

V. 22 ♦ N. 2 ♦ MAIO/AGOSTO ♦ 2020

ISSN 2236-8957

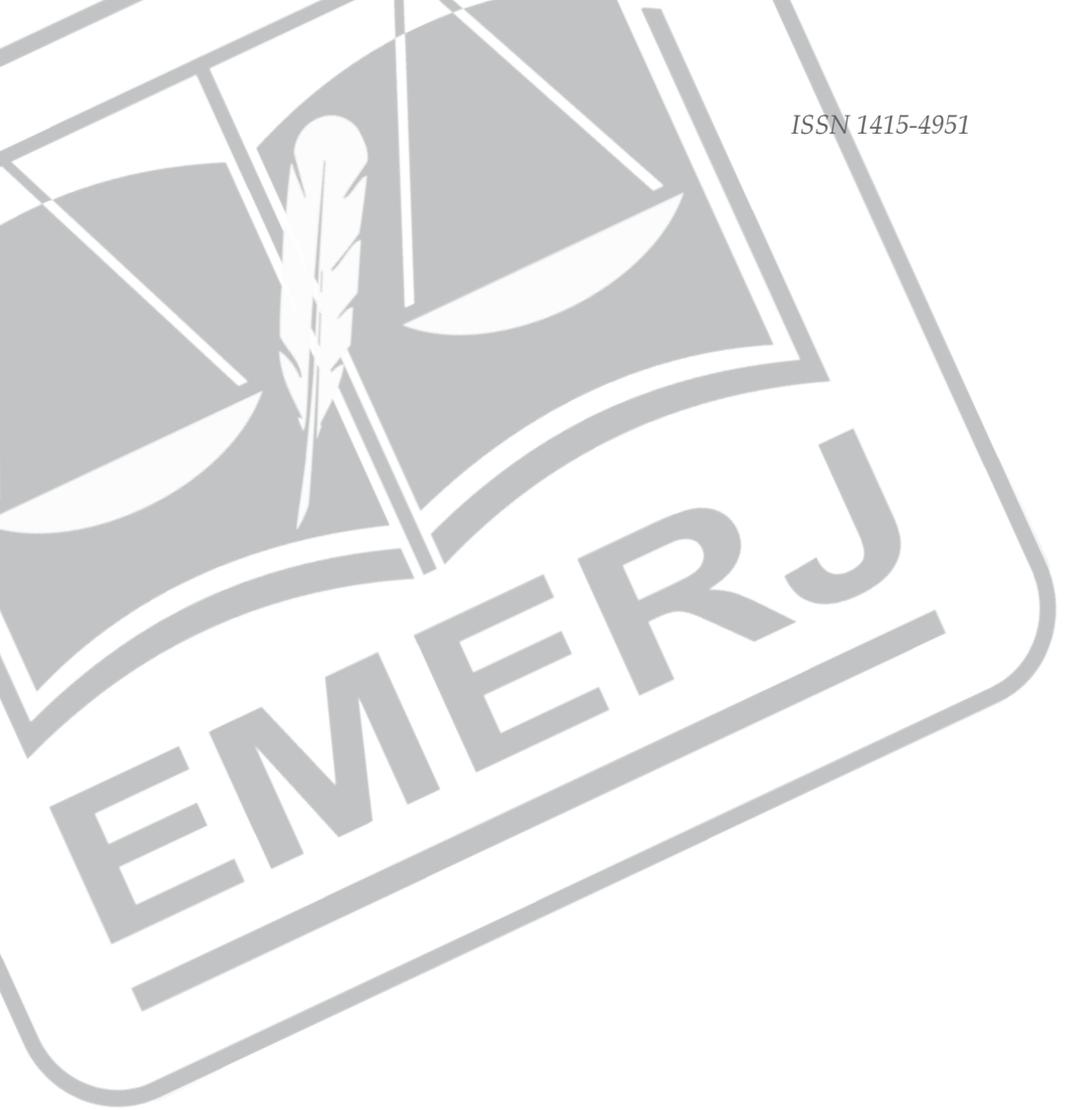
REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 1415-4951



Revista da EMERJ

Maio/Agosto
V. 22 - n. 2 - Ano 2020

Rio de Janeiro

© 2020 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.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade, Doutor Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte.

Conselho Editorial: Mestre Abel Fernandes Gomes, Doutor Adán Carrizo González-Castell, Doutora Adriana Ramos de Mello, Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Mestre Cesar Felipe Cury, Mestre Daniel Vianna Vargas, Pós-Doutora Edna Raquel dos Santos Hogemann, Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Mestre José Guilherme Vasi Werner, Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Doutora Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Doutor Luciano Vianna Araújo, Mestre Luiz Roberto Ayoub, Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Mestre Rodrigo Borges Valadão, Doutor Sérgio Cavalieri Filho. Portaria nº 80/2019

Editores Associados: Ministro do STF Doutor Luiz Fux, Ministro do STJ Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ Mestre Marco Aurélio Bellizze Oliveira.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
1998 -
v.

