não conclusiva ou incerta”¹⁸.

E acerca da incerteza, pontifica **PAULO AFFONSO LEME MACHADO** que o incerto não é algo necessariamente inexistente, podendo ser definido ou não, ter suas dimensões ou o seu peso ainda claramente apontados. O incerto não pode ser uma hipótese, algo que não foi ainda verificado ou não foi constatado. Nem por isso, o incerto deve ser descartado de imediato. O fato de o incerto não ser conhecido ou de não ser entendido aconselha que ele seja avaliado ou pesquisado¹⁹.

Justamente pelo grau variável da incerteza, intrínseco ao princípio da precaução, revela-se essencial a análise dos riscos, sob pena de se desprestigiar o avanço científico, imprescindível ao desenvol-

¹⁶ *Ibidem*, p. 224-225.

¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. “O princípio da precaução e a avaliação de riscos”. **Revista dos Tribunais**, ano 96, v. 858, fev. 2007, p. 43.

¹⁸ Comunicado da Comissão da Comunidade Europeia relativo ao princípio da precaução. Bruxelas, 2000.

¹⁹ MACHADO, *op. cit.*, p. 37.

vimento nacional sustentável. Como corrobora a doutrina francesa:

*Essa etapa é essencial para racionalização dos riscos, devendo conduzir a separar o risco potencial do fantasma da simples apreensão. Ela impõe que não haja satisfação com pressuposições vagas, com as quais se acomoda geralmente a atitude de abstenção. Requer a realização de perícias (expertises) frequentemente longas e custosas*²⁰.

Assim, admitir qualquer interpretação em sentido contrário implicaria tomada de decisão em violação ao princípio da segurança jurídica, que deve nortear as relações públicas e privadas, motivo pelo qual a aplicação do princípio da precaução impõe os procedimentos enfatizados por **ÉDIS MILARÉ** - "(...) procurar instituir procedimentos capazes de embasar uma decisão racional na fase das incertezas e controvérsias"²¹. Colha-se a esclarecedora explanação de **PAULO DE BESSA ANTUNES**:

“a expressão normativa do princípio da precaução se materializa nas diversas normas que determinam a avaliação dos impactos ambientais dos diferentes empreendimentos capazes de causar lesão ao meio ambiente, ainda que potencialmente. Não há qualquer previsão legal para uma aplicação genérica do princípio da precaução, sob o argumento de que os superiores interesses da proteção ambiental assim o exigem. De fato, é muito comum que, na ausência de uma norma específica para o exercício de uma determinada atividade, a Administração Pública se socorra de uma equivocada interpretação do princípio da precaução para criar obstáculos a tal atividade, violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos valores do trabalho e da livre-iniciativa, e frustrando os objetivos fundamentais da República, quais sejam garantir o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e erradicar a pobreza e a marginalização (CF, art. 3º, III). Juridicamente, o princípio da precaução, como mero princípio setorial, não

20 KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**. Disponível em <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>. Acesso em 18/12/2014. Tradução livre.

21 MILARÉ, *op. cit.*, p. 264.

pode se sobrepor, por exemplo, aos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV). Isso para não se falar na impossibilidade de sobreposição de outros princípios setoriais, tais como o da legalidade (CF, art. 37), com os quais deve se harmonizar, visto que hierarquicamente nivelados.

A única aplicação juridicamente legítima que se pode fazer do princípio da precaução é aquela que leve em consideração as leis existentes no país e que determinem a avaliação dos impactos ambientais de uma certa atividade, conforme a legalidade infraconstitucional existente. Infelizmente, tem havido uma forte tendência a se considerar que o princípio da precaução é um superprincípio, que se sobrepõe aos princípios fundamentais da República, tal como estabelecidos pela própria Constituição Federal, o que, evidentemente, é uma grave ruptura da legalidade constitucional e prova de precário conhecimento jurídico; ante a possível existência de conflito entre uma norma legal expressa e um princípio setorial, há que prevalecer a norma positivada, salvo se ela se apresentar maculada pela inconstitucionalidade. Observa-se que, no caso, não se trata propriamente da prevalência de um princípio setorial, mas de uma afronta à Constituição, o que é uma preliminar inafastável.

O princípio da precaução tem sido prestigiado pelo legislador brasileiro, que, em muitas normas positivadas, determina uma série de medidas com vistas à avaliação dos impactos ambientais reais e potenciais gerados pelos diferentes empreendimentos. Ainda que extremamente relevante, o que é reconhecido por toda a doutrina brasileira e pelo nosso ordenamento jurídico - o princípio da precaução não é dotado de normatividade capaz de fazer com que ele se sobreponha ao princípio da legalidade (um dos princípios setoriais reitores da Administração Pública) e, especialmente, aos princípios fundamentais da República, repita-se. A aplicação do princípio da precaução somente se justifica constitucionalmente quando observados os princípios fundamentais da República e ante a inexistência de

*norma capaz de determinar a adequada avaliação dos impactos ambientais. Fora de tais limites, a aplicação do princípio da precaução degenera em simples arbítrio*²².

Por evidente, a esta altura, ser inerente ao princípio da precaução a exigência de cálculo precoce de potenciais riscos, justamente em respeito ao princípio da segurança jurídica, conforme defendido por **MAURÍCIO MOTA** - “O princípio da precaução traz, antes de tudo, uma exigência de cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para atividade de cada um, quando o essencial ainda não surgiu”²³. Orientação igualmente perfilhada por **PAULO AFFONSO LEME MACHADO**, *verbis*:

*“a avaliação de riscos deve voltar para ‘uma maior abertura do mundo’, para poder pretender uma maior aceitabilidade. Isso supõe a introdução de melhores garantias de objetividade e de elementos de democratização na etapa de avaliação de riscos (confiabilidade, disponibilização e utilidade dos dados científicos). Em segundo lugar, essa convergência pode passar pela integração de outros fatores legítimos, extracientíficos, que supõe o reconhecimento de particularidades culturais e sociais*²⁴.

Não se pode admitir o risco genérico, pois cada setor apresenta o seu risco próprio, ao que salienta **PAULO AFFONSO LEME MACHADO** - “o risco ou o perigo serão analisados conforme o setor que puder ser atingido pela atividade ou obra projetada”²⁵.

Percebe-se que o princípio da precaução dever ser aplicado quando houver perigo para o meio ambiente, como sublinham **ÉDIS MILARÉ** e **JOANA SETZER** - “o princípio da precaução deve ser seguido por todos aqueles que adotam uma decisão relacionada à atividade que se suponha possa comportar razoavelmente um perigo grave para a saúde ou para a segurança das gerações atuais e futuras, ou para o meio ambiente”²⁶.

22 ANTUNES, *op. cit.*, p. 38-39.

23 MOTA, Maurício. “Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade”. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, out./dez. 2006, p. 247.

24 MACHADO, *op. cit.*, p. 47.

25 Idem. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 105.

26 MILARÉ, Édís; SETZER, Joana. “Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica”. *Revista de Direito Ambiental*, n. 41, p. 9.

Resulta claro que não se pode conceber o princípio da precaução como fator de engessamento do desenvolvimento nacional, conforme bem ressaltado por **GUY CANIVET** na doutrina francesa - “o princípio da precaução não degenerará em fator de paralisia e em catalisador de meios não razoáveis, sob condição de que se desenvolva uma cultura de risco assumida com clareza e debate democrático”²⁷. Na mesma linha, a advertência de **CASS R. SUNSTEIN** - “o princípio ameaça ser paralisante, proibindo regulação, inação e mesmo ações intermediárias”²⁸ -, a provocar o comentário de **REINALDO PEREIRA E SILVA**:

“O autor é crítico da ‘concepção forte do princípio da precaução’, que, diante da incerteza dos riscos, exige a adoção de medidas proibitivas, posto que provisórias”²⁹.

Ainda sobre a posição de **CASS SUNSTEIN, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO** faz ver que:

*“há teóricos que se debruçam sobre o problema de pesquisar o ponto prudencial de equilíbrio que explique e justifique o princípio da precaução, como o faz o Prof. Cass Sustein, que, examinando as questões da precaução e da racionalidade, toma como ponto de partida este paradigma, que em inglês se difundiu como **Precautionary Principle**, por entender que se trata de um tema focal para refletir sobre as questões relativas à saúde, ao medo, ao perigo, à segurança e ao meio ambiente e, ainda, sobre as decisões tomadas individual e coletivamente em condições de risco e de incerteza”³⁰.*

Na tentativa de obstar a aplicação do princípio da precaução de maneira ilegítima, a doutrina comumente indica, na mensuração do risco, a ponderação norteadas pelo princípio da razoabilidade. Como o faz **PAULO AFFONSO LEME MACHADO**:

27 CANIVET, Guy. *“Vers une dynamique interpretative. La charte constitutionnelle en vigueur”*. *Revue Juridique de l’Environnement*, número spécial, 2005, p. 13. Tradução Livre.

28 SUNSTEIN, Cass. *“Para além do princípio da precaução”*. *Interesse Público*, n. 37, p. 120.

29 SILVA, Reinaldo Pereira e. *“O princípio da precaução: uma tentativa de delimitação de seu específico âmbito de atuação”*. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. (coord.). *Novos Direitos: Conquistas e Desafios*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 218.

30 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *“Limites aplicativos do princípio da precaução em matéria ambiental”*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 307.

“a situação de risco pode não estar plenamente delineada, mas sua percepção, ainda que imprecisa, deve ser mostrada com razoabilidade, evitando-se caminhar no terreno do imponderável. Deve-se evitar a arbitrariedade nas decisões que ordenam o princípio da precaução. O princípio é aplicável nos casos de risco, o qual não tenha sido ainda completamente demonstrado, desde que não esteja fundado em simples hipóteses cientificamente não verificadas, mas as medidas preventivas podem ser tomadas, ainda que não subsistam incerteza científicas”³¹.

Tal o ideário acolhido pelo Decreto nº 5.705/2006, que veicula o **PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE BIOSSEGURANÇA DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA**, o qual, por sua vez, regula da seguinte forma a questão:

“3. A avaliação de riscos deverá realizar-se de maneira transparente e cientificamente sólida e poderá levar em conta o assessoramento especializado de organizações internacionais relevantes e diretrizes por elas elaboradas. 4. A falta de conhecimento científico ou de consenso científico não será necessariamente interpretada como indicativa de um nível determinado de risco, uma ausência de risco ou de risco aceitável”³².

Daí a síntese de **MANUEL GROS** - “ (...) alguma precaução na utilização do princípio da precaução”³³.

JUAREZ FREITAS alerta para o perigo do uso demasiado do princípio da precaução, cuja ocorrência pode ser tão gravosa quanto a omissão estatal no seu manejo. Assim:

“A própria precaução, se e quando ruinosamente inflacionada, revela-se fator imobilizante que gera o pecado da omissão, em vez de vencê-lo. Precaução em demasia é não-precaução. (...) o Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada,

31 MACHADO, Paulo Affonso Leme. "O princípio da precaução e a avaliação de risco". *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 45.

32 BRASIL, Decreto nº 5.705/2006. Anexo III do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica.

33 GROS, Manuel. "Le réquisitoire". *Revue du droit public & de la science politique en France et à l'étranger*. Paris: LGDJ, n. 3, 2002, p. 823. Tradução livre.

*apenas quando tiver motivos idôneos a ensejar uma intervenção antecipatória proporcional, nos limites da tessitura normativa. Se não o fizer, aí sim, será partícipe da geração de dano irreversível ou de difícil reparação. Em outros termos, impende que o Poder Público, inclusive em termos regulatórios, deixe de operar com demasia ou com apática inoperância no cumprimento dos deveres de precaução*³⁴.

A possibilidade de existência do risco não impõe a paralisação da atividade, mas, sim, a adoção das medidas estritamente necessárias à tutela do meio ambiente, conforme esposa **PAULO DE BESSA ANTUNES** - “O princípio não determina a paralisação da atividade, mas a adoção dos cuidados necessários, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida ser esclarecida”³⁵. Qualquer interpretação em sentido contrário implicaria violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, como se demonstrará adiante, com arrimo na lição de **PAULO AFFONSO LEME MACHADO**:

“O princípio da precaução, abraçado pelo Brasil com a adesão, ratificação e promulgação das Convenções internacionais mencionadas, com a adoção do art. 225 da CF e com o advento do art. 54, § 3, da Lei n. 9.605/1998, deverá ser implementado pela Administração Pública, no cumprimento dos princípios expostos no art. 37, caput, da CF”.

3. PLANEJAMENTO ESTATAL E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: EM BUSCA DE UMA RELAÇÃO HARMÔNICA

O planejamento “determinante para o setor público” (CR/88, art. 174) é o de sua utilidade para o manejo da administração responsável e de resultados, no estado democrático de direito. Traduzindo este, como traduz, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta é a titular do poder político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na confor-

³⁴ FREITAS, Juarez. “Princípio da precaução: vedação de excesso de inoperância”. *Interesse Público*, n. 35, p. 39.

³⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

midade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o estado, de sorte que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os inspira. Se assim não for, não haverá estado democrático de direito, nem a administração responsiva e de resultados que lhe deve corresponder.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que assim ocorra: a sociedade brasileira há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza a cultura nacional desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social - seja qual for a natureza dessa hierarquia - e por tutelado todo aquele que se sirva do tutor para obter vantagem ou proteção de qualquer sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo os quais grande número de candidatos se elege, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor compraz-se em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: não há espaço para o mérito nessa relação, só para o interesse egoístico. Logo, tampouco há real preocupação em

controlar e avaliar resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários.

O planejamento deve apresentar-se como o primeiro passo do ciclo da gestão, em sua acepção técnico-administrativa de gerir meios para a consecução de resultados do interesse da organização, seja esta uma sociedade empresarial privada (movida pelo lucro que a mantenha) ou uma entidade pública (impulsionada pelo interesse público que lhe cumpre atender). Lançando olhar prospectivo sobre o conceito, o saudoso Peter Drucker vaticinava que “O centro de uma sociedade, economia e comunidade modernas não é a tecnologia, nem a informação, tampouco a produtividade. É a instituição gerenciada como órgão da sociedade para produzir resultados. E a gerência é a ferramenta específica, a função específica, o instrumento específico para tornar as instituições capazes de produzir resultados. Isto, porém, requer um novo paradigma gerencial final: a preocupação da gerência e sua responsabilidade é tudo o que afeta o desempenho da instituição e seus resultados, dentro ou fora, sob o controle da instituição ou totalmente além dele”³⁶.

Transplantado o conceito para a seara jurídica comprometida com a sustentabilidade como direito fundamental universal – tal como o coloca o art. 225 da vigente Constituição da República -, caberia como luva a lição deixada pelo não menos saudoso García de Enterría, em livre tradução, acerca do controle da discricionariedade administrativa no estado democrático de direito:

O essencial da discricionariedade é o que, com elogiável precisão, diz a exposição de motivos da Lei da Jurisdição do Contencioso Administrativo espanhol, de 1956: a discricionariedade “surge quando o ordenamento jurídico atribui a algum órgão competência para apreciar, em uma dada hipótese, o que seja o interesse público”. Assim, todo poder discricionário deve haver sido previamente atribuído pelo ordenamento. Não há, por conseguinte, discricionariedade na ausência ou à margem da Lei.

36 DRUCKER, Peter. **Desafios Gerenciais para o Século XXI**, trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 41.

Tampouco, em caso algum, a discricionariedade pode equiparar-se à Lei ou pretender substituí-la. Essa é a razão pela qual nunca se pode intentar aplicar à discricionariedade a irresistibilidade (hoje já relativa) própria da Lei, ou o valor desta como expressão da “vontade geral”. Por ampla que seja, qualquer discricionariedade sempre será um quid aliud em face da Lei, como qualquer outro produto administrativo, e estará por isto submetida plenamente à Lei e ao Direito.

O controle judicial da discricionariedade é sempre um controle dos elementos regrados conferidos pela potestade correspondente. Esses elementos podem ser muitos, mas alguns devem estar presentes necessariamente: a existência da potestade, a sua concreta extensão e a realidade dos fatos que legitimam a sua aplicação ou em razão dos quais se põem em marcha a competência, o procedimento, a finalidade, o fundo parcialmente regrado.

Acerca da finalidade, convém assinalar de modo especial que nossa Constituição é provavelmente a única que elevou ao nível constitucional o princípio do controle preceptivo e geral da finalidade pelo juiz, em seu art. 106.1 (“Os Tribunais controlam a potestade regulamentadora e a legalidade da atuação administrativa, bem como a submissão desta aos fins que a justificam”).

Por isto que não me parece censurável o anseio de tornar precisos e matizados esses controles, anseio que se encontra generalizado por toda parte, e não creio que se possa supor que implique um desdém das necessidades da política. Ocorre que os juristas se ocupam do direito e não da política (embora não deixe de haver, e não é mal por si só que assim ocorra, juristas que fazem política e políticos que intentam intervir no direito, com certa frequência), e a relação entre essas duas realidades formidáveis é a que estabelece a Constituição, por si mesma uma norma jurídica e política.

Especial atenção deve prestar-se ao controle através dos princípios gerais de direito, dentre os quais o da interdição da arbi-

triedade dos poderes públicos, que, nada obstante conte com explícita referência constitucional (art. 9.3), suscita algumas reservas em razão de sua suposta imprecisão.

A técnica dos princípios gerais de direito, ao lado de seu inerente valor em todo o âmbito jurídico como técnica de superação do positivismo legalista, que pretende reduzir todo o direito a uma simples exegese das leis escritas, tem conhecido um desenvolvimento espetacular no direito público.

*No direito constitucional resulta óbvio do espetacular desenvolvimento da justiça constitucional e da concreção definitiva desta nos problemas da constitucionalidade material, e não meramente formal, das leis, contrastadas com valores constitucionais de fundo, atuando como verdadeiros princípios gerais..., ao que se extrai da contribuição dos princípios gerais do direito na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia... No direito administrativo, a generalidade da doutrina e da jurisprudência os utiliza... Não seria demasiado destacar a doutrina italiana, que, embora pressionada por forte influxo positivista, nunca excluiu a utilização dos princípios (basta citar a casuística sobre os vícios dos atos discricionários em torno do conceito de excesso de poder – *excesso di potere*), que evoluiu da década de 1950 para a de 1990 com um renovado entusiasmo principiológico, do que é exemplo o valioso livro de F. Manganaro, *Princípio di buona fede e attività dele amministrazioni pubbliche*, 1995.*

Essa peculiar fonte do direito se generaliza e se expande na jurisprudência do Conselho de Estado francês, a partir do segundo pós-guerra, como técnica de controle da Administração e de sua atuação discricionária (Jeanneau, 1954, e Rivero, 1951, sistematizaram a então grande novidade, que desde então não cessa de desenvolver-se e afirmar-se definitivamente).

O Conselho de Estado manteve essa posição na Constituição da V República, de 1958, aplicando-a em questões essenciais: na validade dos regulamentos autônomos diretamente ordenados pela Constituição, e nos quais não seria possível reprovar

contravenção à Lei, mas, sim, aos princípios gerais do direito. E, mais espetacularmente ainda, na hipótese do art.16 dessa Constituição, na assunção, pelo Presidente da República, de todos os poderes em situações de emergência, afirmando que tal situação excepcional (similar à do famoso art. 48 da Constituição de Weimar, que consagrava a “ditadura constitucional” do Presidente, na famosa caracterização de Carl Schmitt, e que foi o artigo sobre o qual Hitler fundou o seu poder) não exime o Presidente da observância dos princípios gerais do direito, posição com base na qual o Conselho de Estado não hesitou em anular uma condenação de morte – já transitado em julgado e pendente de execução – por um tribunal de exceção criado por norma ditada pelo General de Gaulle no uso desses poderes, por entender o Conselho de Estado, em 1962, que tal norma (ordonnance) violava aqueles princípios gerais.

A Lei espanhola da jurisdição do contencioso-administrativo acolheu resolutamente essa corrente ao substituir a expressão “infração do ordenamento jurídico” pela tradicional expressão “infração da lei”, esclarecendo, na Exposição de Motivos, que “o jurídico não se encerra e se circunscreve às disposições escritas, mas estende-se aos princípios e à normatividade imanente da natureza das instituições”.

A Constituição de 1978 instala uma jurisprudência de valores, entre os quais qualifica de superiores todos os direitos fundamentais – a liberdade, a igualdade (art. 1.1) –, além da justiça em si. Há um mandato outorgado a todos os poderes públicos, e, portanto, ao juiz, para tornar esses valores “reais e efetivos”, e de “remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude” (art. 9.2). Por outro lado, a Constituição formula expressamente princípios, assim chamados (art. 9.3) os que reúne em enumeração própria ou os dispersos pelo texto constitucional, aos quais atribui pleno valor normativo, como o Tribunal Constitucional cuidou de estabelecer desde a sua primeira declaração de inconstitucionalidade, de 2 de fevereiro de 1982 (“valor aplicativo e não meramente programático”).

O princípio de interdição da arbitrariedade dos poderes públicos é um desses princípios constitucionais do art. 9.3 e se diri-

ge diretamente ao núcleo central dos poderes discricionários. Assim foi formulado pela Constituição e como tal vem sendo aplicado pela jurisprudência e interpretado pela doutrina. Mas jurisprudência e doutrina nunca fizeram desse princípio um princípio aberto, informal ou puramente estimativo em sua aplicação, de modo que por sua só invocação o juiz pudesse decidir sobre a sua incidência no caso concreto; pelo contrário, o reduziram sempre, como ocorre com todo conceito jurídico, a técnicas precisas, que se concretizam em uma série de princípios gerais de direito, perfeitamente caracterizados e delineados: desvio formal de poder, falta de motivo ou fundamento suficiente, proporcionalidade, apreciação inexata dos elementos de fato de que parte a análise do caso, boa fé, manipulação dos meios elementares de vida como instrumento coercitivo etc.

Ultimamente se pretende reduzir todas as formas de arbitrariedade ao standard da razoabilidade. Em qualquer caso, importa notar que a sentença que syndica uma arbitrariedade deverá utilizar princípios auxiliares para chegar a um topos jurídico identificável, como é comum, por sinal, a todos os princípios gerais de direito, que de nenhum modo são a expressão ou o instrumento do iudex rex, mas, bem ao contrário, constituem uma via estreita para articular cada caso no complexo do sistema jurídico (por isto são princípios gerais, e não a suposta justiça do caso concreto; por isto são do direito, isto é, princípios técnicos e não morais). É, portanto, completamente inexato que o uso da técnica dos princípios gerais do direito conduza diretamente ao decisionismo judicial desnudo; a proposição correta é a oposta.

Quando o juiz reprova a arbitrariedade da Administração não o faz de modo estimativo e por simples convicção subjetiva, de maneira a limitar-se a uma censura abstrata, sem contornos precisos; isto seria ativismo judicial. Ao contrário, está aplicando a lei e o direito, e nesse caso nada menos do que a Constituição, e o faz precisamente usando uma técnica objetivada para os juristas, a técnica dos princípios gerais do direito, que o obriga a uma vinculação imediata aos fatos do caso e a uma

fundamentação que se decompõe em valores jurídicos identificáveis, de modo algum a enunciados puramente retóricos.

No mundo anglo-saxão se tem percebido que é justamente o desenvolvimento das técnicas de controle jurídico da discricionariedade (não unicamente da discricionariedade administrativa, também e talvez especialmente a do legislador em face da justiça constitucional) aquela que tem levado ao desenvolvimento uma concepção mais extensa e aberta do direito, compreendendo princípios tanto como normas, citando-se nesse sentido o importante exemplo de Ronald Dworkin e de Nonet e Selznick. Esse desenvolvimento implica uma completa revisão da ideologia e da metodologia jurídica. Assim tem ocorrido também em França, com o Conselho de Estado, muito menos legalista ou positivista do que a do Tribunal de Cassação, e de fato, em alguma medida, tem transmitido a este uma visão aberta do direito.

Em definitivo, o controle judicial da discricionariedade, em particular o controle que abre - e obriga - o princípio constitucional da interdição da arbitrariedade, não significa abrir a possibilidade de uma livre estimação pelos juízes, alternativa às estimativas discricionárias que à Administração incumbe com apoio legítimo na lei, nem pressupõe que se ignore a função política que, nos limites do conjunto constitucional de poderes, corresponde a esta. O controle judicial da discricionariedade deve efetivar a norma, não menos constitucional, da vinculação da Administração à lei e ao direito - conceito que por si só remete aos princípios gerais -, assim como o controle fundado na interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. Somente como princípios gerais de direito, em sentido rigorosamente técnico, é que podem atuar e ser impostos pelos tribunais de justiça. Não suplanta, portanto, esse controle a função própria dos órgãos políticos e administrativos; cabe ao controle judicial fazer com esses órgãos atuem e se movam dentro do espaço preciso em que a Constituição os situa, que é o espaço delimitado pela lei e pelo direito como essência mesmo do estado de direito.

Os juízes não incorrem, através do manejo desse controle, em qualquer excesso no exercício de sua função. Ao dele fazer uso atuam no mais rigoroso officium iudicis, de acordo com o papel que a esse ofício assina a Constituição e de acordo também com o sentido atual, mais depurado, da aplicação do direito e da função judicial.