Rio de Janeiro: EMERJ,

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

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

■ PRESIDENTE

Desembargador Claudio de Mello Tavares

■ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto

■ 1ª VICE-PRESIDENTE

Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho

■ 2ª VICE-PRESIDENTE

Desembargador Paulo de Tarso Neves

■ 3ª VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

■ DIRETOR-GERAL

Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade

■ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM

Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho

Presidente da Comissão Supervisora dos Cursos de Extensão, de Pós-graduação e de Convênios e Parcerias - COCEP

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré

Produção Gráfico-Editorial: Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ

Responsável: Ébano Machel do Rosario Assis

Editor: EMERJ

Diagramação: Rafaelle Neves

Capa: Marcelo Melim

Foto: Marcelo Melim

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Clara Bastos e Sérgio Silveiras

Sumário

7 | Apresentação

Doutor Adán Carrizo González-Castell

9 | La Autorregulación Preventiva de la Empresa como Objeto de la Política Criminal

Adán Nieto Martín

32 | Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência de Associações Cíveis Desportivas

Pedro Freitas Teixeira

Vanderson Maçullo Braga Filho

91 | Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional

Fernando Leal

151 | Divulgação de Lista de Visitantes a Detento e Direito à Privacidade e Intimidade: Critérios para Ponderação com os Direitos Fundamentais à Liberdade de Informação e de Imprensa

Flávio de Araújo Willeman

Rodrigo Vieira Farias

179 | Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar

Daniela Mara Silva Campos

Ana Aparecida de Oliveira

Raquel Santana Rabelo

204 | Levando a Fungibilidade Recursal a Sério: Pelo Fim da “Dúvida Objetiva”, do “Erro Grosseiro” e da “Má-Fé” como Requisitos para a Aplicação da Fungibilidade e por sua Integração com o Cpc/15

Felipe Barreto Marçal

221 | Fundamentos Filosóficos, Históricos e Jurídicos do Uso de Algemas e Vestes Estigmatizantes por Réus Presos nos Tribunais do Júri Brasileiros

Divo Augusto Cavadas

249 | Os Novos Desafios do Poder Judiciário em Reconhecer a Isenção do Imposto Causa Mortis aos Hipossuficientes Frente ao Direito Constitucional de Acesso à Herança (Art. 5, Inciso XXX, CRFB/88)

Flávio Souto Meirelles Annechino Moreira Miguel

277 | Mudanças no paradigma do Acesso à Justiça: A Mediação de Conflitos por Meio das Serventias Extrajudiciais

Larissa Ágüida Vilela Pereira de Arruda

301 | A Prevenção de Lítigios nos Contratos de Construção: A Operatividade dos *Dispute Boards*

Maria João Mimoso

Joana D'arc Amaral Bortone

Apresentação

El mundo, y por supuesto nuestro país, se enfrenta a una nueva realidad llena de cambios producidos por los efectos, aún hoy impredecibles, de la nueva situación a la que nos ha conducido el COVID-19. Nos aproximamos a una etapa en la que los habituales conflictos, ya existentes, se verán incrementados por otros nuevos que afectarán a los más diversos aspectos de nuestra vida.

Buscar una solución adecuada a muchos de esos conflictos será uno de los principales retos a los que deberemos enfrentarnos desde la óptica del Derecho Procesal, ya que, en no pocos casos, será la Administración de Justicia la que tendrá que dar respuesta a los problemas y a los anhelos planteados por los ciudadanos y las ciudadanas.

Y es que, en nuestras manos, en la de todos nosotros y todas nosotras, está que no se vea comprometido, en este nuevo escenario, el derecho fundamental de acceso a la Justicia, consagrado al máximo nivel en todos los textos internacionales sobre Derechos Humanos, y recogido en el artículo art. 5º, XXXV, de la CF de 1988, donde se afirma que *“la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza al derecho”*, ya que desgraciadamente no solo habrá muchas lesiones sino también muchas amenazas que no pueden (ni deben) quedar excluidas de la apreciación de los Tribunales.

Los operadores jurídicos, jueces y juezas, miembros de la Fiscalía, abogados y abogadas no podemos permanecer al margen de dichos cambios y debemos esforzarnos especialmente, anticipándonos a los problemas que puedan surgir, detectando las falencias del sistema para, con la colaboración de la academia, ir proponiendo soluciones que den respuesta a las incertidumbres que se planteen en los diversos escenarios posibles.

Para conseguir este objetivo será de gran importancia la formación, desarrollada en todos los ámbitos, pero sobre todo en el judicial, formación de la que la EMERJ es ejemplo de esfuerzo y de dedicación desde hace tantos años, una institución llena de valores y de profesionales excelentemente preparados para llevar a cabo esta labor y cuya calidad científica está fuera de toda duda.

Pero no solo es necesaria la formación, sino también la investigación, elemento indispensable que unido al anterior, lo mejora y lo hace más eficaz, permitiendo el estudio de los nuevos retos, para intentar darle solución cuanto antes. Esa investigación que, precisamente en estos tiempos se está revelando como esencial a la hora de intentar buscar una vacuna, y que bien sabemos los profesionales del Derecho, que no solo se desarrolla en los laboratorios, sino también en nuestros despachos, en nuestras bibliotecas y, por supuesto, en nuestros Juzgados y Tribunales, ejemplares a la hora de interpretar las normas de acuerdo con el espíritu de la Ley, evitando cualquier tipo de indefensión. ¡Cuanto por estudiar y cuanto por aprender en estos tiempos tan complicados que nos ha tocado vivir!

Investigación a la que contribuye esta Revista desde hace más de 20 años a través de los artículos doctrinales que destacados expertos y expertas realizan de las cuestiones más relevantes para el ejercicio de la profesión de los operadores jurídicos, y a los que quiero expresar aquí mi más profundo reconocimiento por la magnífica labor desarrollada a lo largo de estos años y mi agradecimiento personal por permitirme formar parte de este proyecto como miembro de su Consejo Editorial.

Por todo ello, os animo a todos y a todas a abordar, desde los parámetros de la formación y la investigación, un nuevo modelo de Justicia para estos tiempos de crisis, para impedir que las actuales, y ya de por sí especialmente duras, circunstancias a las que nos enfrentamos, produzcan una crisis aún mayor en nuestro sistema judicial. Nuestros conciudadanos y nuestras conciudadanas no nos lo perdonarían: debemos estar a la altura y ofrecerles un contexto de seguridad y de confianza. Somos los encargados de hacerlo posible: es nuestra deuda con la sociedad y será nuestro legado para la historia.

DOUTOR ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL
Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de
Salamanca (España)

La Autorregulación Preventiva de la Empresa como Objeto de la Política Criminal

Adán Nieto Martín

Catedrático de Derecho penal

UCLM

1. INTRODUCCIÓN: CUATRO MODELOS DE RESPONSABILIDAD.

En los países que nos hemos sumado recientemente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas la discusión teórica y político criminal se ha centrado principalmente en el modelo de imputación a seguir, su relación con los principios básicos del derecho penal y el desarrollo de los programas de cumplimiento normativo. En cambio hemos hablado mucho menos de las sanciones a imponer o de los criterios de política criminal que deben determinar la selección de los delitos en los que resulta conveniente establecer su responsabilidad. En lo concerniente a este último aspecto basta con reparar en las soluciones diametralmente opuestas que ha adoptado los países del a UE. Mientras que en unos países, como Francia, se optó por el maximalismo, estableciendo que todos los delitos puedan ser cometidos a priori por personas jurídicas, en otros, la mayoría, el legislador ha optado por una política de “pequeños pasos”. Se ha comenzado incluyendo en el CP los delitos a los que obligaban las convenciones internacionales o la normativa europea, y después con ritmos muy diversos se han ido añadiendo otras figuras delictivas. En esta marcha hay países como Italia que llevan un ritmo constante introduciendo paulatinamente nuevas responsabilidades y otros como España que caminan a paso más lento. Por lo que observo

la mayoría de países latinoamericanos y especialmente Chile, se enmarcan en la segunda línea.¹

El objetivo de este trabajo reside en mostrar que no es posible incriminar cualquier conducta delictiva siguiendo un único modelo a la hora de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que dependiendo de los delitos deben utilizarse modelos diversos. La hipótesis de partida podría ser formulada del siguiente modo: como es conocido mediante la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el legislador pretende incentivar la autorregulación preventiva, es decir, que las organizaciones establezcan controles internos con el fin de prevenir, detectar y sancionar un conjunto de comportamientos delictivos. Sin embargo, con el fin de alcanzar este objetivo, la forma de establecer la responsabilidad del ente debe variar dependiendo del grado de relación que exista entre el delito a prevenir y las características de la autorregulación que deban desarrollarse para su prevención. Este planteamiento, distintos modelos para distintos sectores de la criminalidad, no es en absoluto novedoso. Como es conocido, por ejemplo, en el Reino Unido conviven tres modelos distintos de imputación: el común basado en la “teoría de la identificación” para los delitos del *common law*, que requieren *mens rea*; el previsto en la *Homicide Manslaughter Act* para los homicidios laborales imprudentes; y el previsto en la *Bribery Act* para los casos de corrupción internacional.

Frente a esta estrategia diferenciada, en nuestro país, al igual que en otros muchos, se ha optado por un único modelo al que denominaré “delito corporativo”², que se caracteriza por

1 Para una exposición completa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los distintos países de la UE, vid. FIORELLA (ed), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol I, Jovene Editore, Nápoles, 2012. Igualmente y con una exposición de la situación en Latinoamérica, GARCÍA MORENO/NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el derecho comparado y europeo, EN ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, *Autorregulación y Sanciones*, 2 ed., Aranzadi, Pamplona, 2015 (también publicado en RIQUERT (dir), *Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero*, Hammurabi, 2017

2 Tomo la expresión de FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el código penal español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015. En realidad dejo fuera del debate, por darlo por asumido, el presupuesto más importante del delito corporativo, el fallo organizativo o las “razones organizativo estructurales” como fundamento de la imputación. Lo que interesa subrayar en este trabajo es cómo que a partir de este mismo fundamento debemos crear varios modelos de responsabilidad o, si se prefiere, de delitos corporativos. He preferido, sin embargo, reservar esta denominación para los defectos de organización vinculados con la comisión de un delito que se comete en provecho de la entidad.

dos notas: la primera es que la persona jurídica responde por el delito cometido por uno de sus empleados, realizado en su beneficio; la segunda que la persona física y jurídica responden conjuntamente. En este trabajo desarrollaré cuatro modelos diferentes que habrían de ser aplicados dependiendo de las características no ya sólo del delito, sino del tipo de autorregulación preventiva que se quiera incentivar mediante la utilización del derecho penal (o sancionador administrativo) (vid. III):

(1) El primero, lógicamente, es el delito corporativo, al que se acaba de hacer referencia. Comprender la razón político criminal de este modelo y sus límites resulta esencial para el desarrollo del resto (vid. II).

(2) El segundo consiste en la infracción de no implementar un modelo de autorregulación preventiva eficiente (vid. IV). Este modelo sería de aplicación en aquellos supuestos en los que la persona jurídica tiene un deber de autorregulación preventiva que se establece por el derecho administrativo, como ocurre con el blanqueo de capitales o los delitos contra el mercado de valores, cuyos deberes preventivos son más amplios que los que se enmarcan dentro del delito corporativo.