Carece de sentido ver-se nesse controle, praticado por todas as jurisdições europeias, um atentado à independência e às responsabilidades próprias dos órgãos políticos e administrativos. Do mesmo modo, não se mostra acolhível como argumento o da origem democrática dos agentes públicos. A democracia impõe por si só a exigência de uma objetividade absoluta nas decisões administrativas, que só pelo direito, e não no interesse de qualquer partido, nem de agente algum, pode justificar-se em face do público e sustentar a confiança deste, confiança que é justamente a democracia em ação, como de sua essência mesmo (Democracia, Jueces y Control de la Administracion. Civitas Ediciones, Madri, 5ª edição, 2000, p. 143-153³⁷).

Em outras palavras: a própria discricionariedade administrativa, agora também sujeita a controles – sobretudo pela via da veracidade e da idoneidade dos motivos declaradamente justificadores das decisões administrativas, a ensejar a verificação da razoabilidade e da proporcionalidade de sua conveniência e oportunidade (mérito, ou apreciação subjetiva dos motivos) -, dependerá, para afirmar-se válida (conforme à ordem jurídica) e legítima (harmônica com o interesse público), de planos consistentes e sustentáveis, a amparar as decisões que implementam ou traçam as políticas públicas, não se podendo obstaculizar o desenvolvimento nacional planejado por mera suposições sem qualquer indicativo de verossimilhança, ao argumento de se estar a valer do princípio da precaução.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

(i) O princípio da precaução, extraído do art. 225 da CR/1988,

³⁷ ENTERRÍA, García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administracion**. 5. Ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 143-153.

vincula-se aos conceitos de afastamento de perigo e de segurança das gerações futuras.

(ii) O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais, por meio de políticas públicas pautadas pelo planejamento da ação estatal.

(iii) De modo a não inviabilizar o desenvolvimento nacional sustentável, como, por exemplo, a descoberta de novas tecnologias, há que se compatibilizar a existência do mencionado princípio com os demais, impedindo-se o “medo” desprovido de qualquer indício de plausibilidade que impeça o desenvolvimento planejado. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CANIVET, Guy. "*Vers une dynamique interpretative. La charte constitutionnelle en vigueur*". **Revue Juridique de l'Environnement**, número spécial, 2005.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ENTERRÍA, Garcia de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. 5. Ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

FREITAS, Juarez. "Princípio da precaução e o direito fundamental à boa administração pública". **Revista de Direito do Estado**, ano. 2, n. 7, jul/set. 2007.

_____. "Princípio da precaução: vedação de excesso de inoperância". **Interesse Público**, n. 35.

_____. **Sustentabilidade - Direito ao Futuro**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GENEROSO, Francisco Chaves. "Acesso à justiça ambiental: a liminar na ação civil pública e os princípios da prevenção e da precaução". *In*: BARDINI, Luciano (coord.). **Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GROS, Manuel. "*Le réquisitoire*". **Revue du droit public & de la science politique en France et à l'étranger**. Paris: LGDJ, n. 3, 2002.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. "*Le principe de precaution*". Disponível em <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>. Acesso em 18/12/2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. "O princípio da precaução e a avaliação de risco". **Revista dos Tribunais**, ano 96, v. 856, fev. 2007.

MEIRELLES, Elizabeth de Almeida. "O princípio da precaução e o aporte de Guido Fernando Silva Soares". In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando da Silva Soares (*amicorum discipulorum liber*)**. São Paulo: Atlas, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; SETZER, Joana. "Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica". **Revista de Direito Ambiental**, n. 41.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Limites aplicativos do princípio da precaução em matéria ambiental". In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. **O novo direito administrativo ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

MOTA, Maurício. "Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade". **Revista de Direito do Estado**, n. 4, out./dez. 2006, p. 247.

PORTO, Sergio Gilberto; PORTO, Éderson Garin. "A concordância prática entre os princípios da proteção ambiental, precaução e desenvolvimento sustentável (da possibilidade jurídica de implantação de residências unifamiliares em área de proteção ambiental)". **Revista Jurídica Empresarial**, ano. 1, n. 4 set./out. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Reinaldo Pereira e. "O princípio da precaução: uma tentativa de delimitação de seu específico âmbito de atuação". In: SILVA,

Reinaldo Pereira e. (coord.). **Novos Direitos: Conquistas e Desafios**. Curitiba: Juruá, 2008.

SUNSTEIN, Cass. "Para além do princípio da precaução". **Interesse Público**, n. 37.

E-mail como Instrumento de Prova e o Dever de Guarda de Dados pelos seus Provedores

João Chagas de Oliveira Tourinho

Pós-graduado em LL.M Litigation: Novos Desafios dos Contenciosos-FGV/RJ, pós-graduando em Direito Processual Civil pela PUC-RJ e LL.M em Direito Empresarial pela FGV/RJ.

1. INTRODUÇÃO

As novas formas de comunicação e interação digital reverberam nas mais variadas áreas do direito especialmente quanto à celebração de negócios jurídicos. Observa-se ainda que novos meios digitais de troca de informações têm-se apresentado como fontes de provas e de indícios de fatos e atos jurídicos. Logo, surge a necessidade de releitura de alguns institutos, seja pelo arcabouço jurídico disponível, seja pelo próprio costume já consolidado em meios de comunicação que utilizam o formato digital e dependem de transmissão pela rede mundial de computadores – *World Wide Web*.

No que se refere às novas tecnologias de transmissão de dados, a sociedade atual se depara com uma rápida evolução das tecnologias existentes e, também, com inovações tecnológicas na área de telecomunicações. São cada vez mais vastas as alternativas de comunicação informatizada para diferentes objetivos, seja para celebração de negócios, compartilhamento de dados, ou simples comunicação.

Este trabalho parte do pressuposto que a inovação tecnológica da comunicação entre pessoas físicas de forma digital quando, aparentemente, bem-sucedida tende a ser levada para o dia a dia de pessoas jurídicas – a título de exemplo se tem a divulgação de mercadorias e serviços por sites de relacionamento, a celebração de contratos vinculados a registros de *e-mails*, fornecimento unilateral de dados

pelo usuário em simples “cliques”. Formas de declaração de vontade lícitas e em nada contrárias ao artigo 107 do Código Civil de 2002.

A rapidez, baixo custo e efetividade de novos meios de comunicação e expressão de vontade são uma realidade inevitável e até mesmo desejada quando o objetivo é aumentar a eficiência e a produtividade para um vasto grupo de sociedades empresárias. Inclusive sendo uma nova forma de se fazer negócios que pode alterar o atributo aviamento (modelo de exercício de empresa específico de determinada entidade que confere aptidão para geração de lucro) de sociedades empresárias.

Dentre as diversas ferramentas existentes, o *e-mail - electronic mail* da língua inglesa ou em português “Correio Eletrônico” – embora já consolidado como uma maneira simples, rápida, barata e eficaz de comunicação, ainda enfrenta questões polêmicas, especialmente quanto à sua valoração para servir de prova de determinado fato ou negócio jurídicos, bem como no que se refere às obrigações dos provedores deste serviço quanto à guarda e *backup* (cópia de segurança) dos dados dos usuários.

2. ENQUADRAMENTO LEGAL DO *E-MAIL* NO DIREITO BRASILEIRO

À primeira vista, o intérprete tende a caracterizar o *e-mail* como uma forma de correspondência ordinária, mas afigura-se como um equívoco de qualificação, já que a legislação específica sobre o tema, a Lei nº 6.538/78, estabelece que os serviços postais são explorados na modalidade de monopólio da União. Logo, pelo fato de que a União não é provedora de *e-mail*, sendo provedores um conjunto variado de *players* de um mercado competitivo e não restrito, afigura-se salutar descartar este enquadramento legal.

Em sendo assim, pode-se considerar o *e-mail* como um meio eletrônico, conceito legal definido no art. 1º, § 2º, da Lei 11.419/2006 como forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais. Além de meio eletrônico, pode-se dizer que o “*e-mail*” em determinadas hipóteses representa um típico documento – declaração escrita que tem caráter comprovativo¹. Contudo, este valor

¹ Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/documento>, acesso realizado em 08.08.2016, as 14h41m.

probatório só pode ser dado a comunicação realizada por meio eletrônico após criteriosa análise de requisitos técnicos necessários e indispensáveis.

Sendo assim, da leitura da Lei 11.419 de 2006, para que se possa considerar um *e-mail* como documento, será necessário comprovar e assegurar: i) a autenticidade de origem do documento (art. 2º, § 2º); ii) integridade dos dados transmitidos com relação aos dados recebidos (art. 12, § 1º); e iii) a irretratabilidade da comunicação (uma forma de assinatura - art. 219 do Código Civil de 2002 e art. 1º, § 2º, III, da Lei 11.419/06).

Trata-se de requisitos que de fato “burocratizam” a eficácia dos *e-mails*, pois uma das características fundamentais desta forma de comunicação é a simplicidade. Ou seja, não são todos os usuários que têm o hábito de firmar documentos com assinaturas eletrônicas certificadas capazes de atestar a autenticidade do signatário e irretratabilidade da comunicação como consta da Lei nº 12.682/12².

Esta constatação é suficiente para levar o detentor do ônus da prova de caracterizar o *e-mail* como documento a necessidade de assegurar tecnicamente a origem do *e-mail* - remetente, a hora de envio, o provedor que se encarregou do envio da mensagem e se durante o processo de envio da mensagem os dados da mesma não foram corrompidos, ou modificados maliciosamente ou acidentalmente por ação humana ou de alguma ferramenta digital.

Ou seja, cumprirá ao detentor deste ônus provar a validade da cadeia de custódia do *e-mail*. A cadeia de custódia, por sua vez, é termo recorrente no direito probatório na esfera penal e se amolda à presente hipótese, já que *e-mail* nada pode comprovar *a priori*, sem a garantia de hígidez de envio e recebimento de dados e dos próprios dados.

Para esse mister, optou-se pelo conceito de indício do ramo do direito penal, especialmente o do art. 239 do Código de Processo Penal:

2 Lei 12.682 de 2012: “Art. 3º O processo de digitalização deverá ser realizado de forma a manter a integridade, a autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

Parágrafo único. Os meios de armazenamento dos documentos digitais deverão protegê-los de acesso, uso, alteração, reprodução e destruição não autorizados.”

“Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Ademais, a higidez da cadeia de custódia aqui mencionada foi objeto de análise por Alberi Espíndula³:

“(…) seqüência de proteção ou guarda dos elementos materiais encontrados durante uma investigação e que devem manter resguardadas as suas características originais e informações sem qualquer dúvida sobre a sua origem e manuseios. Pressupõe o formalismo de todos os seus procedimentos por intermédio do registro do rastreamento cronológico de toda a movimentação de alguma evidência.”

Sendo assim, a primeira conclusão a que se chega é a de que o *e-mail* não é correspondência e pode até mesmo ser tido como documento. Contudo, documento que demandará, para se imbuir das características e qualidades inerentes a uma prova judicial, a comprovação de autenticidade, de integridade e de irretratabilidade, sob o risco de ser tido como simples evidência.

Cumprir destacar que o legislador, quando da elaboração do Código de Processo Civil de 2015, já fez lá constar 3 (três) importantíssimos dispositivos que fazem referência direta aos chamados documentos eletrônicos. Confirmam-se os dispositivos da Seção VIII do Capítulo XII relativo a provas da Lei 13.105/2015:

“Seção VIII

Dos Documentos Eletrônicos

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

³ ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia.** 3. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2009, p. 163.

Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.”

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recente posicionamento, definiu que as comunicações realizadas por *e-mail* podem ser tidas como documentos para efeitos de propositura de ação monitória. Confira-se a ementa do Recurso Especial nº 1.381.603/MS:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. PROVA ESCRITA. JUÍZO DE PROBABILIDADE. CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA. E-MAIL . DOCUMENTO HÁBIL A COMPROVAR A RELAÇÃO CONTRATUAL E A EXISTÊNCIA DE DÍVIDA.

1. A prova hábil a instruir a ação monitória, isto é, apta a ensejar a determinação da expedição do mandado monitório - a que alude os artigos 1.102-A do CPC/1.973 e 700 do CPC/2.015 -, precisa demonstrar a existência da obrigação, devendo o documento ser escrito e suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado, não sendo necessário prova robusta, estreme de dúvida, mas sim documento idôneo que permita juízo de probabilidade do direito afirmado pelo autor.

2. O correio eletrônico (e-mail) pode fundamentar a pretensão monitória, desde que o juízo se convença da verossimilhança das alegações e da idoneidade das declarações, possibilitando ao réu impugnar-lhe pela via processual adequada.

3. O exame sobre a validade, ou não, da correspondência eletrônica (e-mail) deverá ser aferida no caso concreto, juntamente com os demais elementos de prova trazidos pela parte autora. 4. Recurso especial não provido.” (negritou-se)

Confirmam-se, por comodidade, trechos do voto vencedor de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial nº 1.381.603/MS:

“Quanto ao cerne da questão em julgamento, penso que esse exame sobre a validade, ou não, da correspondência eletrônica deverá ser aferida no caso concreto, juntamente com os demais elementos de prova trazidos pela parte autora. Outrossim, uma vez recebida a petição inicial, o e-mail poderá ser submetido ao crivo do contraditório diferido, na hipótese em que o réu optar por apresentar os embargos monitorios.

De fato, se a legislação brasileira não veda a utilização de documentos eletrônicos como meio de prova, soaria irrazoável dizer que uma relação negocial não possa ser comprovada por trocas de mensagens via e-mail.

Ressalta-se que, ainda nos idos de 2008, a Terceira Turma, em voto da relatoria da em. Ministra Nancy Andrighi, assentou que ‘os avanços tecnológicos vêm, gradativamente, modificando as rígidas formalidades processuais anteriormente exigidas.’ (REsp 1.073.015/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 26/11/2008)

Sendo assim, a análise jurídica da força probante dos *e-mails* e a forma de se verificá-la apresenta-se como atual, já que as reverberações desta modalidade eletrônica de expressão da vontade ainda demandarão maior enfrentamento do Poder Judiciário e até mesmo dos doutrinadores que deverão buscar suporte técnico em outras áreas do direito, especialmente a de Tecnologia da Informação.

3. O DEVER DE GUARDA DE INFORMAÇÕES PELOS PROVEDORES DE *E-MAIL*

Uma vez observado que as comunicações realizadas pela ferramenta de *e-mail* podem ser dotadas de valor probatório, tem-se como lógica que esta modalidade de comunicação eletrônica pode servir

para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Ou seja, pode suprir todos os requisitos de negócios jurídicos que dispensem forma prescrita em lei e devam contar, apenas, com os requisitos gerais de haver agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, nos termos do art. 104 do Código Civil de 2002.

A validade das declarações de vontade com relação a direitos disponíveis, assevere-se, só dependem de forma especial quando a lei expressamente o exigir, nos termos do art. 107 do referido diploma.

Além do conteúdo dos *e-mails* em si, não se olvide quanto à possibilidade de os usuários desta ferramenta encaminharem ou remeterem arquivos anexados às suas declarações. Arquivos que podem conter os mais diversos tipos de informações, sigilosas ou não.

Nesse ponto surge a necessidade de que os dados trafegados por provedores de serviços de *e-mail*, inclusive quanto aos arquivos enviados na forma de anexo dos mesmos, sejam guardados por um prazo mínimo e suficiente para resguardar os próprios provedores de eventuais responsabilidades e permitir a recuperação de dados por parte dos usuários e de terceiros. Isso porque, como acima se observou, não se está diante de um serviço postal clássico, físico, “ponto a ponto”, que se esgota quando recebida a mensagem pelo destinatário.

Não foi por outra razão que o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/14, estabeleceu em seu art. 10º, primeiro dispositivo da seção de “Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas”, a obrigação de que os provedores de internet, neles englobados os provedores de aplicativos de correio eletrônico, guardem os conteúdos das comunicações privadas:

“Seção II

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das

partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.” (negritou-se)

A leitura do aludido dispositivo evidencia que o Marco Civil da Internet impôs ao provedor de serviço de *e-mail* um novo dever, um dever de guarda de conteúdo, sob pena de o provedor poder ser responsabilizado subsidiariamente por conteúdo gerado por terceiros, inclusive seus usuários, e por não ter preservado o conteúdo de *e-mail's*.

O legislador, ao impor esta nova obrigação aos provedores, levou em consideração, ainda, que os *hardwares* de armazenamento de dados estão cada vez mais baratos, robustos e suportam cada vez mais dados.

O dever de guarda de dados carrega consigo um reflexo direto e delicado de um direito constitucional de seus usuários, pessoas físicas ou jurídicas, de inviolabilidade de correspondência, embora não

se trate de correspondência clássica, consoante o inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, como ressalta Roberto Sesine⁴:

“O fornecedor de serviços via Internet deve tomar todas as precauções cabíveis para assegurar a inviolabilidade da correspondência, em acompanhamento à evolução tecnológica de garantia da reserva da intimidade do usuário do sistema. Assim, o provedor tem uma responsabilidade que, nesse passo, se aproxima da responsabilidade do agente de comunicação telefônica e dos correios convencionais, porém distanciando-se daquela que ordinariamente é conferida ao agente de telecomunicações em geral.”

Além do Marco Civil da Internet, lei mais moderna e mais conhecida, surgiu há mais de 13 anos um órgão estatal que auxilia os prestadores de serviços pela internet, chamado de Comitê Gestor da Internet. Criado pelo Decreto 4.829 de 3 de setembro de 2003 tem, dentre suas diversas atribuições, a de recomendar procedimentos para segurança de serviços eletrônicos prestados pela internet. Observe-se a título de exemplo trecho do referido diploma:

“Art. 1 Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, que terá as seguintes atribuições: (...)

IV - promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de Internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade; (...)

VII - adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;” (negritou-se)

O aludido Órgão, no ano de 1999, em deferência às suas atribuições, publicou um guia relevante aos provedores de serviços e de

⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. página 530.

aplicativos que fazem uso do meio eletrônico da internet intitulado “Recomendações para Desenvolvimento e Operação da Internet no Brasil”⁵, do qual consta item específico para os Provedores de Acesso que analogicamente aplica-se aos provedores de serviços de *e-mail*:

“3. Provedores de Acesso

Os provedores de acesso da Internet (comerciais, acadêmicos, governamentais, entidades de classe, organizações não governamentais, etc.) são os responsáveis pelo acesso final dos usuários na rede. Cabe a eles prover acesso dentro de condições mínimas de segurança, confiabilidade e privacidade, bem como providenciar meios que torne possível a identificação de práticas ilícitas ocorridas através da rede. Muitas vezes, em virtude de falhas, as contas dos usuários finais são utilizadas por terceiros implicando com isso em prejuízos e riscos desnecessários. (...)

3.2 Manutenção de Dados de Conexão

Os serviços de telefonia e transmissão de dados mantêm por um prazo de cinco anos os dados de conexões e chamadas realizadas por seus clientes para fins judiciais, inexistindo procedimento semelhante na Internet brasileira.

Recomendação: Os provedores de acesso devem passar a manter, por um prazo mínimo de três anos, os dados de conexão e comunicação realizadas por seus equipamentos (identificação do endereço IP, data e hora de início e término da conexão e origem da chamada). (negritou-se)

O CGI orientou e estabeleceu o procedimento exatamente pelo motivo de ocorrência de dano a terceiro por outro usuário, pois só resguardando os respectivos dados é que a responsabilidade do provedor pode ser afastada. Esta é a interpretação do art. 11 da Lei 12.965/14, que dispõe o seguinte:

⁵ Disponível em <http://www.cgi.br/publicacao/recomendacoes-para-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-br/>. Acesso realizado em 09.08.2016 às 11h16min.

*“Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos **dados pessoais** e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.”*
(negritou-se)

Isso se dá em razão da necessidade de se encarar que o conteúdo constante de uma mensagem de *e-mail*, apesar de poder ser lido em alfabeto alfanumérico e de acordo com a língua de opção dos usuários, trata-se de um conjunto de dados codificados. Em sendo considerados como dados e cada conta de *e-mail* ser de uso pessoal e intransferível de um usuário, mesmo que acessíveis por prepostos, são dados pessoais, protegidos pelo sigilo das comunicações, sendo privados e objeto de proteção da Lei do Marco Civil da Internet. Trata-se de direito indisponível, cláusula pétrea, constante do art. 5º, XII, da Constituição Federal:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Outra relevantíssima obrigação que provedores de serviços de comunicação de dados por via da internet devem atentar é quanto ao disposto no art. 1.194 do Código Civil de 2002 o qual pode, sem dificuldades, ser interpretado à luz das tecnologias atualmente utilizadas:

Art. 1.194. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.”

Ora, o Comitê Gestor da Internet não orientou a guarda de dados de provedores de *e-mails* por 3 (três) anos de forma arbitrária, trata-se de claro exemplo de hermenêutica sistemática do arcabouço jurídico brasileiro e releitura do art. 1.194 do CC/02.

Claro que não faz muito tempo documento poderia ter por sinônimo o termo “papel” e em sendo assim os papéis deveriam ser arquivados fisicamente, pois era dessa forma que se realizavam os registros. Contudo, o legislador não atualizou o Código Civil de 2002, nem mesmo se poderia exigir dele isto; fato que não é impeditivo para que o hermeneuta interprete, à luz dos novos tempos e de forma coerente, o dispositivo em deferência. A título de exemplo, podemos observar a Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006) que é exemplar da dispensabilidade cada vez maior dos papéis, inclusive em benefício do meio ambiente.

O dever de guarda, além de constar clara e especificamente de lógica interpretativa extraída do ordenamento jurídico pátrio, foi objeto de debate perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ em demanda que versou basicamente sobre a obrigação ou não de provedores de conteúdo, como de sites de relacionamento, de guardarem dados de seus usuários de forma individualizada a impedir o anonimato, sob pena de reconhecimento de culpa *in omittendo*.

Naquela oportunidade a relatora Ministra Nancy Andri ghi, após rico debate, tendo como base de sua fundamentação a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre usuários e provedores, reconheceu a necessidade de os provedores de conteúdo, aqui se enquadrando os provedores de *e-mail* de forma analógica, a armazenarem os dados de seus usuários dados por um período mínimo de 3 (três) anos, inclusive quando o mesmo cancela o serviço. A título de esclarecimento, confira-se trecho da ementa do referido julgado:

“As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço”. (REsp. n. 1.398.985, rel. Min. Nancy Andri ghi, julgado em 19.11.2013)

De forma esclarecedora a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, reconheceu que:

“As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a Internet é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria utópico contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores.” (RESP 1.398.985)

CONCLUSÃO

Após a breve análise do arcabouço jurídico pátrio, chega-se a uma interpretação de que *e-mail* é uma forma cada vez mais importante de comunicação e pode ser utilizado como prova ou indício de relações jurídicas e de fatos, a depender da higidez da cadeia de custódia do mesmo. Ou seja, a depender da possibilidade de se garantirem a autenticidade, a origem, a integridade e a irretratabilidade da comunicação, o *e-mail* ganha cariz de prova e dispensa maiores burocracias para a realização de diversos negócios jurídicos, contratos aleatórios, propostas, etc.

Nesse sentido, a importância do *e-mail* impõe aos provedores não apenas a garantia de que as mensagens e seus anexos trafeguem adequadamente até o endereço eletrônico dos destinatários, mas que os dados enviados e recebidos pelos usuários sejam armazenados por um prazo mínimo, até quando o serviço de *e-mail* é cancelado por iniciativa dos próprios usuários. ❖

Temerária decisão do STJ*

Jorge Lobo

Advogado. Mestre em Direito da Empresa-UFRJ e doutor e livre-docente em Direito Comercial-UERJ.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 1.532.943-MT, deu provimento, por maioria, ao recurso especial e julgou válida e eficaz a cláusula do plano de recuperação judicial da Recorrente, que suprimiu todas as garantias reais e fidejussórias dos contratos bancários e de fornecimento de bens e serviços dos credores que votaram a favor de sua aprovação e também todas as garantias dos credores ausentes, dos que se abstiveram de votar e até dos que se opuseram à deliberação assemblear.

A decisão do STJ deve ser revista e reformada, pelo ineditismo da tese – foram extintas as garantias para “*que possa a recuperanda exercer suas atividades com o nome limpo*” –; pelos efeitos práticos – a devedora poderá, de imediato e a seu livre alvedrio, dar os mesmos bens móveis e imóveis em garantia real de novas dívidas –; pelas consequências econômicas – a restrição dos empréstimos e financiamentos bancários e a elevação da taxa de juros em decorrência do aumento do risco de crédito.

E outrossim pelos fundamentos do douto voto do eminente Ministro Otávio de Noronha, que me honrou com excerto de minha lavra, e por não ter amparo na *mens legislatoris*, nem resistir à exegese literal, sistemática e finalística da Lei nº 11.101, de 2005 (LRE).

O Senador Ramez Tebet, autor do Parecer nº 534 sobre o *PLC nº 71, de 2003* (que se transformou na LRE), esclarece, de forma lapidar, qual foi a *intenção e a vontade do legislador* ao modificar o art. 59 da LRE: “A Emenda nº 142 acrescenta ao artigo 59 do Substitutivo a expressão “observado o disposto no parágrafo único do art. 50 com relação às *garantias reais, que serão mantidas*”, a fim de deixar claro que a *novação das obrigações sujeitas à recuperação judicial não implica perda das garantias*” (p. 17).