(3) La organización preventiva defectuosa en relación a comportamientos imprudentes constituye el tercer modelo (vid. V). Lo que caracteriza a este supuesto es que el fundamento de la responsabilidad de la empresa – el defecto de organización – puede coincidir con el fundamento de la responsabilidad individual, por lo que parece que existe un exceso punitivo al emplear dos sanciones con el mismo fin: la mejora de la autorregulación para impedir lesiones a bienes jurídicos provenientes de conductas imprudentes.

(4) La falta de transparencia acerca del sistema de autorregulación preventiva de la empresa sería el cuarto de los modelos. Como veremos, este tipo de responsabilidad se está abriendo paso últimamente en el marco de la obligación que pesa sobre las empresas multinacionales de respetar los derechos humanos, donde se impone informar periódicamente acerca de las medi-

das adoptadas para evitar que la actividad empresarial tenga un impacto negativo sobre los derechos humanos. Igualmente podría ser de aplicación a comportamientos como la falsedad en el informe de gobierno corporativo que las sociedades cotizadas deben efectuar anualmente.

Entre estos cuatro modelos existe una relación de complementariedad, pero además entre ellos puede existir una relación de subsidiariedad en relación al “delito corporativo” que debe considerarse el modelo más grave de todos, porque castiga la infracción de las obligaciones de autorregulación preventiva más importantes. La posibilidad de contar con varios medios para conseguir el mismo fin (la autorregulación preventiva) permite por ello una intervención más conforme con el principio de proporcionalidad e igualmente, y esta es otra de las ventajas principales de la tesis que mantengo, los distintos modelos pueden ser tenidos en cuenta para distinguir entre organizaciones públicas y sin ánimo de lucro y privadas.

2. EL DELITO CORPORATIVO.

La responsabilidad de la persona jurídica sobre la base del delito corporativo tiene como soporte empírico más importante la explicación del *corporate crime* procedente de Sutherland y que fue desarrollada especialmente a partir de los años 70 del pasado siglo. Como es conocido, las conductas delictivas aparecen en el seno de una empresa porque ésta genera una serie de dinámicas internas que llevan a los empleados y directivos a cometer conductas irregulares. Concretamente, la competitividad y la búsqueda de beneficios a corto plazo generan en las empresas una cultura (espíritu criminal de grupo) contraria al cumplimiento de la legalidad, que empuja a sus empleados a la comisión de delitos en beneficio de la entidad. Para las teorías de la asociación diferencial o las de la neutralización, el prototipo de delito que genera el funcionamiento de la empresa, está conectado con la búsqueda de un provecho para la corporación por parte de un empleado o directivo que en el seno de la persona jurídica ha adquirido

una serie de justificaciones o de nuevos valores que le determinan a la realización del hecho delictivo.³

De esta explicación, interesa subrayar la importancia de que tiene para la adscripción de responsabilidad tanto que el autor pertenezca a la empresa y esté en contacto con la cultura criminal de grupo, como el hecho que su comportamiento pretenda ser beneficioso para la entidad. La responsabilidad penal de la empresa, de acuerdo con el delito corporativo, tiene como objetivo que ésta establezca una autorregulación preventiva dirigida específicamente a prevenir este tipo de comportamientos individuales. Los programas de cumplimiento que se enmarcan en el art. 31 bis del CP español, y preceptos semejantes en el derecho comparado, tienen como misión principal la prevención de este concreto tipo de ilícitos individuales. Esta limitación resulta crucial desde el punto de vista de la proporcionalidad y racionalidad de la respuesta punitiva. En especial, justifica que la pena de la persona jurídica sea proporcional con la del delito que se deba prevenir y justifica también que las sanciones de la persona jurídica y la persona física se acumulen. La pena pretende motivar a comportamientos bien diferentes: de un lado, el que la empresa se autorregule y, de otro lado, el que el infractor individual se abstenga de realizar su comportamiento. Incluso los fines de la pena en la imposición de cada sanción podrían ser diversos. Nada impide, por ejemplo, orientar la sanción de la persona jurídica a la prevención especial o la innocuización, a través del cierre de locales y la prohibición de actividades, y la de la persona física a la prevención general o al cumplimiento de fines retributivos.

Si se comparte el argumento que acaba de ofrecerse, debe mirarse con preocupación la evolución que se está produciendo en muchos ordenamientos y que consiste en una ampliación y difuminación de los dos pilares del delito corporativo: la actuación en provecho de la entidad y el grado de pertenencia del infractor a la organización. NICOLA SEL-

³ Una exposición de las teorías de la criminalidad en los delitos económicos en MORÓN LERMA, "El perfil criminológico del delincuente económico", en García Arán M (Dir.), *La delincuencia económica*, Tirant lo Blanch, 2014. Sobre Sutherland y su influencia en el desarrollo del *corporate crime*, vid. NIETO MARTÍN, en NIETO MARTÍN (ed), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Balnch, 2015 p. 50 ss.

VAGGI⁴ ha estudiado con detenimiento las fórmulas legislativas que se emplean en diversos ordenamientos con el fin de describir el primero de los elementos. En resumen podría decirse que la evolución ha sido la siguiente: aunque en un primer momento la expresión “en beneficio” o “en ventaja” tenía un marcado carácter subjetivo, paulatinamente se ha ido objetivando. Lo importante es que la empresa reciba algún tipo de ventaja económica, con independencia de la voluntad del autor. Esta objetivación ha permitido incluir, por ejemplo, dentro de esta exigencia el ahorro de costes, esencial para abarcar comportamientos imprudentes derivados de no implementar medidas medioambientales o de protección del trabajador. Algunos ordenamientos, como el austriaco, han empezado a entender que la responsabilidad cabe no solo cuando el autor actúa en beneficio de la entidad, sino también con independencia del beneficio cuando existe la obligación legal de prevenir determinados comportamientos. Esta última ha sido también la fórmula acogida, para los delitos imprudentes, en el proyecto de investigación que encabezado por la Universidad Roma III pretendía encontrar un modelo armonizado de responsabilidad para todos los países miembros.⁵

En este sentido, resulta también significativa la tendencia que se observa en Francia y en los EEUU. El término “por cuenta” se ha acabado interpretando en Francia de manera distinta en delitos dolosos e imprudentes. Mientras que en los dolosos se interpreta de una manera “exquisitamente psicológica” en los imprudentes basta con que el hecho ocurra dentro de la actividad ordinaria, del tráfico de la empresa. La ampliación ha notoria en los Estados Unidos, donde aunque originalmente la expresión *intent to benefit* tenía un significado marcadamente subjetivo, paulatinamente se ha ido equiparando a cualquier delito que se comete en el ámbito de su actividad.

⁴ SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, Jovene Editore, 2006.

⁵ Guidelines on liability ex crimine of legal entities in EU, Paragrah 6.2 “In case of involuntary offences, the interest of the entity is deemed to refer the conduct (i.e. the infringement of duties of diligence),” vid. FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol II, Jovene Editore, 2012.

En España, como es conocido el legislador del 2015 ha ampliado la expresión del 2010 que hablaba de “en provecho” para pasar a hablar de manera más amplia de la “obtención de un beneficio directo o indirecto”. Aunque aún no existe jurisprudencia al respecto, la Fiscalía General del Estado ya se ha mostrado partidaria de una interpretación extraordinariamente amplia del término: la discoteca es responsable del delito de tráfico de drogas que el empleado realiza en su interior, por el mero hecho de que ello le aporta el beneficio indirecto de una mayor clientela.⁶

Todas estas extensiones resultan incongruentes con el modelo del delito corporativo y en algunos casos manifiestamente contrarias al principio de legalidad. La objetivización del provecho, como ahorro de costes, en realidad funde este elemento con el del defecto de organización o no implantación eficaz del programa. La interpretación como conductas que pertenecen a la actividad de la empresa confunde en provecho con el requisito de que el empleado actúe en el marco de su actividad que al final tiene un contenido similar.

El segundo pilar sobre el que se asienta el delito corporativo es como hemos visto es la relación que existe entre la persona que comete el delito. Desde los postulados de la teoría de la heterorresponsabilidad o el modelo vicarial se optó tradicionalmente por imputar sólo aquellos delitos de los administradores y alta dirección (brain area). La razón que se esgrimía es que sólo le podían ser atribuida a las personas jurídicas las acción procedentes de las personas que constituían su cerebro o, dicho en nuestro lenguaje, que se deseaba limitar las obligaciones preventivas de las empresas a este reducido número de personas. Sin, embargo, también paulatinamente hemos asistido a una ampliación de este elemento: desde luego, cualquier tipo de subordinado, tenga o no una relación laboral, pero también en algunos ordenamientos terceros independientes que actúan para la empresa, subcontratistas o los trabajadores de las filiales.

6 FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2016, sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 16 s.

Esta interpretación material, que está en consonancia con el término subordinado que acoge el art. 31 bis del CP, resulta correcta, pero con un límite importante: atentos a los fundamentos empíricos del delito corporativo el término subordinado debe tener su fin cuando el autor ya no esté sometido a los factores criminógenos que genera la entidad, y actúe fuera del espacio de su cultura corporativa. Ello no quiere decir, desde luego, que los programas de cumplimiento deban despreocuparse de la legalidad de los comportamientos de los proveedores o consultores. El cumplimiento de terceros y las obligaciones de *due diligence*, por ejemplo, en materia de corrupción están cada vez más extendidas. Pero de esta evolución del cumplimiento normativo no puede derivarse una ampliación encubierta de la responsabilidad penal de la persona jurídica establecida conforme al “delito corporativo”. Así, por ejemplo, sería acertado considerar que pueden ser subordinados a los efectos de imputar a la multinacional un delito contra los derechos de los trabajadores, los directivos de una fábrica textil que trabajan en exclusiva para una multinacional y que están sometidos a su presión económica y al ritmo de trabajo que les impone la firma multinacional, pero no la actuación de un profesional absolutamente independiente, que se ha contratado para un determinado asunto.

Cuanto acaba de indicarse muestra, precisamente, donde se encuentra el núcleo del problema: la paulatina ampliación de los deberes de autorregulación empresarial como nueva estrategia de política jurídica, con el fin de prevenir comportamientos delictivos del más variado tipo (de terceros, imprudentes, no realizados en beneficio de la entidad) no puede hacerse a costa de forzar y difuminar los límites de la responsabilidad penal establecida conforme al delito corporativo, pues éste tiene su razón de ser en relación exclusivamente a una serie de deberes preventivos. El delito corporativo se diferencia del resto de modelos que van a proponerse, de un lado, en que el vínculo entre el defecto de organización o déficit estructural es particularmente intenso. Por esta razón, el delito corporativo no puede convertirse en el sistema de cierre de la totalidad de las distintas obligaciones de autorregulación de la

empresa. Ello supondría castigar con sanciones similares la infracción de los deberes de autorregulación preventiva más fuertes y justificados con otros que tienen una justificación más débil.