* Colaborou na pesquisa o Dr. Antonio de Faria Guimarães.

Ao tratar dos “*princípios adotados na análise da PLC nº 71, de 2003*”, o Parecer enfatiza a imperiosa necessidade de estimular a: “6) **Redução do custo do crédito no Brasil**: é necessário conferir *segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias* e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico” (p. 30).

No título “*III – Parecer sobre as Emendas*”, o Senador Tebet afirma, categoricamente: “É necessário que a *garantia real do crédito no Brasil – a exemplo do que ocorre na grande maioria dos países desenvolvidos – seja efetiva*, a fim de que haja estímulo à concessão de financiamento e, assim, promova-se o investimento dos recursos financeiros na atividade produtiva, a expansão do acesso ao crédito e seu barateamento, com a redução do chamado *spread bancário*” (p. 55).

A *intenção e a vontade do legislador* estão *positivadas* no art. 49, § 4º, da LRE, que exclui dos efeitos da recuperação judicial os créditos decorrentes de alienação fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis, de cessão fiduciária em garantia de recebíveis performados ou a performar, de arrendamento mercantil, *entre outros*, e, sobretudo, no art. 50, § 1º, que dispõe: “*Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou a sua substituição somente serão admitidas mediante expressa aprovação do credor titular da respectiva garantia*”.

E mais: rompendo com antiquíssima tradição do direito pátrio e opondo-se ao voraz apetite do Governo Federal de arrecadar, a LRE, ao enumerar a ordem dos créditos na falência, privilegiou os “*créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado*” (art. 83, II), classificando-os antes dos “*créditos tributários*” (art. 83, III).

E ainda: imbuída de idêntico propósito, para, mais uma vez, evidenciar que somente com a anuência expressa do credor o plano de recuperação pode suprimir ou substituir a garantia real ou fidejussória, a LRE, no Capítulo VI, que disciplina a “*Recuperação Extrajudicial*”, repete, com as mesmíssimas palavras empregadas na redação do art. 50, § 1º, “sem tirar nem pôr”: “*Art. 163, § 4º: Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.*”

À *mens legislatoris* e à *mens legis*, soma-se a jurisprudência da Quarta Turma do STJ, expressa no julgamento do REsp. 1326888/RS, em que se decidiu, por unanimidade, Rel. Min. Luis Felipe Salomão: “1... a novação decorrente do plano de recuperação traz *como regra a manutenção das garantias* (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), *sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado* (art. 50, § 1º)... 2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, *as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas...*”. ❖

O PL 4.330/2004 (Terceirização) e os *Contact Centers*

O impacto positivo que a futura lei (se sancionada) oriunda do PL 4.330/2004 (que regula o instituto jurídico da terceirização) terá sobre as atividades empresariais dos *contact centers*: telemarketing, recuperação de ativos financeiros, SAC etc.

Luiz Felizardo Barroso

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor Jubilado de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFRJ. Titular da Advocacia Felizardo Barroso & Associados. Presidente da COBRART Gestão de Ativos e Participações.

OS NOVOS PARADIGMAS

O Direito no Brasil está se transformando. Até bem pouco tempo seus profissionais eram conhecidos, apenas, como “doutores da lei”, hoje, porém, a sociedade mudou, passou a exigir deles não apenas o domínio dos diplomas legais, mas, também, a capacidade de debater uma pauta política, propondo soluções para o aperfeiçoamento das instituições e da ordem jurídica de um modo geral.

Com este mesmo espírito é que, neste breve ensaio, analisaremos o projeto cuja futura lei regulará a TERCEIRIZAÇÃO, instituto jurídico que viceja em um universo bem maior: o do trabalho em rede de cooperação empresarial, em que cada empresa, como uma célula,

realiza, por força da TERCEIRIZAÇÃO, em razão de sua especialização, seu trabalho insubstituível e indispensável a um determinado projeto, capitaneado pela tomadora dos serviços terceirizados, a qual se encarregará de juntar todas as peças do quebra-cabeças, fabricadas pelas diversas empresas terceirizadas, dando forma definitiva ao projeto por ela estrategicamente idealizado, o qual será entregue aos consumidores, atendendo aos imperativos do mercado.

Como exemplo bastante expressivo desta cooperação em rede podemos citar a empresa líder do mercado de *smartphones*, a qual hoje realiza apenas as etapas de *design* e desenvolvimento do produto. Quanto à fabricação dos insumos, como: as telas; câmeras; os chassis; dispositivos de memória; a tecnologia de *fingerprunt*; a tecnologia e os sensores *touch*, bem como o painel de exibição são todos terceirizados. Além disso, as diversas etapas de montagem, manufatura e distribuição dos aparelhos são igualmente terceirizadas.

Já as empresas líderes no mercado de aeronaves realizam diretamente sua montagem. No entanto, contam com um total de 5.400 (cinco mil e quatrocentos) fornecedores, ao redor do mundo, os quais lhes fornecem produtos, tais como: a asa, ponta e suporte da asa, motores, rodas de pouso, estabilizador horizontal, porta de entrada dos passageiros, fuselagem central e dianteira.

As grandes empresas fabricantes de automóveis também não ficam atrás. Elas hoje se limitam quase e tão somente a cuidar das etapas de montagem do produto. Não é sem razão, pois que são conhecidas apenas como montadoras. Tanto assim, que há, mundo afora, um mercado diferenciado dos melhores fornecedores de cada etapa do projeto, como: estrutura elétrica e eletrônica; volante; sistemas de áudio e transmissão; motor; controle de clima, etc, etc, etc.

Quanto às empresas de *contact centers* que se dedicam, por exemplo, à recuperação de ativos financeiros de suas contratantes ou tomadoras dos serviços terceirizados, podem focar seus esforços, inteiramente no seu *core business*, não dispersando assim sua energia na atividade de cobrança, geralmente tão diversa da atividade-fim de seu negócio.

A firma terceirizada especializada possui mais experiência na escolha do perfil adequado dos profissionais que realizarão o serviço, maximizando, desta maneira, o resultado, e minimizando os problemas de reclamação dos clientes.

Possuindo um grande volume de carteira de cobrança, a firma terceirizada pode, utilizando-se de seu maior poder de barganha, negociar melhores valores com seus fornecedores, como, por exemplo, empresas de telefonia fixa e móvel, **VOIP**, agências de correio, gráficas etc. Como o contratante normalmente não consegue tais negociações, os custos de fazer a cobrança de seus clientes, por si próprio, acabam sendo maior do que a participação que seria normalmente repassada ao terceirizado.

A firma terceirizada utiliza-se de tecnologia e *know-how* específicos, como gravação de todas as negociações: relatórios de acompanhamento e produtividade dos operadores pelo sistema específico; *scripts* de negociação cuidadosamente elaborados; **URA ativa** (*ialer* automático); envio de **SMS**; monitoramento das ligações; possibilidade de emissão de boletos diretamente pela Internet, enfim, comodidades que permitem maior conforto ao cliente, ora inadimplente e maior segurança ao contratante, principalmente nos dias de hoje, quando os consumidores insatisfeitos socorrem-se imediatamente do Poder Judiciário, esquecendo-se das enormes vantagens de uma eficiente negociação.

TODA NOVIDADE ENCONTRA RESISTÊNCIA

É sempre imprescindível estarmos preparados para enfrentar os medos que toda novidade traz consigo. Será necessária, pois uma boa dose de ousadia, a poder de atitudes coerentes e programadas, à medida que métodos e procedimentos sejam substituídos por outros, ditados pela razão e pelo conhecimento.

Infelizmente, porém, o desafio de influenciar hábitos e comportamentos vai além da mera transmissão de dados e apelos à racionalidade; mesmo assim é bom, que não desanimemos; pois um dia chegaremos lá.

REGULAR A TERCEIRIZAÇÃO É INDISPENSÁVEL E BOM PARA O BRASIL

A terceirização é estratégica para o nosso país. Com ela permite-se a obtenção de ganhos de produtividade, especialização e eficiência por meio da divisão de tarefas e produção por meio de empresas especializadas, seja quanto às atividades empresariais-meio,

ou mesmo atividades-fim, proibidas, estas últimas, porém, por mera decisão pretoriana (SÚMULA 331 do Tribunal Superior do Trabalho), a qual, afinal, deverá ser ultrapassada.

Sem problemas, pois o dilema da diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, no mundo moderno deixou de existir e o Projeto de Lei nº 4.330, de 2004, em tramitação no Congresso Nacional, disto conscientizou-se, permitindo a terceirização de uma e outra, à exceção das de cunho estratégico, subentendidas a juízo e critério da empresa contratante tomadora dos serviços.

As empresas, em verdade, há muito defendem o fim desta dicotomia. O que elas almejam, afinal, é a segurança na escolha do que irão terceirizar; desejando tudo fazê-lo e o projeto de lei em tramitação no Congresso - já encaminhado ao Senado da República, após ter pasado pelas diversas comissões competentes - assim o permite; exceção feita às atividades estratégicas, as quais as empresas sempre manterão para si, por motivos óbvios, como, aliás, sempre o fizeram. O que as preocupa mesmo é a insegurança jurídica a que estão hoje sujeitas e, em especial, a possibilidade de encararem enormes passivos trabalhistas. Isto realmente as apavora; com toda razão, e só quem vivenciou esta situação consegue bem avaliar suas reais consequências.

Ademais, a prática produtiva empresarial moderna sempre buscará a descentralização e a agilidade nos negócios, por serem de sua própria essência, mas não a qualquer preço.

O PANORAMA JURÍDICO VIGENTE

Embora seja um fato consumado, sempre existirão dúvidas a respeito da juridicidade e mesmo da licitude de proibir-se a contratação desta ou daquela atividade por meio de súmulas, ainda que de Tribunais Superiores e não por intermédio de uma lei, como manda a Constituição Federal, que, a propósito, assegura a liberdade de contratação desta ou daquela atividade, nos termos da legislação vigente, com as exceções contempladas legalmente, as quais regulam específica e diretamente certas e determinadas profissões.

Enfim, o que sempre se questionou foi a validade da Súmula nº 331 do TST, que proíbe a contratação de terceiros para o exer-

cício de atividade-fim, permitindo-o, tão somente, com respeito às atividades-meio.

A TERCEIRIZAÇÃO E O PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004

Destaque-se que o objetivo primacial do PL 4.330 foi o de regular uma situação que vivia à mingua de uma proteção legal.

Efetivamente, convenhamos que viver sob a égide de uma Súmula interpretativa do TST – ainda que sendo utilizada – mal ou bem – a contento, não é a melhor solução do ponto de vista da segurança jurídica.

O que garantiria que o Plenário do próprio TST não viesse a rever, em um futuro próximo, essa interpretação, prejudicando tanto as empresas tomadoras de serviços, como as terceirizadas e seus respectivos funcionários?

O Supremo Tribunal Federal estuda, no momento, pronunciar-se a respeito da Súmula do TST, como prova de que tudo pode mudar de uma hora para outra.

Afinal de contas, segundo o princípio da legalidade, todo indivíduo é livre para fazer tudo o que a lei não proíba. Contrariamente, ao Poder Público, só lhe é permitido fazer o que a lei determina.

A TERCEIRIZAÇÃO E O PROJETO DE LEI DO SENADO (PLS Nº 339/2016)

Ingressou no Senado Federal em 2016 o PLS 339 de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, encontrando-se presentemente na Relatoria do Senador Paulo Paim.

Esse projeto tem conquistado a simpatia da classe empresarial, apesar de algumas Comissões internas do Senado terem sugerido a sua rejeição.

ORIGEM DO CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Não é sem razão, pois que a tarefa de administrar – sempre repleta de conteúdo humano e social – exige que se flexibilizem conceitos, procedimentos e comportamentos.

No âmbito das relações empresariais o costume de contratar serviços de terceiros é antigo. Nova é só a palavra terceirização, as-

sim como a vontade e a intensidade com que o fenômeno vem se ampliando.

Aliás, o contrato de trabalho ou de emprego (elo fundamental do Direito Trabalhista), nasceu do antigo Contrato de Prestação de Serviços, previsto no Código Civil; recorda o Dr. Armando José Farah, ao prefaciar a obra de Jeronimo Souto Leiria, intitulada TERCEIRIZAÇÃO (Ed. Ortiz – 2ª Ed. 1952).

É que o fenômeno das transformações perenes das relações sociais e jurídicas não acontece em ritmo vertiginoso, como ocorre na tecnologia, mas de modo gradual, embora incessante.

O PROJETO DE LEI 4.330/2004 E SEUS REFLEXOS

Dormitando na Câmara dos Deputados por onze anos, o Projeto de Lei nº 4.330/2004, que legalizará a TERCEIRIZAÇÃO no Brasil, foi, afinal, desarquivado, em 2015, tendo passado por todas as Comissões e encontra-se presentemente no Senado.

O projeto em causa caracteriza-se por três grandes objetivos: (1) Segurança Jurídica (a relação obrigacional é hoje de mera construção pretoriana – Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho); (2) Proteção ao Trabalhador; trazendo a tomadora dos serviços à cena das responsabilidades trabalhistas, ainda que subsidiariamente, porém de modo solidário; (3) Modernização das Relações de Trabalho, objetivando alcançar maior produtividade, eficiência e especialização.

Paralelamente a estes objetivos meritórios, o projeto em tela possui diversos pontos positivos, a saber: (1) assegurar a terceirização plena; outrora só deferida para as atividades-meio; (2) proporcionar dupla garantia ao trabalhador, equiparando-os aos empregados da tomadora; (3) solidariedade (se encarada como ilícita a terceirização, substituiria a solidariedade, hoje inexistente); (4) ampliação dos direitos trabalhistas; (5) zelo pelas condições de segurança, higiene e saúde.

Nada obstante, o projeto apresentaria alguns pontos negativos os quais preferimos chamar de restritivos, ou de meramente condicionantes; por exemplo: (1) o Projeto não alcança a administração direta. Afastado o fantasma da corrupção, a terceirização apresentar-se-ia como uma alternativa promissora de recuperação da eficácia organizacional do Estado. Todavia, não vingou; (2) impossibilidade de o empregado da terceirizada ser utilizado em atividades diversas, para as quais tenha a firma terceirizada sido contratada.

Já os aspectos negativos a seguir são mais da terceirização em si mesma do que do projeto de lei: (1) aumento da dependência de terceiros; (2) má administração do processo; (3) má escolha dos parceiros; (4) relação com sindicatos diversos; (5) custo das demissões; (6) falta de parâmetros de preços nas contratações iniciais; (7) mudança na estrutura do poder; (8) aumento do risco a ser administrado.

Voltando ao projeto propriamente dito, haverá um aumento razoável da estrutura administrativa da empresa tomadora dos serviços da terceirizada, pois terá que montar um departamento especializado para controle de todas as suas obrigações e encargos fiscais, aos quais estará sujeita subsidiariamente, se aprovado o projeto.

Se a empregadora terceirizada não quitar, pois, seus débitos para com seus empregados – desde que a firma tomadora contratante tenha participado da demanda – ela arcará com tais valores, cabendo-lhe, tão somente, o direito de regresso.

OS DETRATORES DO PROJETO

Com todas estas medidas acima elencadas, objetivando no fundo a garantia dos trabalhadores, ainda há o exemplo de profissionais do Direito, como um dos integrantes do Poder Judiciário, por final exercendo no momento um cargo de liderança, que classificou o atual projeto como “uma bomba armada contra os direitos dos trabalhadores”. Certamente deve ele estar querendo deixar as coisas como estão ou as piorar, ainda mais, sacrificando as já sofridas pequenas e médias empresas brasileiras, as quais proporcionam o maior contingente de mão-de-obra do país, inclusive a do primeiro emprego, como sói acontecer com as empresas de *contact center*.

Esta profissional do Direito deveria refletir sobre as sábias palavras de Abraham Lincoln quando este afirmou, há mais de duzentos anos, que “não ajudarás os assalariados, se arruinares aqueles que os pagam”.

A TUTELA DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Como se pode ver, o que o PL teve foi justamente o intuito de impedir restrições aos direitos trabalhistas, ao coibir, por exemplo, que o prestador de serviços seja pessoa jurídica: a) cujo sócio ou

titular seja administrador ou equiparado da tomadora do serviço; b) cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com a tomadora, relação de pessoalidade, subordinação ou habitualidade; c) seus titulares que, nos últimos 24 meses tenham prestado serviços à tomadora, na qualidade de empregado, ou não, ainda que os titulares ou sócios sejam aposentados.

OS IMPACTOS POSITIVOS OU NEGATIVOS SOBRE AS ATIVIDADES DE *CONTACT CENTER*

Ao longo deste ensaio já nos referimos aos diversos impactos que o PL em causa exercerá por sobre as atividades dos *contact centers*, como terceirizadas que são.

Estes impactos devem ser vistos agora, porém, mais especificamente, por dois diferentes prismas, a saber: o da tomadora dos competentes e respectivos serviços e o da terceirizadora, prestadora destes mesmos serviços.

O que muda para a tomadora dos serviços terceirizados:

a) obrigação de a tomadora dos serviços fiscalizar se a prestadora destes mesmos serviços está cumprindo com as obrigações trabalhistas e previdenciárias dos seus empregados; exigindo-lhe comprovantes de pagamento dos salários, férias, vale transporte, vale refeição e todas as outras verbas inerentes à relação empregatícia;

b) necessidade de a tomadora dos serviços comunicar à prestadora e ao Sindicato profissional da classe do trabalhador a ocorrência de acidente profissional, quando a vítima for trabalhador diretamente implicado no trabalho que estiver sendo executado;

c) conscientização da solidariedade de sua responsabilidade, em relação à empresa terceirizada quando esta, ainda que de modo subsidiário, não cumprir com suas obrigações trabalhistas;

d) faculdade de reter o pagamento da fatura mensal da prestadora dos serviços, em valor proporcional ao não pago pela terceirizada, aos seus funcionários, até que a situação se normalize.

“Observação: ponto polêmico que deverá sofrer restrição no Senado”.

A PRESTADORA DOS SERVIÇOS

Há mais pontos positivos do que negativos para as prestadoras de serviços, embora tenham estas que apresentar no contrato uma espécie de contragarantia representada por caução em dinheiro; seguro garantia, ou fiança bancária à tomadora do serviço, a qual será liberada mediante a comprovação da quitação das obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas aos empregados que tenham participado dos serviços contratados (artigos 5º, inciso VI, § 2º, itens I, II e III, e 10 do PL).

CONCLUSÃO

Com tantos encargos atribuídos, por via de transferência (subsidiariedade) da pessoa do terceirizado para a tomadora dos serviços é justo esperar que as empresas tomadoras de serviços terceirizados façam suas contas para saber o que lhes custaria menos terceirizar, sobretudo as atividades-meio, ou exercê-las diretamente, elas próprias?

Se bem que, como vimos neste breve ensaio, a terceirização não é só levada na devida consideração sob seus aspectos econômico-financeiros, mas segundo o velho adágio popular *tiem toi a ton sujet*, ou, no bom português brasileiro, “cada macaco no seu galho”.

É que, terceirizando, sobretudo, suas atividades-meio, as empresas tomadoras podem dedicar todos os seus esforços e toda a sua *expertise* no seu *core business*; levando-se, ainda em consideração, o que vimos no início, quando citamos a fabricação de *smartphones*, aviões e automóveis, bem como as atividades dos *contact centers*, oportunidade em que a especialização leva à excelência.

Quanto aos detratores da terceirização e de seu projeto, infelizmente a terceirização terá que ser feita a despeito deles, os quais “ficam falando sozinhos enquanto a caravana irá passando”; porque o desafio de se influenciar hábitos e comportamentos, infelizmente, como dissemos no início, vai muito além da mera transmissão de conhecimentos e apelo à razão, como estamos procurando fazer neste breve ensaio, debatendo uma pauta político-jurídica, sem a pretensão de havê-la esgotado. ❖

O Direito do Magistrado ao Magistério em Face das Limitações das Resoluções n^os 134 e 170 do Conselho Nacional de Justiça¹

Nagib Slaibi

Magistrado - RJ e Diretor da ENAMAGES.

1. CONCEITOS

Magistrado e Magistério vêm da mesma raiz, do sânscrito *mag*, a significar força, poder, autoridade, condutor, de onde derivaram expressões a indicar maior e, conseqüentemente, magistrado e magistério, e até mesmo magia:

Magia è una parola che contiene la radice indoeuropea (o arya) MAG-. La ritrovate in Mag-istratus, Mag-ister, Mag-nus, Mag-nanimus (= dal grande animo), Mag-nate e perfino in Mag-ma, la potente roccia generata dalla Terra che può portare distruzione o fertilità. MAG-sta a significare grande. Il Mag-us sarebbe colui che fa cose grandi (per gli antichi iraniani il Mago era un purificatore che agiva con il Fuoco Sacro).²

O antônimo de *mag* é *min*, de onde vem menos, menor, representante.

Magistrado é o juiz, ou seja, a pessoa a quem a ordem jurídica comete o poder e o dever de julgar os conflitos de interesses indivi-

¹ Dedico esta modesta monografia ao Desembargador Antonio Rulli Júnior, do Tribunal de Justiça de São Paulo, homenageando sua antiga e incessante luta em prol da escola judicial na formação da Magistratura do Estado Democrático de Direito.

² Ver: <http://zaro41.wordpress.com/2010/06/15/lenergia-del-sette-e-dello-lotto-i-multi-misteri-dei-numeri-1/>.

duais e sociais. A expressão não tem somente significado jurídico:³

*Deriva-se o vocábulo do latim **magistratus**, de **magister**, da raiz mag, formadora de **magnum** (grande).*

*E, assim, literalmente, quer significar uma função de mando ou designar aquele que a exerce, **qui magis potest**, isto é, que manda, que ordena, que dirige.*

*Entre os romanos, era o **magister**. E designava toda pessoa que fosse investida numa dignidade, num cargo ou num ofício do governo ou da administração, para ali ser o condutor, o chefe, o maioral, o superintendente, ou o administrador.*

2. MAGISTÉRIO NA MAGISTRATURA

Embora com referência a fins de previdência social, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional, em seu art. 67, explicita o conceito de magistério:

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (Incluído pela Lei nº 11.301, de 2006.)

Então o Magistério compreende a docência (do latim *ducere*, conduzir, a ação ou resultado de ensinar; ato de exercer o magistério; ministrar aulas), a direção escolar, a coordenação administrativa e o assessoramento pedagógico.

³ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 879.

3. O DIREITO DO MAGISTRADO AO MAGISTÉRIO NÃO ESTÁ LIMITADO AO NÍVEL SUPERIOR

Entre as vedações ao Magistrado, em qualquer instância, está justamente a restrição ao Magistério, como dispõe o art. 95, parágrafo único, da Constituição:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

...

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

Magistrado é servidor público, embora agente político, e a Constituição proíbe a acumulação de cargos, como está no art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

...

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

~~c) a de dois cargos privativos de médico;~~ (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001.)

~~XVII a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público;~~

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

A proibição de acumulação é também para os parlamentares:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades referidas no inciso I, “a”;

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, “a”;

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

Embora a Constituição de 1988 permita ao Magistrado o exercício do Magistério, sem distinguir o nível do ensino, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, restringe o seu magistério somente ao grau superior:

Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vedado):

I - em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;

II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:

a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;

[...]

§ 1º - O exercício de cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino.

§ 2º - Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.

Poderão os modernos indagar o motivo pelo qual a LOMAN, editada na vigência da Constituição anterior, restringiu ao Magistério superior a atividade do Magistrado, o que evidentemente contraria a atual ordem constitucional.

Necessário esclarecer que até a vigência da Constituição de 1988, o entendimento comum era que as normas constitucionais necessitavam, de regra, da interposição legislativa, para que tivessem plena aplicabilidade.

Neste aspecto, é conhecida a lição de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, classificadas em normas autoaplicáveis ou de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de aplicabilidade limitada de princípio institutivo ou de princípio programático.⁴

O mesmo estimado mestre colaborou como assessor na Assembleia Nacional Constituinte junto à Comissão Sistematizadora, presidida pelo também mineiro e também grande professor de Direito

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 91-96.

Constitucional, Afonso Arinos de Melo Franco, e ali teve a oportunidade de fazer constar na Constituição o padrão de eficácia plena da sua aplicabilidade quanto aos direitos, princípio, aliás, comum às Constituições desde a segunda metade do século XX:

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

...

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º 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.

Evidentemente, a norma constitucional tem a sua eficácia natural em face da natureza suprema do poder constituinte e a Constituição *desbasta o Direito anterior como uma rasoura*, na célebre expressão de Rui Barbosa.

O Magistrado tem o direito constitucional de exercer o Magistério, em norma de eficácia plena pela Carta de 1988, e tal direito não pode ser limitado por normas infraconstitucionais, ainda que editadas em época anterior.

Em consequência, está revogada, com a vigência da atual Constituição, a limitação ao ensino superior criada pela LOMAN quanto ao magistério do Magistrado.

Aliás, muito a propósito, ao regular o tema, a Resolução nº 34, de 24 de abril de 2007, alterada pela Resolução nº 226, de 14 de junho de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, não limitou o magistério do Magistrado ao ensino superior, assim fazendo prevalecer a Constituição em face da LOMAN.

Magistrados estaduais, federais e do trabalho estão espalhados por todo o território nacional e as comunidades em que atuam necessitam de docentes também para o ensino médio ou para atividades extracurriculares.

4. MAGISTRADO NÃO PODE SER EXCLUÍDO DO MAGISTÉRIO NA ESCOLA JUDICIAL

Pelo mencionado art. 26 da LOMAN, § 1º, em não se tratando de escola judicial ou curso oficial de preparação ou formação, somente pode o magistrado exercer funções em sala de aula, em regência de turma, não podendo exercer função de direção administrativa ou mesmo técnica no estabelecimento de ensino.

Já pelo § 2º, em se tratando de curso oficial de preparação para judicatura ou para aperfeiçoamento de magistrados, não há tal limitação, razão pela qual ele pode reger turma, funcionar como pedagogo ou técnico, bem como dirigir a escola judicial.

Por absolutamente contrário aos princípios da Pedagogia, que não dispensa o empirismo como fundamento do conhecimento, seria impensável excluir o magistrado da escola judicial, e proibi-lo de dirigir, coordenar, exercer função administrativa ou técnica em estabelecimento de ensino dedicado ao ensino das competências da Magistratura.

Reconhecendo o valor do empirismo, veja-se a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional:

Art. 61. Consideram-se profissionais da educação escolar básica os que, nela estando em efetivo exercício e tendo sido formados em cursos reconhecidos, são: (Redação dada pela Lei nº 12.014, de 2009.)

...

Parágrafo único. A formação dos profissionais da educação, de modo a atender às especificidades do exercício de suas atividades, bem como aos objetivos das diferentes etapas e modalidades da educação básica, terá como fundamentos: (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009.)

I - a presença de sólida formação básica, que propicie o conhecimento dos fundamentos científicos e sociais de suas competências de trabalho; (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009.)

II - a associação entre teorias e práticas, mediante estágios supervisionados e capacitação em serviço; (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009.)

III - o aproveitamento da formação e experiências anteriores, em instituições de ensino e em outras atividades. (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009.)

E tais normas estão de acordo com a Carta da República, pois a qualificação para o trabalho é objetivo da Educação:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

E com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

Excluir o magistrado da escola judicial atenta contra os princípios e valores constitucionais e pedagógicos, não podendo se conferir interpretação a norma infraconstitucional de modo a conduzir a tal entendimento, como tem sido feito por poucos após a edição da Resolução nº 226/2016, do Conselho Nacional de Justiça.

5. AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SOBRE MAGISTÉRIO DO MAGISTRADO

O Conselho Nacional de Justiça baixou inicialmente a Resolução nº 34, de 24 de abril de 2007, recentemente alterada pela Resolução 226, de 14 de junho de 2016:

Resolução nº 34, de 24 de abril de 2007.

Dispõe sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no exercício da competência que lhe confere o inciso I do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal, e

CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, I, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

CONSIDERANDO a regra constitucional inscrita no inciso I do parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal, que permite ao magistrado o exercício do magistério;

CONSIDERANDO a conveniência e oportunidade de uniformização da matéria no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo em face do que dispõem os artigos 35, VI, e 36, II, e o § 1º do art. 26, todos da Lei Complementar nº. 35/79 (LOMAN);

CONSIDERANDO, ainda, a decisão proferida, em sede cautelar, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 3126-1/DF;

CONSIDERANDO, por fim, a decisão proferida pelo Plenário deste Conselho Nacional de Justiça nos autos do Pedido de Providências nº. 814,

RESOLVE:

Art. 1º Aos magistrados da União e dos Estados é vedado o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo o magistério.

Parágrafo único. O exercício da docência por magistrados, na forma estabelecida nesta Resolução, pressupõe compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, o que deverá ser comprovado perante o Tribunal.

Art. 2º O exercício de cargos ou funções de coordenação acadêmica, como tais considerados aqueles que envolvam atividades estritamente ligadas ao planejamento e/ou assessoramento pedagógico, será admitido se atendidos os requisitos previstos no artigo anterior.

§ 1º É vedado o desempenho de cargo ou função administrativa ou técnica em estabelecimento de ensino.

§ 2º O exercício da docência em escolas da magistratura poderá gerar direito a gratificação por hora-aula, na forma da lei.

§ 3º Não se incluem na vedação referida no § 1º deste artigo as funções exercidas em curso ou escola de aperfeiçoamento dos próprios Tribunais, de associações de classe ou de fundações estatutariamente vinculadas a esses órgãos e entidades.

Art. 3º O exercício de qualquer atividade docente por magistrado deverá ser comunicado formalmente ao órgão competente do Tribunal, mediante registro eletrônico em sistema por ele desenvolvido, com a indicação da instituição de ensino, do horário e da(s) disciplina(s) ministrada(s). (Redação dada pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

§ 1º As informações referidas no caput serão inseridas no sistema, preferencialmente, no início de cada semestre letivo, devendo o magistrado promover periodicamente a sua atualização, caso haja modificação de instituição, disciplina ou carga horária. (Redação dada pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça e a Corregedoria Nacional de Justiça promoverão o acompanhamento e a avaliação periódica das informações referidas no caput deste artigo. (Resolução dada pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

§ 3º Verificado o exercício de cargo ou função de magistério em desconformidade com a presente Resolução, e, excluída a hipótese do parágrafo anterior, o Tribunal, por seu órgão competente, ouvido o magistrado, fixará prazo para as adequações devidas, observado o prazo máximo de 06 (seis) meses.

Art. 4º A presente resolução aplica-se inclusive às atividades docentes desempenhadas por magistrados em cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas e em cursos de pós-graduação.

Art. 4º-A A participação de magistrados na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou membro de comissão organizadora, inclusive nos termos do art. 4º da Resolução CNJ 170/2013, é considerada atividade docente, para os fins desta Resolução. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

§ 1º A participação nos eventos mencionados no caput deste artigo deverá ser informada ao órgão competente do Tribunal respectivo em até 30 (trinta) dias após sua realização, mediante a inserção em sistema eletrônico próprio, no qual deverão ser indicados a data, o tema, o local e a entidade promotora do evento. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça e a Corregedoria Nacional de Justiça promoverão o acompanhamento e a avaliação periódica das informações referidas no § 1º deste artigo. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

§ 3º A atuação dos magistrados em eventos aludidos no caput deste artigo deverá observar as vedações constitucionais relativamente à magistratura (art. 95, parágrafo único, da Constituição), cabendo ao juiz zelar para que essa participação não comprometa a imparcialidade e a independência para o exercí-

cio da jurisdição, além da presteza e da eficiência na atividade jurisdicional. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

Art. 5º Os Tribunais deverão disponibilizar em seu sítio eletrônico base de dados com as informações indicadas no art. 3º e no § 1º do art. 4º-A, acessível a qualquer interessado, consoante as determinações da Resolução CNJ 215/2015, inclusive para os fins de aferição de situações de impedimento, nos termos do art. 144, VII, do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

Parágrafo único. Caso o magistrado não reconheça seu impedimento para atuar no processo, nas hipóteses previstas nesta Resolução, a parte interessada poderá promover a respectiva arguição nos termos da lei processual correspondente. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

Art. 5º-A As atividades de coaching⁵, similares e congêneres, destinadas à assessoria individual ou coletiva de pessoas, inclusive na preparação de candidatos a concursos públicos, não são consideradas atividade docente, sendo vedada a sua prática por magistrados. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16.)

Art. 6º A presente Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Ministra ELLEN GRACIE

O expediente forense, como referido no art. 1º da Resolução nº 34, hoje deve levar em conta não somente os horários de funcionamento normal do Fórum, estabelecidos pelas leis de organização judiciária, como também o que se contém na regulamentação do processo eletrônico, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que, em seu art. 10, § 1º, assegura que o prazo do ato processual possa ser praticado pela parte, por meio de petição eletrônica, até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

Evidentemente, em casos de urgência, serão designados magistrados para atuar fora do expediente comum, sem que dali se possa

⁵ *Coaching* é palavra inglesa, muito usada no esporte e na academia, que indica atividade de formação pessoal em que o instrutor ou treinador ajuda o seu pupilo a evoluir em alguma área da vida.

interpretar que o Magistrado fique exercendo a sua jurisdição ininterruptamente, ou que não possa se ausentar do seu local de trabalho.

Aliás, tanto se disseminou o processo eletrônico judicial que há tribunais que hoje são totalmente digitais, como o Supremo Tribunal Federal, ou estão na maior parte digitalizados, como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que recebe mensalmente 160 mil feitos eletrônicos e somente 40 mil físicos, justamente os que dependem do Governo, como as ações penais.

É imbricada com o tema de magistério a Resolução nº 170, de 26 de fevereiro de 2013, também do Conselho Nacional de Justiça, referida no art. 4º-A, da transcrita Resolução nº 34, o que indica que é ato normativo que também incide sobre atividades de Magistério dos magistrados:

RESOLUÇÃO Nº 170, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Regulamenta a participação de magistrados em congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, tendo em vista o decidido na 163ª Sessão Ordinária, realizada em 19 de fevereiro de 2013;

CONSIDERANDO que entre as vedações impostas aos magistrados está a de receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (art. 95, parágrafo único, IV, da Constituição Federal);

CONSIDERANDO que o Estatuto da Magistratura estabelece que, entre os deveres do magistrado, está o de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (art. 35, VIII, da LC 35/1979);

CONSIDERANDO que o art. 103-B, § 4º, I, da Constituição Federal atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça o dever de

expedir atos regulamentares, nos limites de suas competências, e zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura;

CONSIDERANDO que o art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal atribui ao Conselho Nacional de Justiça o dever de zelar pela observância do art. 37 do mesmo diploma constitucional;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer parâmetros para a participação de magistrados em eventos jurídicos e culturais, de modo a não comprometer a sua imparcialidade para decidir, em caso de subvenção por entidades privadas;

RESOLVE:

Art. 1º Os congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares realizados, promovidos ou apoiados pelos Conselhos da Justiça, Tribunais submetidos à fiscalização do Conselho Nacional de Justiça e Escolas Oficiais da Magistratura, estão subordinados aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de forma que o conteúdo do evento, sua carga horária, a origem das receitas e o montante das despesas devem ser expostos de forma prévia e transparente.

Art. 2º Os congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, quando promovidos por Tribunais, Conselhos de Justiça e Escolas Oficiais da Magistratura, com participação de magistrados, podem contar com subvenção de entidades privadas com fins lucrativos, desde que explicitado o montante do subsídio e que seja parcial, até o limite de 30% dos gastos totais.

Art. 3º A documentação relativa aos congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, quando realizados por órgãos da justiça submetidos ao Conselho Nacional de Justiça, inclusive as Escolas Oficiais da Magistratura, ficará à disposição do CNJ para controle, bem como de qualquer interessado.

Art. 4º A participação de magistrados em encontros jurídicos ou culturais, quando promovidos ou subvencionados por entidades privadas com fins lucrativos, e com transporte e hospedagem subsidiados por essas entidades, somente poderá se dar na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou organizador.

Parágrafo único. A restrição não se aplica aos eventos promovidos e custeados com recursos exclusivos das associações de magistrados.

Art. 5º Ao magistrado é vedado receber, a qualquer título ou pretexto, prêmios, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Art. 6º Esta Resolução entrará em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação em sessão de julgamento pelo plenário do Conselho Nacional de Justiça.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

6. O MAGISTRADO TEM O DIREITO E O DEVER DE EXERCER O MAGISTÉRIO NA ESCOLA JUDICIAL

Desde logo, pelos atos normativos antes transcritos, vê-se que a Constituição expressamente garante ao magistrado o direito de exercer o Magistério (art. 95, parágrafo único, I, *in fine*), o que leva também ao exercício nas escolas judiciais, nela compreendendo não só a docência, a direção e a coordenação técnica e administrativa

Contudo, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, lembrada por muitos magistrados com o epíteto de *Código Penal da Magistratura*, veio complementar a Constituição da época, a Emenda Constitucional nº 1/69, restringindo, no seu art. 26, o direito somente ao Magistério superior, público ou privado.

Aliás, em decorrência de tal dispositivo, centenas de juízes que eram docentes em escolas do ensino médio nas suas comarcas tive-

ram que abandonar a docência, onde regiam matérias como História, Português, Latim e outras, assim atendendo às comunidades carentes de tais docentes.

E mais restringiu a LOMAN o direito do Magistrado ao dispor:

§ 1º - O exercício de cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino.

Já existiam poucas escolas judiciais na década de 80, como a Escola Nacional da Magistratura, a primeira no país, instituída pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

O modelo de vinculação à entidade associativa certamente decorreu porque, na época, não existia o que hoje está no art. 99 da Constituição, quanto à autonomia administrativa e financeira, e os tribunais viviam na absoluta dependência de recursos que não eram repassados pelos Governos.

Como a associação de magistrado é pessoa jurídica de direito privado, mantida com as mensalidades de seus associados, o modelo inicial foi justamente o de vincular a escola judicial ao ente associativo, nele buscando os recursos humanos e financeiros para o seu funcionamento.

Posteriormente, outras escolas foram instituídas vinculadas ao Poder Público, como a Escola Paulista da Magistratura, a Escola Edésio Fernandes, na Capital mineira, e a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), geralmente por leis estaduais propostas pelos respectivos Tribunais.

O que há de comum nas escolas judiciais, associativas ou não, é que devem procurar meios de exercer as suas funções, pois não conseguem implementar as suas atividades somente com dotações do Erário ou contribuições de magistrados como associados.

Atualmente, muitas escolas judiciais são vinculadas às associações nacionais e locais de magistrados e não poucas compreendem também escolas para os servidores da Justiça, também sob a mesma direção e estrutura, embora, evidentemente, com planos pedagógicos atendendo aos respectivos fins específicos de magistério.

Todas também se viram forçadas a aderir à Tecnologia de Informação, com a implementação de cursos a longa distância (EAD), pela impossibilidade de manter o monopólio exclusivo dos cursos presenciais.

A LOMAN, ainda na redação original, porque impossível escola judicial sem o magistério do juiz, se viu forçada a estipular que não se enquadrava no transcrito § 1º o que a seguir dispõe:

§ 2º Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.

Interessante observar que o mencionado § 2º distinguiu o curso de preparação para a judicatura do curso de aperfeiçoamento.

Com a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, deu-se a seguinte redação ao art. 93, IV, da Constituição:

IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Decorrem de tal dispositivo da Constituição da República as atividades essenciais das escolas judiciais, sem que se afaste outras atividades como cursos permanentes e eventuais não só para magistrados como para todo o pessoal da Justiça:

- curso de preparação para o ingresso na carreira da Magistratura;
- curso de formação, como etapa obrigatória do processo de vitaliciamento do Magistrado; e
- curso de aperfeiçoamento ou aprimoramento de magistrados.

Note-se que a Constituição tem forte preocupação com a capacitação de todos os agentes públicos, prevendo em seu art. 39:

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos

servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.)

Vê-se, assim, que a escola de governo, prevista no art. 39, § 2º, dedica-se à formação e ao aperfeiçoamento dos servidores públicos, enquanto a escola judicial, prevista no art. 93, IV, tem as funções de preparação para o ingresso na carreira da Magistratura, formação do magistrado vitaliciando e aperfeiçoamento dos demais.

Em decorrência, quanto ao serviço público, a própria Constituição institui as escolas judiciais e as escolas de governo, nessas abrangendo todas as escolas dos demais serviços públicos que não sejam as judiciais.

Como dispõe o art. 105 da Constituição:

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.)

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.)

Por similitude, no art. 111 consta:

§ 2º Funcionário junto ao Tribunal Superior do Trabalho: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.)

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.)

Note-se que as referidas escolas nacionais têm por atribuições regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção nas carreiras de juiz estadual, juiz federal e juiz trabalhista.

Ditas escolas não receberam competência para impor orientação sobre os cursos de preparação para concursos, o que acabou indiretamente regulado pelo Conselho Nacional de Justiça ao baixar a Resolução nº 75, sobre o concurso público de títulos e provas para o ingresso inicial na Magistratura.

A escola judicial não pode cobrar do Magistrado os seus serviços quanto à formação e ao aprimoramento.

Como a escola judicial tem constitucionalmente a missão de preparar candidatos ao concurso público para ingresso na Magistratura, e como os candidatos não são magistrados, as escolas judiciais, associativas ou não, instituíram cursos de preparação mediante retribuição de mensalidades, exatamente como fazem as escolas de governo e as escolas associativas de outras carreiras como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública etc.

No exercício de suas funções, quanto à formação e ao aprimoramento de magistrados, a ENFAM baixou o seguinte ato normativo, destacando justamente os meios de realização do ensino a distância:

RESOLUÇÃO ENFAM N. 5 DE 29 DE AGOSTO DE 2016.

Dispõe sobre o planejamento e a coordenação dos cursos oficiais de formação inicial, dos cursos oficiais de aperfeiçoamento do programa de formação continuada e dos cursos oficiais do programa de formação de formadores.

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - ENFAM, usando de suas atribuições legais e regimentais e

CONSIDERANDO a atribuição de regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira da magistratura, conferida à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados pelo art. 105, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal de 1988;

CONSIDERANDO a atribuição prevista no art. 2º, inciso XII, do Regimento Interno da Enfam, de regulamentar os cursos oficiais para o ingresso, a formação inicial e o aperfeiçoamento

de magistrados e de formadores, bem como a coordenação das escolas judiciais e de magistratura, estas últimas quando em atuação delegada;

CONSIDERANDO que o programa de formação de formadores deve oportunizar o desenvolvimento de competências para o exercício de atividades pedagógicas, incluindo as atividades de organização e gestão no âmbito das escolas judiciais e de magistratura, conforme o disposto no art. 37, da Resolução n. 2 de 8 de junho de 2016;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Conselho Superior da Enfam na reunião realizada em 18 de agosto de 2016,

RESOLVE:

Capítulo I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta resolução disciplina o planejamento e a coordenação dos cursos oficiais de formação inicial, dos cursos oficiais de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e promoção na carreira da magistratura e dos cursos oficiais de formação de formadores realizados no âmbito das escolas judiciais e de magistratura.

Instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça tem atribuições em que se destacam:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009.)

.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.)

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.)

O Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da Magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário Nacional, dispondo sobre o procedimento dos concursos e das disciplinas, como constam nos seus anexos, assim vinculando os planos pedagógicos das escolas judiciais quanto à preparação de candidatos para concursos públicos de provas e títulos para a Magistratura, de acordo com as competências das Justiças estadual, federal, laboral e militar.

7. COMUNICAÇÃO DAS ATIVIDADES DOCENTES AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

Aparentemente sob o pressuposto de que o Magistrado não tem direito ao Magistério, e que este deve ser restringido, controlado ou mesmo repellido, a Resolução nº 34, em seu art. 3º, institui rigoroso controle sobre o exercício de qualquer atividade docente (e não de todas as atividades do magistério) pelo Magistrado, o qual se vê compelido a comunicar ao seu Tribunal, a cada início de semestre letivo, mediante registro eletrônico, a instituição de ensino, o horário e as disciplinas ministradas.

Esclareça-se que o controle abrange a disciplina ministrada em qualquer instituição de ensino, inclusive escola judicial, de forma a se controlar a compatibilidade de horários com a atividade judicial.

Desde a previsão feita pela LOMAN, no seu art. 26, sempre se estranhou como apurar a compatibilidade de horários entre a judicatura, atividade sabidamente de horário integral, com plantões e dever de atendimento que fazem parte da atividade de uma Autoridade Pública, com os horários que podem ser dedicados ao Magistério.

Repita-se que Magistrado não é servidor público como os demais, pois é Autoridade Pública, membro de Poder da República e exerce as suas atividades de forma exclusiva, não podendo ser substituído salvo por outro Magistrado.

E mais se complicou tal questão de compatibilidade de horários com a introdução do processo eletrônico, regido pela Lei federal nº 11.419/2006, em que não há interrupção do horário forense.

Nos termos do art. 4º da Resolução nº 34, também deve o Magistrado comunicar o exercício da docência em cursos de pós-graduação e cursos preparatórios para concurso de ingresso em carreira pública.

O art. 26, § 1º, da LOMAN exige a correlação de matérias além da compatibilidade de horários e pelo mesmo afã de limitação ao exercício do direito do Magistrado ao Magistério.

Mas hoje até mesmo para o concurso da Magistratura a Resolução nº 75 do CNJ exige matérias que não são jurídicas, ditas matérias humanistas, sem correlação imediata com as matérias de Direito.

Por outro lado, a amplitude das normas jurídicas no Estado Democrático de Direito é tão ampla que poderiam alguns mais extremados pensar que não possa o Magistrado estadual, que ordinariamente não decide causas trabalhistas, exercer a docência do Direito do Trabalho ou, não exercendo função específica, exercer a docência do Direito Penal Militar.

CONCLUSÃO

I – O Magistrado tem o direito, e não pela singela tolerância benfazeja de alguns, a exercer o Magistério, como decorre do disposto no art. 95, parágrafo único, I, parte final, da Constituição. Eventual regulação pelas normas infraconstitucionais não pode limitar a aplicabilidade imediata da tal direito, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º, da mesma Constituição. Qualquer norma infraconstitucional sobre

o tema deve ser interpretada conforme tal direito constitucional de aplicabilidade imediata.

II - O Magistério do Magistrado não está limitado ao ensino superior. As normas do art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição de 1988 revogaram, com a sua vigência, a limitação que constava na LOMAN, art. 26, quanto ao magistério do Magistrado somente ao nível superior, pois, em se tratando de direitos, a Constituição não mais exige a *interpositivo legislatoris*. Neste exato sentido, a Resolução nº 34, de 24 de abril de 2007, alterada pela Resolução nº 226, de 14 de junho de 2016, que não limitou o magistério do Magistrado ao ensino superior;

III - Em face do disposto no art. 26, § 2º, da LOMAN, em se tratando de curso oficial de preparação para judicatura ou para aperfeiçoamento de magistrados, o Magistrado está autorizado à direção da escola, à docência, à coordenação administrativa e técnica;

IV - A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social, como consta no art. 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pelo que não pode se excluir o Magistrado do Magistério nas escolas de preparação, formação e aprimoramento de magistrados (Constituição, art. 93, IV);

V - Mostra-se exorbitante e desarrazoado o critério da LOMAN em exigir que exercício da docência por magistrados pressuponha compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica. Juiz é autoridade pública e não mero servidor administrativo, não se sujeitando a horários rígidos no cumprimento de suas funções que não podem ser substituídas por quem quer que seja. Além do mais, a disseminação do processo eletrônico, regulado pela Lei nº 11.419/2006, possibilita ao Magistrado o acesso aos autos digitais em qualquer lugar ou momento;

VI - Também se mostra exorbitante limitar o magistério do Magistrado à correlação de matérias prevista no art. 26, § 2º, da LOMAN/79, em face da ultrapassagem do conceito de que as matérias jurídicas são somente aquelas decorrentes dos textos legais. A introdução das disciplinas humanistas foi feita até mesmo na Resolução nº 75, do Conselho Nacional de Justiça, regulamentando os concursos públicos de provas e títulos para ingresso na carreira da Magistratura.

VII – O Magistrado tem o dever de comunicar ao seu Tribunal, nos termos dos arts. 3º e 4º da Resolução CNJ nº 34/2007, o exercício da docência em escolas públicas, privadas, confessionais, judiciais ou de governo, cursos de pós-graduação e cursos de preparação para concursos de carreira jurídica.

VIII – É considerada atividade docente, para todos os fins, inclusive comunicação ao seu Tribunal, a participação do Magistrado em palestras, conferências, bancas, painéis, debates ou membro de comissão organizadora (Resolução nº 34, art. 4º). A participação, no entanto, não pode nem deve restringir o direito fundamental de manifestação do pensamento previsto para todos os indivíduos, salvo quanto à atividade político-partidária, defesa para o Magistrado (Constituição, art. 95, parágrafo único, III).

IX – A participação do Magistrado em encontros jurídicos ou culturais, quando promovidos ou subvencionados por entidades privadas com fins lucrativos, e com transporte e hospedagem subsidiados, somente poderá se dar na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou organizador (Resolução nº 170, art. 4º).

X – Ao Magistrado é vedado receber, a qualquer título ou pretexto, prêmios, auxílios, contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (Resolução nº 170, art. 5º).

XI – A lei referida na Resolução nº 170, art. 5º, *in fine*, é a lei complementar federal, prevista no art. 93 da Constituição, ou, enquanto esta não for editada, o ato normativo do Conselho Nacional de Justiça previsto no art. 103-B, § 4º, da Constituição, e nunca lei estadual ou ato normativo comum, porque o regime jurídico da Magistratura tem fundamento somente na Constituição e na referida lei complementar federal.

XII – É vedada, por não ser considerada atividade docente, a prática por Magistrado de atividade de *coaching*, similares ou congêneres, destinada à assessoria individual ou coletiva de pessoas, inclusive na preparação de candidatos a concursos públicos (Resolução nº 34, art. 5º A, incluído pela Resolução nº 226/2016). ❖

Incorporação Imobiliária, Patrimônio de Afetação (art. 31-A da Lei nº 4.591/64) e Pesquisa Mercadológica

Rafael Nunes Sieiro

*Professor de Direito Imobiliário. MBA Executivo em
Negócios Imobiliários / Especialista em Direito Imobiliário.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO, 2. DESENVOLVIMENTO, 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS, 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o tema “Incorporação Imobiliária, Patrimônio de Afetação (art. 31-A da Lei nº 4.591/64) e Pesquisa Mercadológica”, assunto de estrutural importância para o período hodierno, haja vista a crescente quantidade de empreendimentos que são lançados a cada dia e as diversas demandas que surgem dessa relação tão complexa.