3. MODALIDADES DE AUTORREGULACIÓN Y DERECHO PENAL.

Aunque existen numerosos intentos de clasificar la autorregulación, su eje central gira en torno al modo en que la autorregulación privada se relaciona con el derecho estatal.⁷ Desde este punto de vista, existirían tres grandes formas de autorregulación. En la primera de ellas el Estado delegaría la potestad normativa pública en sujetos privados. Esta primera forma conlleva la atribución a determinados sujetos del ejercicio de funciones públicas y es la que encontramos por ejemplo en los colegios profesionales. El derecho penal no es insensible a este tipo de autorregulación. Siguiendo las directrices del Derecho público tendemos a incluir este tipo de autorregulación dentro de las expresiones de la propia administración y por esta razón consideramos que los privados en el ejercicio de estas funciones delegadas deben ser considerados funcionarios públicos a efectos penales.

En el otro extremo encontraríamos la autorregulación puramente voluntaria en la que el grado de interferencia estatal es mínimo o en cualquier caso no interviene en los contenidos de la autorregulación. Tampoco podemos señalar que este tipo de autorregulación sea totalmente ajena al derecho penal. Los estándares de conducta privados pueden integrar diversos elementos normativos del tipo, y muy especialmente conformar elementos tan decisivos la construcción del tipo como el riesgo permitido o el deber de cuidado. Incluso estas formas de autorregulación puramente voluntaria puede cobrar relevancia jurídico penal (o sancionadora) en sectores como la protección del consumidor.

A los efectos de este trabajo, sin embargo, la autorregulación que más nos interesa es la que es incentivada por el propio

⁷ En lo que sigue en relación a los distintos intentos de clasificar los tipos de autorregulación ARROYO JIMENEZ, Introducción a la autorregulación, EN NIETO MARTÍN/ARROYO JIMENEZ, *Autorregulación y Sanciones*, op. cit, p. 32 ss.

Estado con el fin de cumplir determinados intereses públicos. Dentro de este tipo de autorregulación, existen a su vez dos problemas distintos. El primero de ellos es el grado de autonomía que cada organización tiene frente al Estado a la hora de diseñar los contenidos de la autorregulación. Este primer eje del debate ha tenido gran influencia en la regulación penal. Mientras el 31bis en su reforma del 2010, bajo la laxa expresión del debido control, dejaba total autonomía a las empresas para determinar los contenidos de los programas de cumplimiento relativos precisamente al delito corporativo, el art. 31 bis resultante de la reforma del 2015 se inmiscuye mucho más en la forma en que ha de establecerse la autorregulación, siguiendo una fórmula que proviene de Italia, se ha recogido en Chile. Esta metaregulación de la autorregulación es en esencia similar a lo que sucede en los Estados Unidos con las indicaciones que se contienen en la *Guidelines for sentencing organizations* o en el RU con las directrices para la *Bribery Act*.

El segundo eje del debate es la forma en que el ordenamiento jurídico estatal establece incentivos para que las organizaciones privadas cumplan con sus deberes de autorregulación de manera eficaz. Los incentivos que utiliza todo regulador pueden ser muy variados, pero los clasificaré en indirectos o no punitivos y directos o punitivos.

Dentro de los incentivos no punitivos podría reseñarse por ejemplo la utilización de la contratación pública, dando prioridad en la contratación a empresas que contaran con sistemas de autorregulación preventiva adecuado⁸. Sin embargo, el incentivo no punitivo más extendido es la transparencia: la obligación de informar al mercado o a la sociedad de los contenidos y los avances que se han hecho en el modelo de autorregulación con

⁸ Este incentivo tiene sin embargo una eficacia muy limitada, pues de acuerdo con el derecho europeo de contratación pública es discutible que la calidad de la autorregulación en diversos sectores pueda ser considerada como un requisito de idoneidad técnica o solvencia técnica, en cuanto que estos requisitos tienen que ser eminentemente objetivos. No obstante, y tal como demuestra la directiva europea de contratación pública, el incentivo puede operar con el fin de readmitir dentro del sistema de contratación a aquellas empresas que han sido excluidas de un concurso al haberse inhabilitado a sus directivos o a la propia organización vid. al respecto CERRILLO MARTINEZ, Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos, en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELÚ/TEJEDOR BIELSA, *La corrupción en España*, Atelier, 2016, p. 185 ss.

el fin de que la sociedad o, particularmente, el mercado o los consumidores lo valore. Es lo que ocurre por ejemplo con los códigos de buen gobierno de las empresas cotizadas (art. 540 Ley de Sociedades de Capital) y más recientemente con los “estados no financieros” a los que hace referencia la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014.⁹ La directiva obliga a que las grandes empresas publiquen anualmente unos estados no financieros en los que se contenga información relativa a sus programas de cumplimiento – denominados programas de diligencia debida– en cuestiones medioambientales, sociales, y especialmente en materia de corrupción y respeto a los derechos humanos.

Lógicamente el delito corporativo no puede operar como sistema de cierre de este tipo de autorregulación en materia de gobierno corporativo o derechos humanos. Entre otras razones porque no siempre se trata de prevenir comportamientos delictivos. No obstante, por la importancia de los bienes jurídicos en juego, tal como se analizará más adelante, el sistema de cierre de esta clase de autorregulación debe pasar por una reflexión sobre el papel que deben cumplir hoy los delitos que sancionan la infracción de los deberes de información y transparencia de las empresas, con el fin de superar su restricción a la información o transparencia financiera como núcleo del bien jurídico protegido.