Não incomum é a figura de pessoas que se lançam na atividade da incorporação imobiliária sem efetuar quaisquer estudos ou pesquisas sobre essa atividade, mostrando-se comum pequenos construtores e incorporadores que sequer sabem da existência de uma legislação que regula sua atividade, no caso, a Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, muito menos o que significa patrimônio de afetação, que nas palavras do renomado Mestre Melhim Namem Chalhub:

“...é uma garantia especialmente concebida para a tutela dos interesses dos credores do empreendimento afetado, conferindo

privilégios especiais aos adquirentes dos imóveis em construção e atribuindo-lhes o poder de deliberar sobre o futuro do empreendimento até mesmo em caso de falência da empresa incorporadora”¹.

Não há como se espargir em uma modalidade empresarial tão robusta, sem que sejam conhecidos todos os aspectos e fundamentos que norteiam a atividade. Demonstração disso é quantidade de empreendimentos que ora atrasam ora não entregam as unidades, gerando desgaste financeiro e emocional para seus adquirentes e culminando com inúmeras ações judiciais.

Nesse diapasão, mostra-se de vital importância a realização de uma acurada pesquisa mercadológica, de modo a minimizar e até mesmo elidir o insucesso de um empreendimento imobiliário e não frustrar as expectativas de adquirentes, incorporadores e de toda equipe de colaboradores que engendram a viabilização de uma Incorporação Imobiliária.

2. DESENVOLVIMENTO

A ideia de um tipo de construção em que se aproveitasse de forma mais racional o espaço, expandindo verticalmente as moradias, não é moderna, ao contrário, remonta à Revolução Industrial, a qual levou para as grandes cidades uma grande massa populacional rural, em busca de melhores condições de vida e novas oportunidades, o que resultou em uma concentração de pessoas naquelas metrópoles, sem, porém, uma estrutura habitacional que comportasse esse êxodo.

Surge então a necessidade de alocar essas pessoas, adotando-se então um modelo de superposição habitacional, o que nós conhecemos como “sobrados”. Ainda sim, a demanda de pessoas se mostrava incompatível com a oferta de imóveis, o que provocou uma crise habitacional nas cidades, emergindo a necessidade de que “se projetassem construções com mais pavimentos superpostos com proprietários diversos compartilhando o mesmo prédio”². Esse é o contorno inicial do que conhecemos hoje como Incorporação Imo-

1 CHALHUB, Melhim Namem. Extraído de <http://www.melhimchalhub.com.br/noticia/detalhe/25/incorporacao-imobiliaria> em 23/08/2016.

2 Extraído de <http://www.saberimobiliario.com.br/2009/03/incorporacao-imobiliaria-conceito.html>.

bilíaria, que nas palavras de Ronaldo Yoshio Akagui “é uma figura especial de propriedade que apresenta peculiaridades marcantes relativamente ao condomínio tradicional, quer quando visto como direito de um com exclusividade, quer encarado como condomínio”³.

A fim de regular essa atividade tão lucrativa para os incorporadores, porém, de alto risco para os adquirentes, em 16 de dezembro do ano de 1964, entra em vigor a Lei nº 4.591, que passa então a regular, dentre suas especificidades, as matérias relativas às incorporações imobiliárias, em substituição ao vetusto Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, que dispunha sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares.

A “nova” lei das incorporações define tal atividade em seu artigo 28, parágrafo único, como sendo aquela exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienar, total ou parcialmente, as edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, e também define quem pode ser incorporador, afirmando em seu artigo 29 que,

*"Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas."*⁴

Porém, mesmo com a previsão legal para proteção dos envolvidos na atividade da incorporação imobiliária, o tema da tomou grande destaque na mídia nacional com o chamado “Caso Encol”, que “quebrou” no ano de 1999, deixando vários adquirentes de suas unidades em maus lençóis.

A Encol, uma das maiores empresas brasileiras do ramo da construção civil, foi fundada em 1961, na cidade de Goiânia, pelo

³ <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34366,91041-Breve+analise+sobre+a+incorporacao+imobiliaria>.

⁴ Art. 29 da Lei nº 4.591/64.

Cabe registrar que a estratégia de marketing utilizada pela empresa foi plenamente eficiente e seus anúncios eram encontrados em quase todos os meios de divulgação existentes à época.

Entretanto, vê-se que não foi realizada uma pesquisa mercadológica eficiente, se é que esta foi realizada, pois nem a diretoria nem seus colaboradores vislumbraram que o mercado não seria capaz de absorver a oferta de imóveis disponibilizada pela empresa na ocasião (isso levando-se em consideração que não houve má-fé na atuação da empresa).

No entanto, apesar da previsão legal insculpida no art. 31-A e seguintes da Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre condomínio e incorporações imobiliárias, da instituição do chamado patrimônio de afetação “pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”⁷ e figura como uma garantia para os adquirentes, a Encol não adotou tal sistema, que infelizmente não é obrigatório, nos termos da lei.

Esse *real case* demonstra, presumindo-se a boa-fé dos dirigentes da incorporadora, a importância da pesquisa mercadológica quando da ideia de empreender, que, se efetivada de forma competente, teria demonstrado que o mercado não absorveria a oferta de apartamentos, bem como que havia a necessidade de instituição do patrimônio de afetação para garantir seus adquirentes.

A pesquisa traria conhecimento do mercado, imprescindível para o sucesso do empreendimento de Pedro Paulo de Souza, fundador da Encol, e mais, seu Gestor de Marketing não teria feito uma campanha de marketing tão agressiva para venda de suas unidades em construção, diminuindo assim a demanda de compradores, possibilitando um maior controle sobre seus canteiros de obras e evitando o prejuízo de quase um bilhão de reais que abateu a empresa.

Ainda, com uma pesquisa mercadológica eficiente e bem elaborada, a empresa teria adotado o sistema de patrimônio de afetação,

⁷ Art. 31-A, *caput*, da Lei nº 4.591/64, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm.

nos termos da lei de incorporações, o que traria a garantia de não prejuízo por parte dos adquirentes e para própria empresa ou, ao menos, minimizaria o infortúnio.

É uníssono entre os *experts* do Direito pátrio que o instituto do patrimônio de afetação é uma garantia que, a par de a lei tratar como facultativa, é de extrema relevância e importância para garantia de direitos e, fundamentalmente, o direito à habitação, insculpido no art. 6º da Constituição Federal de 1988, podendo ser vista até como uma falha legislativa a facultatividade da adoção desse sistema de garantia.

Como bem preleciona o saudoso mestre Caio Mário da Silva Pereira, a incorporação imobiliária se ajusta com perfeição à teoria da afetação, seja porque seu especial alcance econômico e social a tornam merecedora de tutela especial, seja porque é dotada de estrutura material e jurídica autônoma, justificando seja conferida proteção especial aos credores desse negócio, priorizando-se a posição jurídica dos adquirentes.⁸

Não só o mercado imobiliário sofre com as variações resultantes de crises econômicas mundiais e nacionais. Esta fatia do mercado, porém, tende a ter reflexos dos mais nefastos para sociedade como um todo, eis que afeta um dos direitos fundamentais de vital importância para todos as pessoas, a moradia, prevista no art. 6º da Constituição federal de 1988.

O mercado da incorporação imobiliária conta ainda com a desconfiança de grande parcela da população, haja vista que sempre se teve notícias de atrasos, não entregas e outros incidentes que acabavam por deixar os adquirentes relegados a um eventual provimento judicial, que poderia demorar alguns anos, para ter satisfeito um direito tão básico e essencial quanto o da moradia.

Além desses fatores, muitas outras questões prejudiciais podem ser previstas e evitadas ou minimizadas com uma eficiente pesquisa de mercado, claro, se o empreendedor se mantiver alinhado com a análise das informações que resultarem do trabalho, pois a informação, por si só, não leva à decisão nem ao sucesso: é preciso escolher um curso de ação que ajude a identificar problemas e oportunidades

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 12ª ed. Ver. e atual. Segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 260.

e que indique caminhos que reduzam as incertezas. Não há qualquer razão para se fazer uma pesquisa mercadológica se o tomador de decisão não pretende alterar sua posição inicial, não acredita ou não compreende os seus verdadeiros resultados.⁹

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como se conceber em um mundo globalizado, em que a economia sofre alterações de todas as ordens, como vem ocorrendo ultimamente no Brasil, com variações de todas as sortes e, principalmente, para o mercado imobiliário, que sofreu forte impacto com a crise brasileira, que ainda se pense em movimentar riquezas alheias, sem dar fortes garantias aos consumidores.

Mais surreal ainda é pensar em lançar-se em um mercado tão abstruso e não se cercar de meios de proteção mútuos, os quais só serão conhecidos após a realização de uma pesquisa mercadológica de qualidade, desde que os resultados dessa sejam respeitados pelo empreendedor.

Apesar de experiências amplamente divulgadas como o “Caso Encol” e outros tantos, tão graves ou mais, que não chegaram a ser noticiados pela grande imprensa, ainda encontramos “aventureiros” nesse mercado complexo que é o das incorporações imobiliárias.

Nossa função, seja como operadores do Direito, Corretores de Imóveis, Gestores de Marketing e demais colaboradores de uma empresa é tentar levar o conhecimento necessário aos empreendedores que se imiscuem nessa seara, a fim de que não sejam ocasionados prejuízos que chegam à irreversão, seja para os próprios empresários, seja para os adquirentes dos produtos.

Portanto, faz-se mister a realização da pesquisa mercadológica, para que todas as variáveis relativas ao negócio sejam conhecidas, subsidiando-se de forma adequada as decisões dos gestores.

A importância do estudo extrapola a própria relação entre incorporadoras e adquirentes, haja vista que os reflexos de um empreendimento malsucedido atingem a sociedade como um todo, pois terá um solo urbano não aproveitado ou aproveitado de forma in-

⁹ Extraído de <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/pesquisa-de-mercado-o-que-e-e-para-que-serve.97589f857d545410VgnVCM1000003b74010aRCRD> em 24/08/2016.

correta, haverá geração de desemprego, menos moeda circulando e, provavelmente, provocação do Poder Judiciário para resolver uma demanda, inflando ainda mais a estrutura que já está saturada.

Desse modo, adotar a garantia do patrimônio de afetação é providência que, a par da inexistência da lei, demonstra de antemão a preocupação da empresa incorporadora em cumprir com suas obrigações contratuais ante aos adquirentes, haja vista que, com a adoção deste tipo de garantia, até mesmo em casos de falência da empresa os credores das unidades habitacionais não restarão prejudicados, como se observa no julgamento do agravo de Instrumento nº 0018454-48.2008.8.19.0000, da lavra do Excelentíssimo Desembargador Nagib Slaib, segundo o qual, o regime de afetação:

“...preenche importante lacuna da Lei das Incorporações, pois, apesar de essa lei conter mecanismos de proteção contratual, não contemplava meios de proteção patrimonial, circunstância que poderia deixar expostos a risco os adquirentes e demais credores do empreendimento, em caso de frustração do empreendimento, inclusive em razão de falência do incorporador. Trata-se de importante mecanismo de resolução extrajudicial de problemas decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro da incorporação, na medida em que, independente de intervenção judicial, possibilita aos adquirentes substituir o incorporador na administração do negócio e prosseguir a obra. Caso venha a ocorrer a falência da incorporadora, os créditos vinculados à incorporação afetada não estarão sujeitos a habilitação no Juízo da falência, devendo ser satisfeitos com as receitas da própria incorporação, cuja administração passa a ser conduzida pela comissão de representantes dos adquirentes, com autonomia em relação ao processo falimentar. Essa autonomia é ratificada pela recente Lei n. 11.101/2005, que regulamenta a Recuperação da Sociedade Empresária e do Empresário, ao estabelecer, no inciso IX do art. 119, que as atividades relacionadas a patrimônios de afetação prosseguirão independente do processo de falência até que cumpram sua finalidade...”

Complementa o ilustre magistrado, afirmando que:

“...A nova estruturação atende às atuais necessidades do mercado e da sociedade; de uma parte, acrescenta à atividade da incorporação novos elementos, que poderão revitalizar a credibilidade do negócio perante a clientela; de outra parte, do ponto de vista jurídico-empresarial, ajusta-se à atual tendência da teoria contratual, assentada nos princípios da boa-fé e da equidade, ao dar maior nitidez ao negócio, com mecanismos de controle mais eficazes e novos elementos de equilíbrio do contrato...”¹⁰

A adoção do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária acaba por se tornar também um grande instrumento de marketing para o incorporador, eis que, além de se mostrar como garantia jurídica ao adquirente da fração ideal correspondente à unidade autônoma que será entregue, demonstra que o empreendedor possui, à vista de um primeiro momento, a real intenção de entregar as unidades no prazo e na forma avençada com os compradores. ❖

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- <http://g1.globo.com>;
- <http://www.melhimchalhub.com.br>;
- <http://www.marketingimob.com>;
- www.migalhas.com.br.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 12^a ed. Ver. e atual. Segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- <http://www.saberimobiliario.com.br/>.
- <http://www.sebrae.com.br/>.

¹⁰ Agravo de Instrumento nº 0035859-97.2008.8.19.0000 (2008.002.29622), julgamento: 06/02/2009 - Décima Terceira Câmara Cível, extraído de www.tjrj.jus.br.

Suspeição por Motivo de Foro Íntimo à Luz do Novo Código de Processo Civil

Reis Friede

Desembargador Federal e Vice-Presidente do TRF/2ª Região. Professor Adjunto da Escola de Direito da UFRJ, Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (UGF) e Mestre e Doutor em Direito Público pela UFRJ.

RESUMO: O presente artigo analisa a questão inerente à suspeição por motivo de foro íntimo, debruçando-se, inicialmente, sobre sua disciplina normativa, pretérita e atual, além de examinar as críticas alusivas ao instituto em questão. Posteriormente, enfoca a absoluta intangibilidade da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo, bem como sua irretratabilidade, destacando a impossibilidade de arguição, pela parte, da mencionada suspeição.

ABSTRACT: This article analyzes the normative discipline, previous and current, of the judicial disqualification - also referred to as recusal -, examining the criticism regarding this institute. Subsequently, it focuses on the absolute inviolability of such recusal and its irreversibility, highlighting the impossibility of complaint, by the part, in what regards the disqualification.

PALAVRAS-CHAVE: Suspeição. Foro Íntimo. Intangibilidade. Irretratabilidade.

KEYWORDS: Judicial Disqualification. Recusal. Inviolability. Irreversibility.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1939, na disciplina normativa de seu art. 119, parágrafos 1º e 2º, autorizava o julgador a considerar-se *suspeito*, por razões de *ordem íntima*, sem necessidade de justificar o respectivo despacho. Obrigava-o, todavia, a *comunicar os pertinentes motivos ao órgão disciplinar competente*, sujeitando o Magistrado à pena de advertência caso assim não procedesse, bem como se os motivos aventados (que eram apreciados pela Corregedoria em segredo de justiça) fossem entendidos como improcedentes.

Com efeito, preceituava o Código de Processo Civil de 1939:

“Art. 119. O juiz que se declarar suspeito motivará o despacho.

§ 1ª *Si a suspeição fôr de natureza íntima, comunicará os motivos ao órgão disciplinar competente.*

§ 2º O não cumprimento desse dever, ou a improcedência dos motivos, que serão apreciados em segredo de justiça, sujeitará o juiz à pena de advertência.”

(Redação de acordo com a grafia original; grifo nosso)

A legislação processual civil que se seguiu em 1973, – apesar de manter os fundamentos básicos da hipótese de *suspeição por motivo de foro íntimo* elencados no Código de Processo Civil de 1939 –, acabou por aperfeiçoar o transcrito dispositivo. Assim, o art. 135, parágrafo único, do CPC de 1973 deixou de prever a obrigatoriedade da comunicação ao órgão disciplinar competente, pelo Magistrado, dos seus *motivos de ordem íntima*:

“Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

[...].

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

Entretanto, o art. 135, parágrafo único, do CPC de 1973 mereceu, por parte de alguns doutrinadores, críticas pouco lisonjeiras, como a realizada por BARBI (1983, p. 567):

“[...] O Código de 1939 previa esse motivo de *suspeição*, e, nos parágrafos do art. 119, determinava que o Juiz não justificaria o despacho, mas comunicaria os motivos ao órgão disciplinar competente. Este apreciaria o caso em segredo de justiça. A falta de comunicação, ou a improcedência dos motivos, sujeitava o Magistrado à pena de advertência.

O Código de 1973 nada dispõe sobre esse procedimento, o que é inconveniente, porque a falta de controle dos motivos de abstenção, pelo órgão disciplinar, pode ensejar abuso por parte de Juízes menos amigos do trabalho. Terão eles um cômodo expediente para se afastarem dos volumosos e complexos casos de ação de divisão ou de prestação de contas.

Há também o risco de Juízes de menor coragem se afastarem de causas em que receiem ter de decidir contra pessoas poderosas no meio.

Sem texto legal expresso, não será fácil aos órgãos disciplinares da Magistratura exigir dos Juízes a comunicação do motivo íntimo para seu controle [...].”

Ressalte-se, contudo, que a redação dada ao art. 135, parágrafo único, do CPC de 1973 era considerada, sob a ótica de parcela amplamente majoritária da doutrina, bem como da própria jurisprudência, representativa de grande avanço na disciplina processual, considerando, sobretudo, que o julgador não deve, em nenhuma hipótese, julgar e nem realizar qualquer processamento para o qual não entenda estar na absoluta plenitude das condições objetivas (*im-*

pedimento) e subjetivas (*suspeição*), na exata medida em que lhe cabe, em última análise, velar pela completa *imparcialidade e independência* em seus julgamentos, tudo como condição básica e fundamental para assegurar a inequívoca presença dos preceitos e garantias relativos ao processo, - e à prestação jurisdicional de um modo geral -, consagrados na Constituição Federal.

“Dissemos já que, entre os elementos mínimos imprescindíveis à garantia do devido processo legal, se inclui a dada *imparcialidade e independência* do Julgador, sem o que a jurisdicionalidade do processo inexistiria substancialmente, para se tornar algo só formal e nominalmente judicial.” (PASSOS, 1982)

Ademais, cumpre registrar que uma das principais críticas dirigidas (à época) ao art. 135, parágrafo único, do CPC de 1973, - como, por exemplo, a possibilidade que a regra em tela aparentemente permitia, qual seja, de o Juiz avesso ao trabalho afastar-se do julgamento da causa -, não podia ser considerada verdadeira, visto que a cada processo em que o Magistrado declinasse sua condição de *suspeito* por qualquer motivo (incluindo o de *natureza íntima*), outro feito automaticamente lhe seria distribuído, tudo em face do *instituto da compensação*¹.

Por outro lado, o fato de o Magistrado hesitante, fraco e pusilânime poder eventualmente utilizar (contra a própria *mens legis*) o expediente da declaração de *suspeição* por motivo de *foro íntimo*, de modo a não julgar causas nas quais tenha que decidir contra pessoas poderosas, não deve, igualmente, descaracterizar os méritos do instituto sob comento, uma vez que, embora tal demonstração de *covardia* deva ser, de todas as formas, motivo de veemente repul-

¹ Muito embora a previsão normativa da compensação de distribuição considere apenas o aspecto quantitativo, evitando que os diversos juízes de uma determinada Comarca (Justiça Estadual) ou Seção Judiciária (Justiça Federal) tenham para si um número diferente de processos distribuídos em determinado período, não é verdade que o julgador avesso ao trabalho pudesse - de forma segura - “trocar” o eventual processo complexo, originariamente distribuído ao seu juízo, - através da prática distorcida de declaração leviana de suspeição por motivo de foro íntimo -, por outro processo de maior simplicidade, posto que o sorteio - implícito na distribuição - se não considera o aspecto qualitativo das demandas a serem distribuídas uniformemente para os diversos juízos, não deixa de permitir, por considerações de ordem probabilística, que um outro processo - muito mais complexo que o primeiro - seja distribuído, por compensação, ao Juiz que se julgou suspeito para decidir a demanda originária.

sa, e até mesmo de inequívoca condenação², tal situação, em casos extremos, afigura-se preferível ante a inadmissível possibilidade de haver julgamento (pelo mesmo Juiz e por motivação semelhante) tendencioso, de alguma forma, em favor de uma das partes³, em particular daquela que se mostre com maior prestígio social ou poderio político-econômico.

“O interesse, direto ou indireto, do Juiz, no tocante ao caso que lhe é oferecido para julgamento, fá-lo Juiz ilegítimo e acarreta a invalidade de quanto decidir. Processo sem Juiz imparcial não é processo jurisdicional e, nesses termos, não é devido processo legal e sim processo no qual foi violada a garantia do *due process*.” (PASSOS, 1982)

É importante consignar que, muitas vezes, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, o Magistrado despreparado para julgar determinada demanda – sob o prisma da ausência da

2 Não é por outra razão que o processo de seleção do magistrado deve ser constantemente aperfeiçoado e perseguido em sua própria plenitude. O julgador deve – além da efetiva comprovação de conhecimentos técnico-jurídicos – demonstrar durante o processo de recrutamento a necessária aptidão para o exercício da função, o que corresponde, em outras palavras, à presença de certas qualidades, tais como a *moralidade*, a *ética*, a *firmeza de caráter*, a *consciência reta* (não perplexa, a hesitar ante as dificuldades dos textos e a contradição entre as alegações e as provas), a *serenidade*, o *domínio absoluto sobre as paixões*, a *coragem moral* e a *permanente disposição de enfrentamento* diante das contínuas pressões políticas.

Não podemos nos esquecer de que, em grande medida, a observância de um rigoroso processo de seleção e recrutamento de juízes, - quando efetivamente existente -, tem se mostrado, ao longo do tempo, sinérgico mecanismo apto a coibir, de forma preventiva, a indesejável presença, no Poder Judiciário, de magistrados com desvios de caráter suficientemente acentuado para o comprometimento, ainda que parcial, da prestação jurisdicional.

3 Apesar de ambas as situações – a do magistrado que se acovarda diante das pressões que envolvem o julgamento de uma demanda determinada e que, por conta disso, utiliza-se (levianamente) do expediente da declaração de suspeição por motivo íntimo, e a do Juiz que simplesmente julga parcialmente (com ausência de isenção e independência) a demanda em favor daquela parte que se apresenta como “pessoa poderosa do meio”, em face de seu incontestável prestígio e capacidade político-econômica – se constituírem em motivos igualmente ensejadores de veemente repulsa, sem a menor sombra de dúvida, numa situação de inexorável opção, deve ser preferível a primeira situação (caracterizadora do Juiz covarde) à segunda (evidenciadora da prestação jurisdicional completamente exposta à plena ausência de sua própria legitimidade), até porque, a absoluta *isenção*, *imparcialidade* e *independência* do Juiz (e do julgamento conduzido pelo mesmo) constituem-se em condição *sine qua non* para o efetivo exercício da função judicante.

Ademais, é importante ressaltar que o comportamento particular – fraco, covarde e pusilânime – do magistrado (condenável em todas as circunstâncias) pode, no máximo, comprometer o julgamento quanto ao caráter de sua própria pessoa, por parte dos jurisdicionados, ao passo que, com toda a certeza, o julgamento tendencioso, conduzido ao sabor da parcialidade (sobretudo em favor da parte visivelmente mais forte) e da ausência de isenção e independência por parte do julgador pode comprometer seriamente toda a estrutura do Poder Judiciário, sua própria legitimação e, acima de tudo, sua indispensável credibilidade social.

Já prelecionava, a respeito, MORTARA que “se os resultados da função jurisdicional não fossem assegurados pela absoluta honestidade, imparcialidade e diligência dos juízes, inútil seria pôr o mais profundo estudo e a mais meditada cautela a serviço de construir, com os mais sólidos materiais e segundo as melhores regras de arquitetura, o edifício da hierarquia judiciária”.

necessária equidistância das paixões que naturalmente nutrem as causas judiciais ou mesmo em face da presença de determinadas circunstâncias que o Juiz não devesse ou mesmo não pudesse revelar – acabava temeroso ou mesmo simplesmente constrangido pela obrigatoriedade de ter de divulgar tais razões (ainda que de forma reservada ao órgão disciplinar), optando, por conseguinte, por prosseguir no julgamento da causa, de forma *parcial e comprometida*, em sinérgico e lamentável prejuízo aos jurisdicionados e da própria credibilidade do Poder Judiciário.

Com efeito, COSTA (1982, p. 337), sobre os inconvenientes da obrigatoriedade da aludida comunicação, chegou mesmo a ser enfático no sentido de sua superação pelo ordenamento jurídico-processual civil inaugurado em 1973:

“[...] é possível que o legislador tenha agido bem no suprimir a exigência da lei anterior, em que podia haver quebra de sigilo da apreciação dos motivos, causando irreversível dano ao Magistrado.”