Entre los incentivos punitivos destaca la utilización de sanciones administrativas con las que se sanciona el incumplimiento de deberes de autorregulación.¹⁰ Desde el punto de vista que aquí nos interesa, plantear modelos de responsabilidad penal alternativos al delito corporativo, podríamos dividir este tipo de medidas en aquellas que tiene como finalidad la prevención de riesgos procedentes de la actividad de la empresa y aquellas cuya finalidad es la prevención de conductas intencionales de personas físicas.

⁹ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. OJ L 330/1, 15.11.2014.

¹⁰ Cfr. DARNACULLETA I GARDELLA, Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias, en ARROYO JIMENEZ/NIETO MARTÍN, *Autorregulación y sanciones*, op. cit., p. 155 ss

Dentro del primer ámbito, la autorregulación empresarial es un elemento clave a la hora de determinar el riesgo permitido en relación a determinados intereses como por ejemplo el medio ambiente o la seguridad de los trabajadores, pero también en otros sectores como la salud alimentaria y el denominado análisis de puntos críticos. En este ámbito los responsables individuales del sistema de autorregulación suelen también ser responsables en caso de que el riesgo ocasione un perjuicio a terceros, en cuanto que este sistema resulta clave en la determinación del riesgo permitido de la actividad. El principal problema en este tipo de incentivos directos a la autorregulación es utilizar de manera proporcionada y coordinada las distintas posibilidades sancionadoras que ofrece el ordenamiento jurídico. Al menos, en el marco del derecho español, la impresión que se tiene es de una intervención particularmente incoherente y desordenada. Por un lado, existen en todos estos sectores sanciones administrativas que tipifican la falta de implantación o la implantación defectuosa de la autorregulación y que generalmente se dirigen a la empresa. En alguno de estos sectores como el medio ambiente (art. 328), riesgos laborales (art. 318) y salud pública (art. 366) se ha establecido además la responsabilidad penal de la persona jurídica utilizando para ello modelo del delito corporativo previsto en el art. 31 bis. A estas dos tipos de sanciones debe añadirse la responsabilidad penal individual, en muchas ocasiones, de las propias personas físicas responsables del modelo de autorregulación, ya sea en su fase de implantación, diseño o ejecución. El *tri in idem* puede ser una realidad en estos casos.

El segundo modelo de autorregulación preventiva en el que se utilizan para su fomento sanciones directas es el que se refiere a comportamientos intencionales. Estos comportamientos intencionales pueden proceder de miembros de la organización o de terceros y realizarse en provecho de la entidad o en beneficio en exclusiva del autor individual o de un tercero distinto a su organización. Es el prototipo de autorregulación que encontramos en la legislación del mercado de valores, en el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo o la protección de datos

personales. En este caso existen desde luego sanciones administrativas por la falta de implantación o implantación defectuosa del modelo, tal como ocurría en el caso anterior, estas sanciones conviven con la responsabilidad penal de la persona jurídica conforme al modelo corporativo. Ahora bien, lo sintomático en este caso es que la sanción a la persona jurídica se produce únicamente cuando la conducta delictiva individual se realiza en su provecho y además por un subordinado. El delito corporativo no es apto para sancionar el defecto de organización que explica la actuación intencional del tercero, pero tampoco la del empleado que actúa en su propio provecho.

Como se desprende de cuanto se lleva dicho, sería desproporcionado ampliar el modelo corporativo con el fin de dar cabida paulatinamente a más supuestos de responsabilidad, pero por otro lado también conviene abrir un debate en torno a la eficacia y los límites de las sanciones administrativas en este ámbito y la necesidad de establecer un sistema de incentivos punitivos a la autorregulación coherente. Existe una falta de coherencia considerable si comparamos lo que ocurre en estos casos con los que ocurría en la autorregulación ligada a los comportamientos imprudentes: mientras que en este último caso las puertas de la responsabilidad penal individual contra el responsable del sistema están siempre abiertas, en este supuesto están siempre cerradas. El derecho penal puede actuar contra el responsable del sistema de autorregulación cuando se ha producido un vertido ecológico, con independencia incluso de si hay más responsables individuales, pero no actúa ante los administradores de una entidad bancaria que no han puesto el más mínimo cuidado en contar con un sistema eficaz de prevención de la financiación del terrorismo, cuando de ello se ha aprovechado una organización terrorista. Este modelo de autorregulación para prevenir comportamientos dolosos es más amplio de lo que suele pensarse y seguramente en el futuro vaya ampliándose cada vez más. Por ejemplo, la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres obliga a una autorregulación preventiva con el fin de evitar el acoso sexual (Art. 48). Carecería de sentido forzar el delito corporativo para

incluir el acoso sexual como uno de los delitos por los que puede responder la persona jurídica conforme al mismo, algo que por ejemplo ocurre en todos los países que como Francia o Estados Unidos tienen un sistema de *numerus apertus* de responsabilidad penal de personas jurídicas, pero desde luego podría debatirse la necesidad de sanciones contra aquellas empresas que han incumplido de manera especialmente grave esta obligación. Probablemente este tipo de deberes preventivos de comportamientos dolosos de terceros vaya en auge en el futuro y afectasen tanto a organizaciones públicas como privadas. Un candidato sería la implantación de medidas destinadas a impedir el acoso escolar en centros educativos. Igualmente, los mecanismos nacionales de prevención de la tortura, a los que hacen referencia los art. 17 ss del Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura, no son otra cosa que directrices imponiendo medidas de autorregulación preventiva contra este tipo de comportamientos.