Da mesma forma, BARBI, refletindo melhor sobre a posição anteriormente registrada, acabou, mais tarde, por ceder à doutrina mais abalizada sobre a questão:

“Mas é de se esperar que os casos em que a escusa legal for indevidamente usada não serão numerosos. Por isto, é possível que o legislador tenha andado bem no suprimir a exigência da lei anterior, em que podia haver quebra do sigilo da apreciação dos motivos, causando dano ao Magistrado.

O motivo íntimo pode ser algum dos casos expressos de escusa, em que o Juiz não considere conveniente expô-lo claramente, como, v.g., a inimizade capital, ou um interesse na solução da causa, que lhe não convenha revelar; ou um parentesco ilegítimo, como o adúltero, o incestuoso, que não convém ser denunciado. Pode surgir

também pelo reconhecimento de favores prestados pela parte anteriormente, mas em que houve pedido de sigilo e casos semelhantes.” (BARBI, 1983, p. 567)

Por outro lado, resta afirmar que o projeto do CPC de 1973, na redação do parágrafo único do art. 140 (texto que, na versão definitiva, ocupou o art. 135), chegava mesmo a qualificar as razões de *ordem íntima*, caracterizadoras da *suspeição* sob esta rubrica, como sendo aquele motivo cuja revelação causasse ao Juiz um grave dano moral. Não obstante, durante o processo legislativo pertinente, tal trecho restou suprimido no Congresso Nacional, permitindo concluir que, já sob a égide do referido Diploma Legal (ora revogado), inexistia qualquer obrigatoriedade quanto à revelação do aludido motivo de foro íntimo, ou mesmo algum tipo de controle jurisdicional por parte de qualquer órgão da hierarquia do Poder Judiciário.

2. DAS TENTATIVAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA DE RETORNAR À DISCIPLINA NORMATIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Não obstante algumas tentativas isoladas (e igualmente frustradas) de se retornar à disciplina legal vigente por ocasião do CPC de 1939, o que se deu através da edição de atos administrativos normativos, como, por exemplo, o Provimento nº 26, de 25 de outubro de 1993, da Corregedoria do TRF/2ª Região⁴, o próprio Conselho Nacio-

4 Não obstante a exegese interpretativa do art. 135, parágrafo único, do CPC de 1973, bem como a conotação de absoluta *intangibilidade* da declaração de suspeição do magistrado por motivo de foro íntimo, a Egrégia Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) entendeu por bem editar o Provimento nº 26/1993, aparentemente ressuscitador – através de ato administrativo normativo – do preceito legal registrado no art. 119, parágrafos 1º e 2º, do CPC de 1939:

“Provimento nº 26, de 25 de outubro de 1993

O Vice-Presidente-Corregedor do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no uso de suas atribuições legais;

Considerando que é dever indeclinável do Juiz cumprir e fazer cumprir suas próprias decisões, bem como as do Tribunal a que estiver funcionalmente vinculado (art. 35, I, da Lei Complementar nº 35, de 1979);

Considerando a necessidade de preservar a competência e a autoridade de superior instância;

Considerando que o inconformismo do Magistrado com a reforma de suas sentenças ou decisões pelo Tribunal competente constitui ato de indisciplina;

Considerando que não é correta a conduta do Magistrado que, sob pretexto de suspeição por motivo íntimo, se recusa a cumprir as decisões superiores que contrariam suas convicções jurídicas ou filosóficas, determinando a redistribuição dos autos, imediatamente após seu retorno à primeira instância e antes de qualquer providência;

Resolve:

I – Será considerado como ato de indisciplina a omissão ou negativa do Juiz, que vinha funcionando no processo, em dar

nal de Justiça (CNJ), por intermédio da edição da Resolução CNJ nº 82, de 9 de junho de 2009, pretendeu, mais uma vez (e novamente ao arrepio da lei), mitigar o alcance da regra processual prevista no art. 135, parágrafo único, do CPC de 1973, buscando, em certa medida, restabelecer a regência legal anteriormente consignada no CPC de 1939:

“O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO que durante Inspeções realizadas pela Corregedoria Nacional de Justiça foi constatado um elevado número de declarações de suspeição por motivo de foro íntimo;

CONSIDERANDO que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF);

CONSIDERANDO que é dever do magistrado cumprir com exatidão as disposições legais (art. 35, I, da LC nº 35/1979), obrigação cuja observância somente pode ser aferida se conhecidas as razões da decisão;

CONSIDERANDO que no julgamento do relatório da Inspeção realizada no Poder Judiciário Estadual do Amazonas foi aprovada a proposta de edição de Resolução, pelo Conselho Nacional de Justiça, para que a as razões da suspeição por motivo íntimo, declarada pelo magistrado de primeiro e de segundo grau, e que não serão mencionadas nos autos, sejam imediatamente remetidas

imediato cumprimento às decisões ou acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região ou dos Tribunais Superiores, sob a alegação de *suspeição por motivo íntimo*.

II – Ocorrendo motivo superveniente à reforma de sua decisão, que o incapacite psicologicamente para o cumprimento do julgado da instância superior, deverá o Juiz, ao determinar a redistribuição do feito, *comunicar o fato, em caráter confidencial, ao Vice-Presidente-Corregedor*.

III – O Juiz que, mediante redistribuição, receber autos nas condições explicitadas no inciso I, deverá dar conhecimento do fato ao Vice-Presidente-Corregedor para providência correicional cabível.” (grifo nosso)

Vale registrar que, em face de veementes críticas ao aludido provimento, a própria Corregedoria, à época, reconheceu o equívoco e a inadequação de sua iniciativa, revogando, prontamente, o mencionado Provimento.

Por fim, cumpre consignar que o atual Regimento Interno do TRF/2ª Região expressamente prevê, em seu art. 226, parágrafo único, que “a *suspeição por motivo de foro íntimo independe de qualquer justificção*”, pacificando de vez a questão no âmbito deste Tribunal.

pelo magistrado, em caráter sigiloso, para conhecimento pelo Tribunal ao qual está vinculado;

CONSIDERANDO que a sistemática de controle é adotada, com êxito, há vários anos, por alguns Tribunais do País.

RESOLVE:

Art. 1º No caso de *suspeição por motivo íntimo*, o magistrado de primeiro grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria local ou a órgão diverso designado pelo seu Tribunal.

Art. 2º No caso de *suspeição por motivo íntimo*, o magistrado de segundo grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria Nacional de Justiça.

Art. 3º O órgão destinatário das informações manterá as razões em pasta própria, de forma a que o sigilo seja preservado, sem prejuízo do acesso às afirmações para fins correccionais.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.”

A mencionada empreitada, todavia, recebeu enérgica repreensão por parte do Supremo Tribunal Federal, que, em duas oportunidades, deferiu medidas liminares no bojo dos Mandados de Segurança nº 28.089/DF e nº 28.215/DF, afastando, assim, a necessidade de comunicação dos motivos da *suspeição*, conforme preconizado na citada Resolução. Pela importância, cabe transcrever parte do teor das decisões exaradas pelo STF:

“DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, [...] em face da *Resolução nº 82/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)* que determina, aos magistrados de 1º e 2º grau, que comuniquem os motivos

quando se declararem impedidos por *foro íntimo* para julgar determinado processo.

Alega o Impetrante, resumidamente, que [...] tal Resolução constitui um excesso por parte do CNJ, além de fazer uma interpretação universal normativa inadequada do artigo 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil; e que a independência dos magistrados implica em liberdade, o que inclui não revelar razões de impedimento por *foro íntimo*; [...].

Entendo que são relevantes as considerações do Impetrante. Da análise do disposto no artigo 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tem-se que a norma estabeleceu um *núcleo de intimidade que não pode ser atingido ou devassado sob pena, inclusive, de mitigar a independência do julgador*.

Motivo íntimo, como bem destacado por Pontes de Miranda, 'é qualquer motivo que o juiz não quer revelar, talvez mesmo não deva revelar. A lei abriu brecha ao dever de provar o alegado, porque se satisfiz com a alegação e não exigiu a indicação do motivo. A intimidade criou a excepcionalidade da permissão: alega-se haver motivo de suspeição, sem se precisar provar' ('Comentários ao Código de Processo Civil', tomo II/430, item nº 6, 3ª ed., 1997, Forense). [...].

Como bem destacado naquela oportunidade, tal posicionamento é uníssono por parte da doutrina: vide ARRUDA ALVIM, 'Código de Processo Civil Comentado', vol. VI, p. 116, item nº 3.10, 1981, RT; NELSON NERY JUNIOR/ ROSA MARIA ANDRADE NERY, 'Código de Processo Civil Comentado', p. 618, 4ª ed., 1999, RT; CELSO AGRÍCOLA BARBI, 'Comentários ao Código de Processo Civil', vol. I, tomo II, p. 425, item nº 744, 10ª ed., 1998, Forense; ANTONIO DALL'AGNOL, 'Comentários ao Código de Processo Civil', p. 166, item nº 3, 2000, RT, v.g.

Do exposto, ressaltando-me o direito a uma apreciação mais detalhada do caso quando da análise de mérito, *defiro o pedido de medida liminar*. [...]” (STF, MS nº 28.089 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17/08/2009)

“DECISÃO: Vistos, etc. A Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e a Associação dos Juizes Federais ajuízam mandado de segurança coletivo, aparelhado com pedido de medida liminar, contra ato do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 82, de 09 de junho de 2009). Resolução, essa, que introduziu a obrigação de os magistrados de 1º e 2º graus revelarem, em ofícios reservados remetidos às respectivas Corregedorias, as razões de foro íntimo de suas declarações de suspeição. Ato, esse, que, ao criar uma espécie de ‘*confessionário*’, acabou por violar o direito à privacidade deles, magistrados.

Argumentam as impetrantes que [...] a Resolução do CNJ viola direito líquido e certo dos magistrados de manterem reserva sobre as razões que justificaram a suspeição por motivo de foro íntimo; [...].

Assim realizado este registro da causa, passo à decisão. Fazendo-o, pontuo, de saída, que o poder de cautela dos magistrados é exercido num juízo prefacial em que se mesclam num mesmo tom a urgência da decisão e a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso. Se se prefere, impõe-se aos magistrados condicionar seus provimentos acautelatórios à presença, nos autos, dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) e do perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), perceptíveis de plano. Requisitos a serem aferidos *primo oculi*, portanto. Não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que a este dão suporte, senão incorrendo em antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva.

Pois bem, transcrevo do Min. Joaquim Barbosa no citado MS 28.089: [...].

Passo a enfrentar a questão formal do cabimento do mandado de segurança. De fato, a Resolução nº 82 do Conselho Nacional de Justiça impõe uma obrigação direta aos magistrados. Obrigação essa de efeitos concretos, porquanto independe da intercalação de outros atos de menor hierarquia normativa. Logo, o dispositivo é de efeitos concretos e imediatos. Estabelece uma obrigação de fazer: os juízes devem informar, via ofício reservado, os motivos pelos quais se declararam suspeitos. Daí a presente ação mandamental enquadrar-se no que se denomina de mandado de segurança tão preventivo quanto coletivo. Ademais, plausível mostra-se a alegação de que a Resolução trata de matéria reservada à lei complementar (art. 93 da Constituição Federal), porquanto cria deveres funcionais primários. Deveres que não se acham enumerados no Capítulo II do Título III da Lei Complementar nº 35/79. Como plausível se me afigura, já no plano material, a consideração de que a escusa de julgamento por motivo de foro íntimo pode constituir a própria condição de um concreto ofício judicante imparcial. Imparcialidade, agora sim, de inescusável dever dos magistrados, a teor do próprio inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

É o quanto me basta para deferir o pedido de medida liminar para que os magistrados não sejam compelidos a externar as razões de foro íntimo quando, nos termos parágrafo único do art. 135 do CPC, se declararem suspeitos. O que faço sem prejuízo de uma mais detida análise quando do julgamento do mérito da impetração. [...].” (STF, MS nº 28.215/DF, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 01/03/2010)

Tais medidas, cumpre registrar, acabaram sendo posteriormente revogadas (em 02/10/2014 e 03/08/2015, respectivamente), fazen-

do com que a Resolução voltasse a ter plena eficácia, embora ainda estejam pendentes de julgamento as ADI nº 4.260 e nº 4.266, que questionam a constitucionalidade da aludida norma.

O próprio STF, em ocasião pretérita, - é oportuno consignar -, já havia se pronunciado sobre o tema, no mesmo sentido:

“Impõe-se considerar, neste ponto, que a *declaração de suspeição*, pelo Juiz, desde que fundada em *razões de foro íntimo*, não comporta a possibilidade jurídica de qualquer medida processual destinada a compelir o magistrado a revelá-las, pois, nesse tema - e considerando-se o que dispõe o art. 135, parágrafo único, do CPC -, o legislador ordinário instituiu um espaço indevassável de reserva, que torna intransitivos os motivos subjacentes a esse ato judicial.” (STF, MI nº 642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/08/2001)

3. DA ABSOLUTA INTANGIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO

É importante frisar, em tom sublime e de modo a impedir qualquer dúvida a respeito do tema, que a *declaração de suspeição do Magistrado*, por razões de *ordem íntima*, caracteriza-se, à luz da doutrina tradicional e amplamente majoritária (se não unânime), bem como da jurisprudência pátria, em *efetivo direito subjetivo próprio* outorgado ao Juiz, para que este possa, em sua *completa inteireza*, velar pela absoluta imparcialidade e independência em seus julgamentos, tudo como condição básica e fundamental à garantia constitucional do *devido processo legal*.

“A regra inscrita no *caput* do art. 135 do Código de Processo Civil, em relação aos casos de *suspeição de parcialidade do juiz*, é exaustiva, porque atende a determinada casuística legal. Todavia, na hipótese do parágrafo único, em que a suspeição é jurada pelo próprio juiz, ela se torna exemplificativa e *inadmite impugnação pelas partes*.”

(Ac. unân. da 1ª Câm. do 1º TARJ de 04/05/1982, na exc. de susp. 106, Rel. Juiz Júlio da Rocha Almeida; RT, vol. 585, p. 211) (grifo nosso)

“Não cabe a juiz do mesmo grau, ou sequer ao órgão apto a conhecer de eventual conflito de competência, aquilatar da procedência ou não dos motivos pelos quais outro magistrado jurou *suspeição de natureza íntima*.” (Ac. 2ª CCTA-RS, C.N. de C. 26/777/Santiago (U.), Rel. Juiz Adroaldo Furtado Fabrício, JB nº 119, Ed. Juruá, p. 79)

“A afirmativa de *suspeição por motivo íntimo* é de *exclusivo arbítrio do Juiz*, senhor único da sua conveniência, porque, assim não fosse, o motivo íntimo se enquadraria em uma das hipóteses dos incisos do art. 135 e dependeria de prova.” (Ac. unân. da 8ª Câm. do 1º TARJ de 04/10/1983, na exc. de susp. 104, Rel. Juiz José Edvaldo Tavares)

“A *suspeição por motivo íntimo*, declarada pelo juiz, é sempre respeitada.” (Ac. unân. da 2ª Câm. do TARS de 16/03/1982, no CC 26.777, Rel. Juiz Adroaldo Furtado Fabrício; JTARS 43/197)

Por outro lado, é importante lembrar que, em nenhuma hipótese, cabe à parte, ou a quem quer que seja, inclusive ao novo Juiz a quem for redistribuída a causa, discutir os motivos que levaram o Magistrado à declaração de *suspeição por motivo de foro íntimo*, consoante asseveraram a doutrina e a jurisprudência clássicas e mais abalizadas sobre o assunto.

“Do ato do juiz, declarando-se *suspeito por motivo íntimo* e passando a causa ao seu substituto, não cabe qualquer recurso das partes, nem é lícito ao substituto discutir os motivos da *suspeição*, que o juiz não está obrigado a declarar, nem mesmo ao Tribunal.” (DE PAULA, 1988, p. 606)

Resta também dizer que a faculdade de se declarar *suspeito*, por *motivo íntimo*, é um efetivo *direito*, embora também se constitua em inexorável *dever*⁵ conferido ao Magistrado, pelo qual não é necessário produzir provas.

“Ao juiz confere o art. 135, parágrafo único, o *direito* (não só a faculdade) *de se declarar suspeito*, ‘*por motivo íntimo*’. Motivo íntimo é qualquer motivo que o juiz não quer revelar, talvez mesmo não deva revelar. A lei abriu brecha ao dever de provar o alegado, porque se satisfaz com a alegação e não exigiu a indicação do motivo. A intimidade criou a excepcionalidade da permissão: alega-se o motivo de suspeição, sem se precisar provar.” (PONTES DE MIRANDA, 1995, p. 408) (grifo nosso)

4. DA IRRETRATABILIDADE DA DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO

Muito embora a doutrina defenda o ponto de vista da ampla irretratabilidade da declaração de *suspeição*, independentemente do motivo elencado, a declaração por razão de *ordem íntima*, – por se constituir, entre as hipóteses previstas na legislação processual civil em vigor, naquela de maior aspecto subjetivo –, apresenta-se como a mais característica do fenômeno jurídico em questão.

A razão desta assertiva é relativamente simples: a subjetividade implícita na razão de *foro íntimo*, – e, acima de tudo, a intangibilidade desta declaração (que se manifesta, em última instância, de forma pouco concreta) –, não permitem uma criteriosa aferição, admitindo, ao contrário, uma razoável dose de arbítrio do Juiz que deve ser, de algum modo e em algum momento, restringida.

⁵ É importante esclarecer que, para parcela significativa da doutrina, não é correto afirmar que o magistrado possui simplesmente o direito derradeiro de se afastar do processo por motivo de foro íntimo (ou por qualquer outro que lhe deixo em posição de suspeição). Em essência, o Juiz possui, na verdade, o dever, a obrigatoriedade de assim proceder, especialmente quando não se sinta plenamente livre para atender às condicionantes constitucionais de um julgamento absolutamente isento, impessoal e independente, como exige a nossa Lei Maior.

“A imparcialidade do juiz é princípio básico do processo, pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. O juiz que se declara suspeito por motivos de natureza íntima, *fica afastado definitivamente* do processo e não mais pode retornar ao mesmo.” (Ac. da 1ª Câm. do TARS de 06/09/1983, Ap. 183.023.969, Rel. Juiz Lio Cézar Schmitt, JTARS, vol. 48, p. 443)

“O juiz, uma vez que se declara suspeito, *fica impedido definitivamente* de prosseguir no processo, ainda quando ao seu substituto pareça infundado o motivo da suspeição jurada. Não importa que, ao declarar-se suspeito, o magistrado tenha agido certa ou erradamente.” (Ac. 1ª T./TRF – 3ª R., Ap. 91.03.04179/SP (U.), Rel. Juiz Jorge Scartezini, Rev. Adcoas, BJA 25 (10/09/1991), 133.337, p. 384)

Todavia, não podemos deixar de registrar, por dever de ofício, algumas vozes discordantes, particularmente na jurisprudência processual penal⁶.

“As causas ensejadoras da declaração *de suspeição por motivo de foro íntimo* podem ser reavaliadas pelo magistrado, a quem compete averiguar se elas persistem ou não.” (STJ, REsp nº 1.109.148/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 03/09/2010)

“As razões da *declaração de suspeição por motivo de foro íntimo* não podem ser aferidas objetivamente. Apenas o

6 É importante registrar que, diferentemente da disciplina processual civil – onde a possibilidade de o magistrado declarar-se suspeito, por razões íntimas, é previsão expressa do Código em questão e resultado de uma incontestável evolução do instituto em relação, sobretudo, à anterior previsão do vício no Código de Processo Civil, de 1939 –, a matéria normativa da espécie, no processo penal, se encontra consignada, acima de tudo, em algumas leis de organização judiciária, não obstante a maior parte dos doutrinadores defender o ponto de vista segundo o qual é possível, *in casu*, a utilização da analogia – como fator de integração (e não simples interpretação) da norma –, para permitir a aplicação do dispositivo legal expresso no art. 135, parágrafo único, do CPC de 1973 e, agora, a nova previsão legal insita no art. 145, § 1º, do CPC de 2015, ao Direito Processual Penal.

“Muito embora a suspeição por motivo íntimo não esteja prevista no Código de Processo Penal, se o Juiz criminal se sentir, em consciência, impedido de presidir determinado feito, poderá jurar suspeição por motivo íntimo.” (MIRABETE, 2003, p. 643)

magistrado que a declarou pode reconhecer que ainda persiste, ou o que não mais subsiste. [...]” (STJ, REsp nº 785939/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 28/09/2009)

5. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO, PELA PARTE, DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO

Consoante entendimento praticamente unânime da doutrina, inexistente a possibilidade de haver arguição, pela parte, da *suspeição* fundada em razão de *foro íntimo*, isto porque, como a própria expressão sugere, *foro íntimo* possui natureza de cunho estritamente pessoal. Ademais, a declaração, pelo Magistrado de *suspeição* por *razão íntima* configura *facultas* de seu exclusivo arbítrio (e, em grande medida, dever indeclinável de sua consciência zeladora da imperatividade da absoluta isenção de seus julgamentos), condicionado apenas e tão somente à irrestrita defesa pela permanente presença, na sua atividade jurisdicional, dos elementos mínimos imprescindíveis à garantia do devido processo legal.

“[...] É óbvio que a parte não pode arguir *suspeição do juiz por foro íntimo*, pois isto só o magistrado pode fazer. [...]” (TRF/2ª Região, REO 200202010349629, 2ª T., Rel. Des. Fed. Antonio Cruz Netto, DJU 14/10/2003)

Sob o mesmo diapasão, a jurisprudência também aparenta ser unânime em afirmar quanto à efetiva impossibilidade de arguição de exceção de *suspeição* do Juiz, fundada em motivação de *foro íntimo*, concluindo pela possibilidade apenas nas demais hipóteses expressamente contempladas na lei processual.

“As hipóteses em que a parte pode arguir a *suspeição do juiz* são as taxativamente enumeradas no CPC.” (Ac. unân. da Câmara Esp. do TJSP, de 15/10/1981, na exc. de susp. 1.000-0, Rel. Des. Dalmo do Valle Nogueira; RT, vol. 565, p. 95)

“Os dispositivos referentes à suspeição, por constituírem normas de exceção, não admitem interpretação extensiva e as causas que a justificam são exclusivamente as enumeradas em lei.” (Ac. unân. da 1ª Câ. do TJMT, de 22/08/1983, na exc. de susp. 87, Rel. Des. Carlos Avalone, RT, vol. 590, p. 232)

“A exceção de suspeição é matéria de direito estrito. Assim, só podem ser invocadas, para a recusa do julgador, as hipóteses previstas em lei.” (Ac. unân. da 2ª Câ. Crim. do TJGO, de 27/05/1980, na exc. de susp. 128, Rel. Des. Arinan de Loyola Fleury; Rev. Goiana de Jurisp., vol. 16, p. 9)

6. DO NOVO TEXTO LEGAL INTRODUZIDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

De certa forma, - após toda a sorte de considerações expostas -, o novo CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) consignou - (expressamente) a desnecessidade de o Juiz declinar as respectivas razões de sua suspeição por motivo de foro íntimo, conforme previsão contida no art. 145, parágrafo 1º:

“Art. 145. Há suspeição do juiz:
[...].

§ 1º. Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, *sem necessidade de declarar suas razões.*” (grifo nosso)

Tal dispositivo legal, como se vê, reflete a jurisprudência mansa, pacífica e tranquila a respeito do tema, corroborando o lamentável fato de que a *jurisprudência*, mesmo quando oriunda de tribunais superiores e da própria Suprema Corte, revela-se como uma fonte do Direito brasileiro constantemente negligenciada, quando não simplesmente desprezada, quer pelo fato de seu simples desconhecimento, quer pelo fato de uma persistente desobediência judiciária.

Também não se pode olvidar que uma das razões decisivas que ensejaram a (redundante) inserção da expressão “*sem necessidade de declarar suas razões*”⁷ no novo texto legal repousa justamente na reconhecida carência de conhecimentos técnico-processuais por parte dos atuais e mais jovens operadores do Direito (juízes, membros do Ministério Público e advogados), problemática que é fruto de um ensino jurídico de péssima qualidade e que negligencia a importância da disciplina *hermenêutica*, reduzindo-a a condenáveis debates político-ideológicos⁸.

Nada obstante a clareza da regra consubstanciada no novo CPC, o CNJ, por meio do Ofício Circular nº 22, de 3 de junho de 2016, determinou a observância da Resolução nº 82/2009, o que ensejou o ajuizamento de Mandado de Segurança Coletivo (nº 34.316) junto à Corte Suprema, tendo o Ministro Teori Zavascki, em sede de pedido de liminar, decidido da seguinte forma:

“DECISÃO: 1. Trata-se de mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) contra ato da Corregedora Nacional de Justiça ‘*consubstanciado no Ofício Circular n. 22, de 3 de junho de 2016, que determinou a observância da Resolução nº 82 do CNJ*’ (fl. 1). Inicialmente, as impetrantes apresentam os seguintes fatos: (a) por meio da Resolução 82, havia o

7 Em essência, as *razões*, - e a conseqüente *motivação* (fundamentação) -, da decisão em que o Juiz declara-se *suspeito por motivo de foro íntimo* encontram-se exatamente na própria natureza do “*foro íntimo*” consignado expressa e obrigatoriamente pelo Julgador, revelando-se, desta feita, uma verdadeira *impropriedade técnica* a expressão registrada no novo texto legal, “*sem necessidade de declarar suas razões*”, posto que as mesmas estão implicitamente declaradas na própria expressão legal “*por razões de foro íntimo*”, tanto é assim que, acaso o Julgador venha a, voluntariamente, declinar o conteúdo do “*foro íntimo*” alegado, o *poder discricionário* que lhe permite, em última análise, a autêntica *facultas* de se declarar suspeito por motivo de foro íntimo sem ter de justificar sua conduta, se descaracteriza, transmutando em autêntico poder vinculado, passível, por efeito, de julgamento pelo grau jurisdicional superior.

“[...] O Magistrado não precisa dizer porque se declara suspeito por motivo íntimo. Entretanto, desde que declarou o fato causador da suspeição, no meu entendimento, tenho que a Câmara pode apreciar este fato.” (Des. Túlio Medina Martins, *RJTJ-RS*, v. 122, p. 207).

8 É importante frisar que muitas Faculdades de Direito do Brasil sequer possuem, em seus respectivos currículos escolares, a disciplina *hermenêutica jurídica*, relegando esta importantíssima matéria de *formação interpretativa* a simples conteúdos de *Introdução ao Estudo do Direito*. Neste sentido, tivemos a grata satisfação de, na qualidade de Professor Titular da Universidade Veiga de Almeida (UVA), no Rio de Janeiro, ter introduzido a mencionada disciplina na grade obrigatória do curso de Direito daquela instituição de ensino.

Conselho Nacional de Justiça criado norma exigindo dos magistrados que informassem às corregedorias a que estivessem vinculados as razões do *'foro íntimo'* invocado nos processos em que afirmassem suspeição; (b) essa resolução foi atacada por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.260), tendo, a Relatora, Min. Rosa Weber, determinado a observância do rito do art. 12 da Lei 9.868/1999, o que inviabilizou a apreciação do pedido de medida cautelar; (c) assim, apresentaram Pedido de Providências perante o CNJ para suspender a eficácia dessa resolução, o qual não foi apreciado; (d) em seguida, impetraram mandado de segurança nesta Corte (MS 28.215), tendo o então Relator, Min. Ayres Britto, deferido o pedido de liminar; (e) em 2015, o mandado de segurança teve seu pedido negado com base na Súmula 266/STF, o que resultou na revogação da liminar; (f) intimados pela autoridade impetrada para que se manifestassem nos autos do referido Pedido de Providências, postularam a suspensão da eficácia da resolução ante a superveniência do novo código de processo civil (CPC/2015), o qual dispensa o magistrado de declarar as razões da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo; (g) distribuídos os autos ao Conselheiro Arnaldo Hossepian Júnior, o pedido foi indeferido pelo fundamento de que a matéria fora judicializada na ADI 4.260; (h) em 3/6/2016, a autoridade impetrada expediu o Ofício Circular 22 determinando a observação da Resolução 82, sendo esse o ato atacado no presente mandado de segurança. Quanto ao mérito, sustentam as impetrantes que: (I) o CPC/15 (Lei n. 13.105/2015), indo além do CPC/73, deixa claro que, ao declarar a suspeição por motivo íntimo, o magistrado assim o fará sem necessidade de declarar suas razões; (II) nos termos do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *'a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior'*; (III) *'o § 1ª*

do art. 145 não apenas regulou inteiramente a matéria de que trata a Resolução n.º 82, como também a nova redação da lei se mostra incompatível com o da Resolução n. 82; (IV) também nos processos de natureza penal a norma aplicável sobre a suspeição por motivo íntimo era e continua sendo a do CPC (fl. 9). No mais, informam que (i) *‘há procedimento em curso perante o CNJ visando a obter o pronunciamento do seu Plenário sobre a ocorrência ou não da revogação da Resolução n. 82’*; e (ii) o Grupo de Trabalho formado no CNJ para discutir o novo CPC sugere a revogação dessa resolução (fl. 7). Requerem a concessão de liminar para a suspensão dos efeitos do Ofício Circular 22/2016 até o final julgamento do mandado de segurança, invocando, a título de *periculum in mora*, o conteúdo do ato impetrado, que reitera a exigência dos termos da Resolução 82 do CNJ. Pedem, ao final, seja concedida a ordem para *‘declarar inexigível aos magistrados as normas contidas na Resolução n. 82 do CNJ, uma vez que foi revogada pelo § 1.º do art. 145 do Código de Processo Civil de 2015’* (fl. 12).

Atendendo a despacho da Presidência proferido em 25/7/2016, a autoridade impetrada prestou informações (doc. 31).

2. O deferimento de medidas liminares pressupõe presentes a relevância jurídica da pretensão, bem como a indispensabilidade da providência antecipada, como forma de garantir a efetividade de futuro e provável juízo de procedência. No caso, está configurada a relevância do direito afirmado pelas impetrantes, tendo em vista que o ato normativo que a autoridade coatora exige seja cumprido tornou-se, à primeira vista, incompatível com a superveniência do novo código de processo civil (CPC/2015), segundo o qual *‘Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões’* (art. 145, § 1º). Nessas circunstâncias, deve ser suspensa a eficácia do ato impetrado (Ofício Circular 22/2016, da Corregedora Nacional de Justiça), ressaltando-se, ademais, que não está o CNJ impedido de exami-

nar, em procedimento próprio, o tema da revogação da Resolução 82 pelo CPC/2015.

3. Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do Ofício Circular 22/2016 da Corregedora Nacional de Justiça. Solicitem-se informações, procedendo-se aos demais atos previstos no art. 7º, I e II da Lei 12.016/09. Dê-se vista, oportunamente, ao Procurador-Geral da República.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 22 de agosto de 2016.”

Cumpra registrar, por derradeiro, que o CNJ, na 18ª Sessão do Plenário Virtual (25/08/2016 à 30/08/2016), finalmente revogou a malsinada Resolução, tendo o Relator, o Conselheiro Gustavo Alkmim, expressamente reconhecido que “o legislador, quando modificou o normativo processual sobre o tema, buscou preservar a intimidade do Magistrado, garantindo a sua independência e imparcialidade, sem presumir, de plano, o uso abusivo do seu direito de se afastar do processo por motivo de foro íntimo.”

7. CONCLUSÕES

Conforme afirmado, o Magistrado não deve, em nenhuma hipótese, julgar e nem realizar qualquer processamento para o qual não entenda estar na absoluta plenitude das condições objetivas (*impedimento*) e subjetivas (*suspeição*), na exata medida em que cabe ao próprio Juiz velar pela completa *imparcialidade* e *independência* em seus julgamentos, como condição básica e fundamental para assegurar a inequívoca presença dos preceitos e garantias, relativos ao processo, consagrados na Constituição Federal.

Neste diapasão, resta importante registrar, - de forma definitiva e derradeira -, que a *declaração de suspeição do Magistrado*, por razões de *ordem íntima*, se caracteriza, à luz da doutrina amplamente majoritária (se não unânime) e da jurisprudência pátria, em *efetivo direito*

subjetivo próprio, outorgado ao Juiz, para que este possa, em sua *completa inteireza*, velar pela absoluta imparcialidade e independência em seus julgamentos, como condição básica e fundamental à garantia constitucional do *devido processo legal*.

O novo Código de Processo Civil, ao consolidar no seu texto a desnecessidade de o Magistrado justificar ou explicitar as *razões íntimas* que o levaram a se declarar por suspeito, bastando apenas a afirmativa de *suspeição*, demonstrou, de forma inequívoca, tratar-se de uma faculdade sujeita a seu exclusivo arbítrio, condicionada apenas e tão somente à irrestrita defesa pela permanente presença, na sua atividade jurisdicional, dos elementos mínimos imprescindíveis à garantia do devido processo legal. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COSTA, Lopes da. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revista Forense**, v. 277 – 01, 02, 03 de 1982.

PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**, v. I. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

A Resposta do Poder Judiciário às Mulheres em Situação de Violência Doméstica: um Estudo das Medidas Protetivas de Urgência no 'Projeto Violeta'

*Adriana Ramos de Mello (Coordenadora do NUPEGRE), Livia de Meira Lima Paiva, Simone Cuber Araujo Pinto e Guilherme Sandoval Góes (Pesquisadores) e Michelly Ribeiro Baptista, Caroline Rocha Freitas, Vanessa Albuquerque Brügger e Lígia Campos (Estagiárias).**

INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta os resultados da pesquisa “A resposta do Poder Judiciário às mulheres em situação de violência doméstica: um estudo das medidas protetivas de urgência no Projeto Violeta”, realizada pelo NUPEGRE (Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia) da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O objetivo principal é refletir sobre a efetividade do “Projeto Violeta” na aplicação da Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha – que cria mecanismos para prevenir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher – e seus efeitos para a ampliação do acesso à justiça para as mulheres em situação de violência doméstica e risco social. Com estes resultados, espera-se contribuir para uma melhor aplicação da legislação no território nacional, fortalecendo a atuação das instituições para a promoção e respeito dos direitos das mulheres.

* Componentes do Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia – NUPEGRE/EMERJ.

Para alcançar este objetivo, buscou-se produzir conhecimento acerca de alguns indicativos como: o perfil das vítimas, o perfil dos agressores, as agressões, as medidas protetivas de urgência e a celeridade do Poder Judiciário em responder às demandas de mulheres em situação de violência. O foco da pesquisa empírica recaiu sobre os pedidos de medidas protetivas protocolados no âmbito do “Projeto Violeta”, que acolhe os casos em que há risco de danos irreversíveis a essas mulheres.

A pesquisa tem como recorte os processos de medida protetiva no âmbito do "Projeto Violeta" dentro do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher durante o ano de 2015.

1. O 'PROJETO VIOLETA':

A Lei Maria da Penha é um marco para o processo histórico de construção e reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos no Brasil. Em seu bojo, trabalha com uma concepção ampla de acesso à justiça, contemplando medidas judiciais e extrajudiciais. Sabe-se que as medidas judiciais muitas vezes funcionam como uma resposta pontual a uma situação de violência sendo ineficazes para sanar o problema social. Por esse motivo, o legislador ofereceu à matéria um tratamento especial, integrando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nas esferas municipais, estaduais e federal com o objetivo de articular políticas públicas que fossem eficazes para combater a violência baseada no gênero. É fundamental, portanto, que Varas e Juizados especiais estejam articulados à rede de atendimento especializado, facilitando os encaminhamentos interseoriais requeridos pela abordagem integral para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Deste novo paradigma de integração e atuação interinstitucional, nasce o “Projeto Violeta”. O principal objetivo é, portanto, o aprimoramento de alguns aspectos da Lei Maria da Penha para aumentar a proteção às vítimas e permitir a cooperação dos diversos órgãos de dentro e de fora do Judiciário, com vistas ao pleno o acesso à justiça. Trata-se de um projeto de alcance limitado a alguns Juizados e, portanto, carente de dados para que possa ser aprimorado.

O projeto foi inicialmente criado pelo I Juizado de Violência

Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, em meados do ano de 2013, a partir da verificação do longo decurso de tempo entre o registro do fato e a decisão judicial em inúmeras situações graves de violência contra a mulher.

O objetivo do Projeto é garantir a segurança e proteção imediatas às mulheres em situação de violência doméstica e melhorar a qualidade do atendimento dispensado a elas no Poder Judiciário, levando em conta que a assistência jurídica gratuita se configura como instrumento fundamental para a efetividade do princípio do acesso à justiça e do processo justo.

Destaca-se ainda a importância de assegurar a cooperação entre todas as instituições envolvidas, quais sejam: os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, a Defensoria Pública, Ministério Público e a Polícia Civil. A cooperação entre as instituições garante uma maior eficácia às medidas protetivas de urgência, uma vez que abrange todos aqueles que utilizam seus esforços para amparar os direitos e interesses das vítimas que se encontram numa situação de vulnerabilidade.

O Protocolo Violeta estabelece alguns critérios com a finalidade de proteger adequadamente as mulheres em situação de violência doméstica.

1) Entrada no Poder Judiciário: A mulher, após o registro da ocorrência e verificada a gravidade do caso, é encaminhada pelas Delegacias de Polícia diretamente aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, munida com a cópia do referido registro para que o pedido de medida protetiva seja apreciado no mesmo dia do fato. Os pedidos urgentes saem das delegacias com uma tarja roxa que indica a urgência no trâmite.

2) Acolhimento da equipe técnica: Ao chegar ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, a vítima preenche o Formulário de Requerimento de Medidas Protetivas, com auxílio da equipe multidisciplinar, instrumento que irá facilitar o atendimento e dará celeridade ao procedimento de concessão de medidas protetivas de

urgência. A vítima informa os fatos que ocorreram e quais as medidas protetivas de urgência que deseja, a fim de garantir a sua segurança, tudo com a orientação da Defensoria Pública e da equipe de atendimento multidisciplinar.

3) Apreciação da/o magistrada/o: Com a chegada do referido expediente, a/o juíza/juiz decide no mesmo dia e em poucas horas.

2. DADOS E ESTATÍSTICAS DA PESQUISA

A pesquisa de campo forneceu duas bases de amostragem: a amostra 1, composta por 227 processos do I Juizado; e a amostra 2, composta por 111 destes processos, que estavam disponíveis no cartório do Juizado e no Arquivo Geral. Os demais tiveram a competência declinada para outros juízos e não foram atualizados no banco de dados. Apresentaremos os dados coletados da pesquisa dos requerimentos de medida protetiva de urgência divididos da seguinte forma: na primeira parte, um mapeamento da vítima, do agressor e da agressão; na segunda parte, um mapeamento do procedimento da medida protetiva, desde a sua solicitação até sua eventual prorrogação.

2.1 Mapeamento da violência doméstica

A primeira parte da pesquisa procurou iluminar alguns aspectos da situação fática da agressão. Nesta parte, portanto, tal como se apresenta no formulário do "Projeto Violeta", apresentaremos alguns dados a respeito do perfil da vítima, do agressor e da agressão propriamente dita.

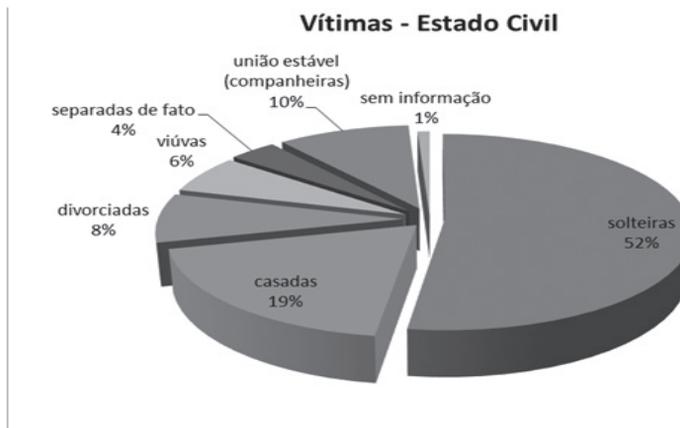
Para esse demonstrativo trabalhamos com a amostra 2, a partir de informações na ficha cadastral preenchida pela equipe técnica em conjunto com a mulher atendida no Projeto.

2.1.1 Perfil das vítimas de violência doméstica

O levantamento dos dados referentes às características das vítimas revelou que o grupo de maior incidência é o de mulheres entre 31 e 40 anos, com 29%, seguido pelo grupo de mulheres entre 41-50 anos, com 26%, tendo a mais nova 18 anos e a de idade mais avan-

çada, 79 anos. De acordo com o Dossiê Mulher de 2016, o estrato entre 18 e 39 representa 64,5% do total de mulheres vítimas adultas. Na presente pesquisa, revelou-se significativa a porcentagem de mulheres entre 41 e 50 anos.

O mapeamento do estado civil demonstrou que a maioria das vítimas é de mulheres solteiras (52%) – mas não necessariamente solteiras à época da agressão. Esse indicativo é semelhante ao apontado pelo Dossiê Mulher (2016:26), em que quase metade das mulheres vítimas, com 18 anos ou mais são solteiras (49,2%).



Ressalte-se que o estado civil formal não implica a realidade fática da vítima ou na relação dela com o agressor, pois a vítima pode ser solteira, mas conviver maritalmente com o agressor, ou pode ser que este seja um namorado ou companheiro. A utilização de alguns critérios objetivos e formais como o estado civil pode muitas vezes mascarar uma realidade, pois pode levar à falsa conclusão de que as agressões partiram de outros entes familiares que não namorados (as) ou companheiros (as), sendo, portanto, pouco eficaz para conhecer a realidade fática da vítima.

A análise da situação familiar das vítimas demonstrou que a maior parte das mulheres possui filhos (76%) e um pouco mais da metade (52%) reside com os filhos. Estes dados conferem com os que serão apresentados adiante em relação à presença de menores durante a violência.

Quanto à nacionalidade, todas as vítimas são brasileiras. E quanto à profissão, 88% das vítimas exercem profissão remunerada, formal ou informal. Este dado demonstra, em consonância com outras pesquisas, que a violência doméstica independe da condição social da vítima.

A partir do levantamento dos dados da vítima, a equipe identificou que seria importante conter na ficha cadastral uma questão sobre o perfil étnico ou racial da vítima, para que futuramente se possa fazer uma análise desses componentes como um recorte possível. Além disso, verifica-se a importância de indicativos que informem sobre a situação econômica da vítima e sua dependência do agressor.

2.1.2 Perfil do agressor

O mapeamento do agressor se mostrou impreciso por dois motivos: (1) toda informação da ficha cadastral é obtida de forma indireta, ou seja, por meio do relato da vítima e (2) a análise dos autos da medida protetiva na maioria das vezes não contém a versão do agressor sobre os fatos.

Não obstante, segundo a análise das fichas, podemos extrair as seguintes informações do perfil do agressor: o grupo que mostrou maior incidência é o de homens entre 31 e 40 anos, com 34%, seguido pelo grupo de homens 41-50 anos, com 23%, tendo o mais novo, 20 anos e o de idade mais avançada, 73 anos.

Quanto à nacionalidade, somente em um dos casos o agressor não é brasileiro. No que diz respeito ao estado civil, o maior grupo se disse solteiro (39%), seguido por casados (21%). E a situação familiar não foi possível apurar, tendo em vista que a maior parte das fichas não continham qualquer informação (64%).

Um fator componente de risco nas relações de violência doméstica é porte de armas. A análise das fichas revelou que a maioria não possui porte/posse de armas de fogo (72%); no entanto, revelou-se significativa a quantidade de 15% que possuem porte/posse de arma de fogo.

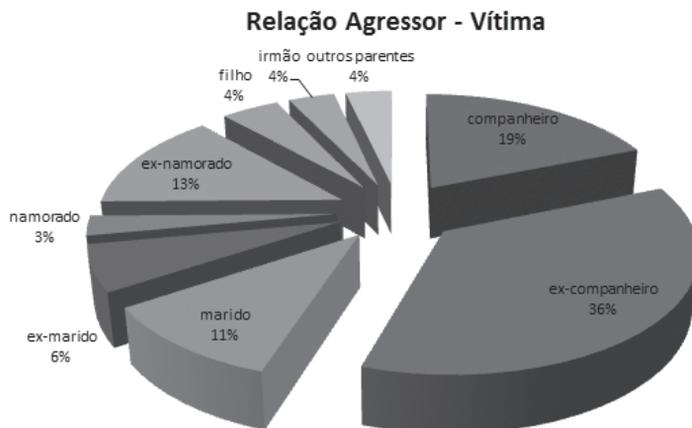
De acordo com o Mapa da Violência de 2015¹, a arma de fogo é o meio mais utilizado nos homicídios de forma geral, incidindo

¹ Dados disponíveis em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 25 out. 2016.

em 48% dos casos nas mortes de mulheres (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2015:39). O Estado do Rio de Janeiro já ocupou a quarta posição dentre as unidades federativas com maior número de morte de mulheres (6,8 mulheres mortas a cada 100 mil habitantes), ficando atrás somente de Espírito Santo (8,6), Rondônia (7,2) e Mato Grosso (7,0). No entanto, apesar da redução no percentual de mulheres mortas – de 6,8 em 2003 para 4,5 em 2013 a cada 100 mil habitantes – a média de homicídio de mulheres é semelhante à nacional (de 4,8) (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2015:14-15).

2.1.3 Contexto da violência

O terceiro aspecto importante do mapeamento da violência doméstica no âmbito do Projeto Violeta é a relação afetiva entre vítima e agressor. Nesta pesquisa, a maior parte das agressões foi proveniente dos ex-companheiros (36%) e companheiros (19%), seguida por ex-namorado (13%), marido (11%), ex-marido (6%), filho (4%), irmão (4%) e outros familiares (4%).

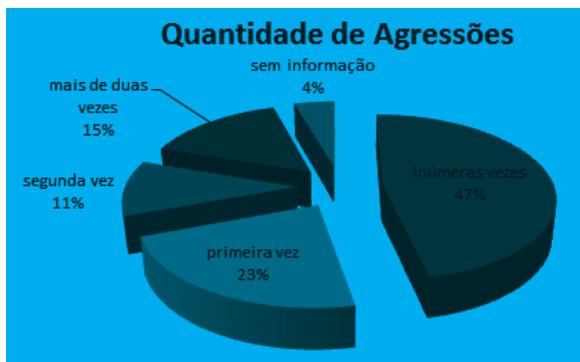


O levantamento realizado pelo Mapa da Violência (2015) das agressões (não somente em ambiente doméstico) sofridas por mulheres e atendidas pelo SUS revela que “para as jovens e as adultas, de 18 a 59 anos de idade, o agressor principal é o parceiro ou ex-parceiro, concentrando a metade de todos os casos registrados”. Este índice

é corroborado pelo Dossiê Mulher (2016:26) em que, em quase metade dos casos, o acusado de agressão era o companheiro da vítima (47,3%). Esta proporção aumenta nos casos de violência doméstica e as agressões por companheiros, maridos e ex-namorados tornam-se ainda mais relevantes. No entanto, comparando os três estudos, os maiores agressores de mulheres são seus companheiros ou ex-companheiros.

Ressalte-se que, por meio da análise do depoimento das vítimas, verificamos que, após a agressão, algumas vítimas rompem com o agressor e se declaram solteiras, referindo-se ao agressor como “ex-companheiro”, “ex-marido” ou “ex-namorado”. Há, portanto, uma imprecisão quanto à natureza da relação entre vítima e agressor no ato da violência.

No tocante à quantidade de vezes que a violência ocorreu, verificamos que a grande maioria das vítimas somente procurou uma medida judicial após a ocorrência de inúmeras agressões (47%) – 23% após a primeira agressão e 11% após a segunda agressão, conforme gráfico abaixo.



A partir destes dados, podemos inferir que, na maior parte dos casos, a mulher foi agredida mais de duas vezes antes de procurar as autoridades estatais. Dentre algumas vítimas, houve o relato de mais de vinte agressões. Neste sentido, a pesquisa confirma, ainda que indiretamente, um grau de desconfiança no Poder Judiciário já apontado por algumas pesquisas (INSTITUTO AVON, 2013; BODELÓN, 2012). Outros artigos e pesquisas apontam as dificuldades no acesso à justiça por parte das mulheres tanto no Brasil como interna-

cionalmente (CAMPOS, 2011; PANDJIARJIAN, 2006; OBSERVE, 2011; UNODC, 2011; UNWomen, 2011).

Esse também foi um dos principais temas do “Segundo Informe Hemisférico sobre a Implementação da Convenção de Belém do Pará” realizado pelo MESECVI-CEVI em 2012 que aponta o acesso ao Poder Judiciário e às instituições da justiça como um desafio em todos os Estados-Membros da OEA.²

No que diz respeito ao local, a análise das fichas revelou a predominância do ambiente doméstico (57%), seguido pela via pública (23%) e pelo trabalho da vítima (16%). Este índice corrobora os dados do Dossiê Mulher (2016:26) que aponta o ambiente doméstico como principal local de violências às mulheres (61%) e os da pesquisa realizada pela FGV na rede pública de saúde do Rio de Janeiro, que apontou um índice semelhante: 52,7% das agressões ocorreram em ambiente doméstico.³ Além destes, o Mapa da Violência (2015:39) ressalta a “alta domesticidade” dos crimes cometidos contra as mulheres e a violência na presença de menores.



Por fim, revelou-se importante um mapeamento do contexto da violência quanto aos tipos de violência. A Lei Maria da Penha (artigo 7º) classifica os crimes de violência doméstica e familiar e de gênero de cinco formas: violência física (inciso I), violência psicológica (inciso II), violência sexual (inciso III), violência patrimonial (inciso IV) e violência moral (inciso V).

² Dados disponíveis em: <https://www.oas.org/es/mesecevi/docs/mesecevi-segundoinformehemisferico-es.pdf>. Acesso em 25 out. 2016.

³ Dados disponíveis em: <http://dapp.fgv.br/mulheres-sao-mais-de-70-das-vitimas-dos-casos-de-agressao-notificados-na-rede-de-saude-rio/>. Acesso em 25 out. 2016.

Os resultados da pesquisa apontam a violência psicológica como a mais incidente, com 127 casos, representando 46,8% do total, seguida pela violência física, com 91 casos e 33,5% do total e a moral, com 45 casos e 16,6% do total.

Cumprir destacar que, em muitos registros, há a incidência de duas ou mais violências, por isso, o número total de medidas ultrapassa o número total de casos. Então, se por exemplo uma vítima registra os crimes de constrangimento ilegal e ameaça, esses são contados duas vezes na categoria de “violência psicológica” para os fins desta pesquisa.

TIPOS DE VIOLÊNCIA		
Mulheres vítimas com 18 anos ou mais		
Características	nº absolutos	%
Tipos de violência	271	100,0
Psicológica	127	46,9
Física	91	33,6
Moral	45	16,6
Patrimonial	7	2,9
Sexual	1	0,4

Na apuração dos tipos penais, figuram como os mais representativos, respectivamente nos crimes de ameaça (39%), lesão corporal (28%) e injúria (16%).



Outras pesquisas corroboram os dados levantados como o “1º Relatório de dados compilados de violência doméstica e familiar” que, através do levantamento das cinco maiores ocorrências no período entre janeiro de 2011 a junho 2016, apontou maior incidência do crime de lesão corporal, seguido pelo de ameaça e, em terceiro lugar, o de injúria (OBSERVATÓRIO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, 2016:22) e o Dossiê Mulher (2016:9) que, de acordo com dados dos registros de ocorrência lavrados em delegacias de polícia em 2015, o crime de lesão corporal dolosa foi o mais notificado, seguido pelo de ameaça e o de “injúria/calúnia/difamação”⁴ (ISP, 2016).

Os dados apresentados indicam os delitos quantificados de forma isolada, mas cumpre ressaltar que, em muitos casos, eles são praticados de forma cumulativa. A injúria, que possui comparativamente um menor potencial ofensivo, aparece muitas vezes, pois em muitos casos os delitos se dão de forma cumulativa. Não obstante, é imperioso destacar que a relação entre homem e mulher se dá de forma assimétrica (MACKINNON, 1991; BOURDIEU, 2012, SABADELL, 2005). É preciso, portanto, diferenciar o crime de injúria praticado no âmbito da violência doméstica da injúria praticada em uma relação de simetria, em que não há dominação física ou simbólica.

Lavigne e Perlingeiro (2011) afirmam que as medidas protetivas de urgência, mais do que uma resposta estatal a uma contravenção penal, são uma medida necessária para combater a violação de direitos humanos “expondo a complexidade e gravidade de delitos considerados de menor potencial ofensivo em passado recente” (LAVIGNE e PERLINGEIRO, 2011:292).

2.2 Mapeamento da medida protetiva

Nesta segunda parte da pesquisa, apresentaremos dados sobre as medidas protetivas e a efetividade da resposta do Poder Judiciário às vítimas de violência doméstica. Primeiramente, destacamos que, a partir da análise das fichas do “Projeto Violeta”, o que leva a grande maioria das mulheres a pedir a medida protetiva é o medo de que o agressor volte ou continue a agredi-las. Paradoxalmente, o medo do agressor também é uma das maiores causas para as vítimas não

⁴ A pesquisa não faz diferenciação entre os crimes de injúria, calúnia e difamação, quantificando somente os “crimes de violência moral”.

realizarem a denúncia, de acordo com pesquisa do DATASENADO (2013:19). A situação, à primeira vista paradoxal, revela a situação de vulnerabilidade das mulheres vítimas de violência doméstica e justifica uma ação cuidadosa e multidisciplinar do Poder Judiciário.

Apresentaremos os dados levantados conforme o curso do processo: delegacia, entrada no Poder Judiciário pelo "Projeto Violeta", decisão do juiz e intimação do agressor.

2.2.1 As medidas protetivas de urgência

De acordo com o Capítulo II da Lei 11.340/06 (arts. 18 a 24), existem dois tipos de medidas protetivas: as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22 da LMP) e as medidas protetivas de urgência à ofendida (art. 23 e 24 da LMP).

Desse universo, somente sete foram requeridas pelas vítimas nos casos analisados, são elas: (1) proibição de aproximação da ofendida, (2) proibição de contato com a ofendida (essas duas medidas protetivas eram sempre pedidas e deferidas em conjunto, como se fossem uma), (3) afastamento do lar, (4) proibição de frequentar um determinado lugar, (5) prestação de alimentos, (6) restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, (7) suspensão de porte/posse de armas.

Verificou-se que a medida protetiva relativa ao encaminhamento da vítima a programas de assistência e apoio, embora não tenha sido solicitada formalmente pelas vítimas, é aplicada pelas(os) magistradas(os), após conversa com a equipe técnica, quando verificada a necessidade. Sendo assim, embora não conste nos autos e, conseqüentemente, nos números da pesquisa, tais medidas protetivas desempenham importante função no auxílio às vítimas.

Mulheres vítimas com 18 anos ou mais		
Características	Total	%
Tipos de medidas protetivas requeridas	316	100,0
Proibição de aproximação da ofendida	111	35,1
Proibição de contato com a ofendida	111	35,1
Afastamento do lar	41	13
Proibição de frequentar determinado lugar	17	5,4
Prestação de alimentos provisionais ou provisórios	28	8,9
Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores	6	1,9
Suspensão do porte ou restrição do porte de armas	2	0,6

A manutenção da medida só deve existir enquanto se verificar a necessidade ante o perigo de lesão, já que as medidas visam dar maior e mais eficaz proteção à vítima. Sendo assim, a revogação da medida está condicionada à persistência da situação de violência.

Por fim, destacamos o novo entendimento firmado no VIII FONAVID acerca da possibilidade de concessão da medida protetiva de urgência mesmo quando não há, em tese, um ilícito penal. Esse entendimento vem se consolidando e afirma o caráter cível da Lei Maria da Penha.⁵

2.2.2 As delegacias

Para funcionar de forma plena, o "Projeto Violeta" conta com a atuação integrada das instâncias policiais e judiciárias. Por isso, durante o curso da pesquisa incluímos um dado a respeito da delegacia de origem do pedido de medida protetiva. Ainda em sede policial é realizado o pedido de uma ou mais medidas protetivas, o que será analisado pela(o) magistrada(o).

A pesquisa revelou que a maioria das vítimas encaminhadas ao "Projeto Violeta" do I Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da Comarca da Capital, no ano de 2015, foi conduzida pela Delegacia de Atendimento à Mulher, do Centro do Rio de Janeiro - DEAM Centro (51%), seguida pela 19ª Delegacia de Polícia (15%), 20ª Delegacia de Polícia (9%) e 17ª Delegacia de Polícia (7%), localizadas, respectivamente, na Tijuca, Vila Isabel e São Cristóvão.

A criação das Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher, que também podem ser chamadas de Delegacias de Defesa da Mulher, é fruto de demandas feministas que atuaram ativamente na Assembleia Constituinte de 1987 (MELLO, 2016). Destaca-se o pioneirismo do Brasil com este modelo de delegacia que, posteriormente, serviu de modelo para vários países da América Latina. A necessidade desse tratamento diferenciado está fundamentada em um tratamento das vítimas pelos agentes de polícia que muitas vezes constrangiam, humilhavam e revitimizavam a mulher que escolhia fazer uma denúncia (BANDEIRA, 2014). O resultado dessa conduta institucional era o descrédito da mulher nas autoridades policiais e a subnotificação das denúncias de violência de gênero.

⁵ Destacamos o Enunciado 37: A concessão da medida protetiva de urgência não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal. (Aprovado no VIII FONAVID-BH).

Para Suárez e Bandeira (2001:3), as Delegacias da Mulher são “instituições governamentais, resultantes da constituição de um espaço público onde se articulou o discurso relativo aos direitos das mulheres de receberem um tratamento equitativo quando encontram-se em situações de violências denunciadas”. Pretende-se, através da especialização, criar um ambiente acolhedor e favorável à mulher que retire a violência sofrida das cifras negras, tão comuns quando se trata da criminalidade contra a mulher. A representativa porcentagem de requerimento de medidas protetivas da DEAM Centro observada pela pesquisa converge com a importância da iniciativa apontada pelas autoras e reforça a necessidade do fortalecimento desses modelos em todo o país.

2.2.3 A assistência jurídica

No que tange o acesso à justiça, o artigo 27 da Lei Maria da Penha prevê que “em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado”, salvo nos casos de requerimento de “Medida Protetiva de Urgência”, dada sua capacidade postulatória autônoma.

Nos casos onde não há a constituição de um advogado particular, em virtude da situação de vulnerabilidade jurídico-social e organizacional, a mulher vítima será assistida pela Defensoria Pública. Esse direito é garantido pelo art. 28, inciso II, da Lei Maria da Penha nos seguintes termos:

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

A resolução DPGE nº 503, de 28 de julho de 2009, define as atribuições dos defensores públicos na defesa dos direitos da mulher, no âmbito dos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, em consonância com o disposto na Lei Maria da Penha.⁶

⁶ Destacamos também o I Enunciado com CONDEGE (Conselho Nacional de Defensores Públicos-Gerais) segundo o

A coleta de dados acerca da assistência jurídica foi realizada somente em relação às vítimas e revela um papel de destaque para a Defensoria Pública, que assiste 93% das vítimas. Nos casos de violência doméstica, a atuação da Defensoria Pública não está condicionada à renda e ultrapassa os limites de um “órgão de acusação”, pois pretende o auxílio das mulheres em situação vulnerável com objetivo de garantir o pleno acesso à justiça. Sua função, portanto, é também extrajudicial através do acolhimento e do suporte especializado.

A Defensoria Pública desempenha um papel fundamental no contato com as vítimas para acompanhamento da situação de violência no decurso da medida protetiva e para eventual pedido de prorrogação do feito nos casos em que a violência persiste.

2.2.4 A decisão judicial

Dividiremos a análise da decisão de deferimento ou indeferimento a partir dois aspectos: o primeiro, formal, a celeridade, e o segundo, material, o conteúdo. No primeiro aspecto pretende-se verificar objetivamente se a decisão está em consonância com o disposto pelo Projeto. No segundo aspecto analisa-se o conteúdo da decisão, em especial o deferimento ou indeferimento em função dos diferentes tipos de requerimento das medidas protetivas.

2.2.4.1 Celeridade

A celeridade das decisões sobre a medida protetiva é um dos principais objetivos do “Projeto Violeta” e, conseqüentemente, um dos maiores indicadores de sua eficácia. A Lei Maria da Penha estabelece um prazo de 48 horas para a decisão acerca do deferimento ou não da medida protetiva de urgência.

As diretrizes do Projeto limitam o prazo de decisão para o mesmo dia em que a vítima distribuiu o requerimento. A necessidade desse encurtamento do prazo foi verificada na prática pois, após distribuir o pedido de medida protetiva, a vítima voltava para a casa e muitas vezes era novamente agredida.

Com base na análise empírica dos 227 requerimentos de me-

qual: Em se tratando do ajuizamento de medida protetiva de urgência o(a) Defensor(a) Público(a) atuará independentemente da situação econômica e financeira da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Nas demais demandas, excetuadas as criminais, o(a) Defensor(a) Público(a) avaliará a hipossuficiência, no caso concreto, para ajuizamento da ação.

dida protetiva de urgência (amostra 1), verificamos a real efetividade do ideário do "Projeto Violeta" no âmbito do I Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital. Em relação à celeridade da decisão judicial, os dados demonstraram que 92% das decisões foram proferidas no mesmo dia, a contar da data da distribuição da demanda no Tribunal.

Verificamos ainda que as decisões que constituem os demais 8% referem-se apenas a uma decisão tomada no plantão judiciário, que se deu no curso da madrugada, cinco conclusões em dia posterior ao da abertura e apenas duas decisões, de fato, abertas em dia posterior, mas sendo a conclusão ao magistrado proferida nesse mesmo dia.

Esta análise temporal revela a efetividade do "Projeto Violeta" quanto às decisões proferidas. No que tange à celeridade, a resposta do Poder Judiciário às vítimas de violência doméstica se mostrou eficaz já que dos 111 processos, 104 cumpriram o prazo de 24 horas para a decisão judicial.

2.2.4.2 Conteúdo

Sobre o resultado dos requerimentos de medidas protetivas, 83% obtiverem o deferimento da liminar, ou seja, eram casos que aparentemente demonstravam real atuação do Estado. Somente em 5% houve indeferimento. Em 4% dos casos houve agendamento de audiência e outros 4% foram enviados à equipe técnica.

TIPOS DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA					
Mulheres vítimas com 18 anos ou mais					
Características	Total	Deferidas	Indeferidas	Não analisadas	Acordo
Tipos de medidas protetivas requeridas	316	224	44	42	6
Proibição de aproximação da vítima	111	97	13	0	1
Proibição de contato com a vítima	111	97	13	0	1
Afastamento do lar	41	21	9	10	1
Proibição de frequentar determinado lugar	17	4	0	11	2
Alimentos	28	1	8	18	1
Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores	6	0	1	5	0
Suspensão da posse ou restrição do porte de armas	2	0	0	2	0

A análise dos casos revelou que o requerimento de medida protetiva de proibição de aproximação da ofendida, prevista no artigo 22, inciso III, alínea “a” é realizado sempre de forma vinculada à medida protetiva de proibição de contato com a vítima, prevista no artigo 22, inciso III, alínea “b”. Essa combinação de medidas é a mais requerida, verificada em todos os pedidos e deferida 87,38% dos casos (97 deferimentos em 111 pedidos). Trata-se de uma proteção à mulher que não implica restrições significativas ao agressor. Este tipo de medida não implica uma análise tão minuciosa quanto a determinação de afastamento do lar ou a proibição de convivência com os filhos. Portanto, justifica-se o alto grau de deferimento desse tipo de medida.

A terceira medida protetiva de urgência mais requerida é o afastamento do lar, prevista no artigo 22, inciso II, deferida em cerca de 50% dos casos em que foi solicitada. Observa-se que em 10 casos não houve uma decisão sobre o afastamento. Uma das hipóteses para explicar esse dado é o fato de que em alguns casos, quando a mulher reside com o suposto agressor, o deferimento da medida protetiva de proibição de aproximação da ofendida ou de proibição de contato já implica o afastamento do lar do agressor.

Algo semelhante ocorre em relação à medida protetiva de proibição de frequentar determinado lugar, prevista no artigo 22, inciso III, alínea “c”. Nos casos mais graves, as(os) magistradas(os) optaram por decidir sobre essa protetiva restringindo o acesso do suposto agressor. Nos casos menos graves não há decisão sobre a protetiva em si, entendendo-se que a proibição de aproximação da vítima e a proibição de contato seriam suficientes para proteger a vítima. Verificou-se que o pedido de interdição de frequência recai especialmente sobre dois lugares: a casa e o trabalho da vítima.

A medida de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, do artigo 22, inciso IV, foi expressamente solicitada em 6 casos. Há uma confusão recorrente na hora do requerimento entre essa medida protetiva e a de proibição de aproximação da vítima que, de acordo com a lei, abrange “seus familiares e das testemunhas”. De forma geral, nos casos em que há filhos em comum, verifica-se que as agressões se direcionam à mulher. Nesse sentido, as decisões deferem as medidas protetivas relacionadas às ofendidas,

mas resguardam os direitos do suposto autor do fato e pai dos filhos. Quando os filhos da ofendida não são em comum com o agressor, a medida de proibição de aproximação pode abrangê-los.

Para a análise dessas medidas, verificamos o deferimento ou indeferimento expressamente explicitado na decisão. Nesse sentido, não houve nenhum deferimento. Observa-se muitas vezes que o suposto autor do fato tem o acesso aos filhos limitado pelo deferimento da medida protetiva de afastamento. Essa restrição se dá em função da impossibilidade de o suposto autor do fato entregar os filhos à mãe já sem ferir o cumprimento da medida protetiva de afastamento e proibição de contato. Por esse motivo, há a nomeação de um parente que possa entregar os filhos, assegurando o direito do pai e a proteção da mulher vítima de violência. Essa restrição não implica necessariamente o acolhimento da medida de “restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores”.

O requerimento da prestação de alimentos merece especial atenção. Dos 28 processos somente em 1 a medida protetiva solicitada foi analisada expressamente na decisão judicial. Verificou-se 8 indeferimentos dessa protetiva, que se deram de duas formas: em 4 casos a(o) magistrada(o) não acolhe nenhum dos requerimentos de medidas protetivas e extingue o processo, entre elas, está o pedido de alimentos e nos outro 4 casos o pedido é indeferido expressamente, pois, de acordo com as decisões, o “pedido deve ser apreciado pelo Juízo de Família”. Em todos os outros 20 casos não houve manifestação das(os) magistradas(os) sobre o pedido. Também não foi verificado nenhum embargo de declaração para sanar a omissão.

A provisão de alimentos está expressa na Lei Maria da Penha, no artigo 22, inciso V, como uma medida que obriga o agressor e, no artigo 23, inciso III, como garantia de que o afastamento do lar não prejudicará os alimentos. Sendo assim, a Vara de Violência Doméstica é competente para decidir sobre a provisão de alimentos nas medidas protetivas.

Quanto à execução, destacamos o Enunciado 35 do FONAVID, segundo o qual: “O juízo de violência doméstica e familiar contra a mulher não é competente para a execução de alimentos fixados em medidas protetivas de urgência (Aprovado no VIII FONAVID-BH)”.

Por fim, a medida protetiva de suspensão da posse ou restrição do porte de armas, prevista no artigo 22, inciso I, foi requerida duas vezes e, em nenhuma delas, foi apreciada pelas decisões.

2.2.5 A intimação do agressor

A intimação do agressor deve ser realizada o mais rápido possível, para que ele tome ciência da restrição proferida. A análise dos autos revelou que, embora haja uma comunicação célere entre o Juízo e a Central de Mandados e um processamento eficaz dentro da própria Central, o entrave encontra-se na hora de intimar o acusado.

Inferese dos dados coletados que apenas 30% foram intimados em até 24 horas do deferimento da medida. Os motivos mais frequentes para a ineficácia da intimação célere dizem respeito à imprecisão da localização do acusado. Muitas vezes a vítima não sabe informar onde este se encontra, especialmente se moravam juntos e, após a violência, o acusado saiu de casa. Um outro fator dificultante é a falta de acesso e referência de alguns logradouros, especialmente quando localizados em regiões carentes, com vielas não numeradas, ou numeradas de maneira informal.

2.2.6 Ações penais

A medida protetiva de urgência tramita de forma célere, antes mesmo de ser oferecida a ação penal relativa à contravenção. Nos casos em que a ação penal é proposta, a praxe é a extinção da medida protetiva de urgência nos autos que tramitam apartados, seguida de seu traslado para os autos da ação penal.

Para verificar em quantos casos de violência analisados foram propostas ações penais, foi realizada uma consulta de todos os processos pelo nome do agressor no site do Tribunal de Justiça, com os seguintes filtros de busca: em “1ª instância” + “Violência Dom. e Fam. Contra a Mulher”, “1ª instância” + “Criminal”, “1ª instância” + “Criminal – Juri” e “Juizados Especiais”.

A busca revelou que dos 111 autos de medidas protetivas, em 34% foi proposta a ação penal específica. As demais permaneceram nas medidas de caráter precário.

2.2.7 Prorrogação da medida protetiva

A concessão da medida protetiva de urgência não está vinculada a um prazo legal. A regra observada a partir dos casos analisados é a concessão por 90 dias, que podem ser prorrogáveis enquanto a situação de violência permanecer. No entanto, não pode ser usada como uma forma de evitar o contato da vítima e do agressor *ad eternum*, sendo necessário observar se a situação de violência ou de potencial dano ainda permanece.

A medida protetiva pode ser revista ou cassada a qualquer tempo, conforme previsto no § 3º do artigo 19, assim como substituída por outras de natureza diversa, quando houver alterações no contexto fático. No entanto, deve-se destacar que, embora a medida protetiva não ostente prazo determinado, o mencionado dispositivo legal apenas garante a manutenção da medida enquanto se verificar a necessidade ante o perigo de lesão, já que as medidas visam dar maior e eficaz proteção à vítima.

A partir da análise dos casos, observa-se que 71% das medidas não foram prorrogadas. De modo geral, as medidas são extintas por vontade da vítima, que não tem mais interesse em manter a medida, ou porque a Defensoria Pública não logrou contato e a ação é extinta por “perda de objeto”.

CONCLUSÃO

A primeira parte da pesquisa, que buscou mapear a vítima, o agressor e o contexto da violência, revelou dados semelhantes aos de outras pesquisas sobre violência doméstica. Destacamos como principais dados: amostra significativa da faixa etária das ofendidas entre 31 e 50 anos (mais de 50% dos casos), a quantidade de agressões, já que mais da metade das ofendidas só procuram as autoridades policiais depois de já terem sofrido mais de duas agressões, e a grande incidência dos tipos penais de ameaça, a injúria e a lesão corporal.

Na segunda parte da pesquisa procuramos produzir dados sobre o procedimento da medida protetiva de urgência. A DEAM Centro é a delegacia com maior número de requerimentos dentro do "Projeto Violeta" e a Defensoria Pública é responsável pela assistência jurídica em 93% dos casos. O estudo das decisões judiciais revelou que o "Projeto Violeta" é eficaz quanto à celeridade, já que

em 104 dos 111 casos analisados a decisão foi proferida no mesmo dia da distribuição do requerimento no Poder Judiciário. As medidas protetivas de urgência mais deferidas foram aquelas em relação ao agressor: a proibição de aproximação da vítima e a proibição de comunicação. A mais indeferida, proporcionalmente, foi o afastamento dos filhos. Também foi verificado um grande número de requerimentos de medidas protetivas de alimentos e de suspensão de porte/posse de armas não apreciadas nas decisões.

A intimação do agressor se mostrou um dos grandes entraves para a eficácia plena das medidas protetivas de urgência. Os motivos mais frequentes para a dificuldade da intimação célere dizem respeito à indefinição da localização do acusado. Muitas vezes a vítima não sabe informar onde ele se encontra, especialmente se moravam juntos e, após a violência, o agressor saiu de casa. Um outro fator importante é a falta de acesso e referência de alguns logradouros, especialmente quando localizados em regiões carentes, violentas e com vielas não numeradas, ou ausência de numeração. Pode-se dizer, portanto, que são fatores externos ao Judiciário.

No decorrer do processo, somente três requeridos descumpriram as medidas protetivas e tiveram a prisão preventiva decretada. O número de prorrogações se mostrou baixo, o que nos leva a crer que as medidas foram uma resposta eficaz para que a situação de violência fosse sanada. Também se mostrou pequeno o número de ações penais propostas.

O relatório integral da pesquisa “A Resposta do Poder Judiciário às Mulheres em Situação de Violência Doméstica: um estudo das medidas protetivas de urgência no Projeto violeta” estará disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na página do Observatório Judicial de Violência contra a Mulher. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, Maria de Lourdes. "Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação". **Revista Sociedade e Estado** - Volume 29. Número 2, Maio/Agosto 2014.

BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CAMPOS, Carmen Hein (org.). **Lei Maria da Penha sob a perspectiva feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CIDH. Relatório nº 54/01. Caso 12.051 - "Maria da Penha Maia Fernandes". Brasil 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. "O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha". Brasília: CNJ/Departamento de Pesquisas Judiciárias. 94 páginas, 2013.

CORNELL, Drucila. **En el corazón de la libertad: feminismo, sexo e igualdad**. Ediciones Cátedra: Madrid, 2001.

DATASENADO. "Violência doméstica e familiar contra a mulher". Brasília: Senado Federal/Secretaria de Transparência, mar. 2013.

FGV, "Violência Contra a Mulher no Estado do Rio de Janeiro. Notificações de Violência Física", 2016.

Instituto Avon/IPSO. 2011. "Percepções sobre a violência doméstica contra a mulher no Brasil". 26 páginas.

IPS. "Dossiê mulher 2016" / organizadores: Andréia Soares Pinto, Orinda Claudia R. Moraes. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2016.

MACKINNON, Toward. **A Feminist Theory the State**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: Uma Análise Criminológico-jurídica da Violência contra as Mulheres**. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

OBSERVE. 2011. "Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais". Projeto Observe/UNIFEM. Salvador: UFBA/Observe – Observatório da Lei Maria da Penha. Março de 2011. 83 pag. (Disponível em: www.observe.ufba.br).

PANDJIARJIAN, Valéria. "Balanço de 25 anos da legislação sobre a violência contra as mulheres no Brasil". In: DINIZ, Simone G; SILVEIRA, Lenira P.; LIZ, Mirian A. (org.). **Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher (1980-2005)**. Alcances e limites. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006.

REIS LAVIGNE, Rosane e PERLINGEIRO, Cecília. "Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21". *In: Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Lumen Juris, 2011.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SUÁREZ, M. e BANDEIRA, L. (2001) "A Politização da Violência Contra a Mulher e o Fortalecimento da Cidadania". **Série Sociológica**, nº. 191. Brasília – DF: UnB

UNODC. "Respostas para a violência baseada em gênero no Cone Sul: avanços, desafios e experiências regionais". Relatório Regional. DF: UNODC/UNIFEM, 2011.

UNWOMEN. **El progreso de las mujeres en el mundo. 2011-2012. En busca de la Justicia**. New York: UNWomen, 2011.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. "Mapa da violência 2015: homicídio de Mulheres no Brasil". Distrito Federal: FLACSO/CEBELA. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.