4. LA INFRACCIÓN CONSISTENTE EN NO IMPLANTAR MEDIDAS AUTORREGULACIÓN PREVENTIVA EFICIENTE.

El Proyecto de 2015, a través del art. 286 sexties¹¹, ha abierto el debate relativo a la necesidad de contar con un precepto penal que actúe como sistema de cierre de las distintas obligaciones de autorregulación preventiva de infracciones que impone el ordenamiento jurídico¹². La formulación de este precepto adolecía sin embargo de graves defectos, especialmente el de su indeterminación y el de su relación con el art. 31 bis del CP. El art. 286 bis sancionaba, solo que ahora la pena se imponía a la persona natural, los defectos de organización relacionados con el delito preventivo,

11 "1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé el inicio a la ejecución de una de estas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida....

2. Si el delito fuera cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres meses a seis meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas".

12 GÓMEZ TOMILLO, *Compliance y política legislativa*. Tirant lo Blanch, 2016.

al señalar expresamente que las medidas de vigilancia y control a que se refería eran también las previstas en el art. 31 bis. Esta doble sanción o bien resultaba desproporcionada o bien suponía admitir que no se consideraba suficiente la sanción a la persona jurídica, con el fin de incentivar a la autorregulación. Igualmente, cometía el error de abarcar conjuntamente la autorregulación preventiva de delitos dolosos e imprudentes, cuando tal cómo se ha indicado en relación a estos deberes lo que en realidad nos encontremos es con un exceso de intervención punitiva.

A la luz de cuanto acaba de exponerse una infracción de estas características tendría sentido en relación a los deberes de autorregulación preventiva relacionados con delitos dolosos, en supuestos en que el delito corporativo no puede aplicarse: es decir cuando el autor no pertenece a la entidad o cuando es un empleado, pero ha actuado en su propio provecho. Sería el caso por ejemplo de una entidad cotizada que no ha puesto medidas para prevenir el *insider trading* o el blanqueo de capitales, cuando el delito ha sido cometido por un subordinado o un tercero pero en su propio beneficio. Este precepto que tendría como interés protegido la tutela del interés del Estado en materia de prevención de riesgos penales en el seno de las personas jurídicas podría constituirse como una norma penal en blanco, remitiéndose a las disposiciones administrativas en las que se contienen los deberes de autorregulación que se quieren tutelar.

Una de las cuestiones principales que debe discutirse, si se desea contar con una infracción de estas características, es a quién imponer la sanción. La incitación directa a implantar obligaciones de autorregulación preventiva en supuestos donde existe un deber claro y preciso de autorregulación es probablemente mucho más efectiva cuando se dirige a las personas físicas que dominan la entidad. En el derecho comparado esta es la opción del § 130 OWiG, si bien aquí también se acaba sancionando a la entidad. La opción de sancionar a la persona jurídica o la física con el fin de motivar a la autorregulación depende de una multitud de factores que habrían de ser estudiados con más detenimiento y a la vista de análisis empíricos.

Lo que sí debe dejarse claro es que esta infracción tiene un contenido distinto desde el punto de vista de su gravedad y del reproche que se realiza al delito corporativo. La particularidad del delito corporativo es que el vínculo entre la entidad y la infracción individual es tan estrecho que la sanción penal se reprocha de manera directa a la entidad. No ocurre lo mismo en los casos en que nos referimos. No es igual que un banco haya hecho del blanqueo de dinero procedente del narcotráfico su gran negocio, que un tercero utilice al banco para blanquear porque no ha cumplido correctamente sus obligaciones preventivas. Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el delito corporativo donde se trata de un defecto de organización más difuso, que se plasma en la cultura de la entidad, y que se ha prolongado en el tiempo, en este caso el defecto de organización radica en no haber implantado de manera eficaz medidas de prevención mucho más concretas.

Por esta razón, y a diferencia de lo que ocurre con el delito corporativo, en este modelo la sanción debe estar ubicada prioritariamente en el derecho sancionador administrativo. Una infracción penal podría ser adecuada en el marco de las administraciones públicas, con el fin de sancionar a los responsables de implantar medidas de prevención de la corrupción, que deberían ser personas con un poder relevante dentro del ente. Como vemos manteniendo desde hace tiempo carece de sentido que el Estado incentive a las empresas para que prevengan la corrupción y no haga lo mismo, en la mayoría de los países con las administraciones públicas. De hecho el Convenio de Naciones Unidas para la prevención de la corrupción en sus arts. 6 y ss obliga a que los entes públicos se doten de programas de cumplimiento con el fin de impedir la corrupción.¹³

5. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS IMPRUDENTES.

Hasta ahora no se ha reflexionado demasiado acerca de la necesidad y el funcionamiento de la responsabilidad penal de

13 NIETO MARTÍN/MAROTO CALATAYUD, *Public compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas*, Ediciones de la UCLM, 2015.

las personas jurídicas en relación a los delitos imprudentes. El núcleo del problema puede describirse del siguiente modo. De un lado, al igual que ocurre en los delitos dolosos, la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de un defecto de organización, cuya función es impedir lesiones o riesgos derivados de comportamientos, en este caso, negligentes. Lo peculiar de los delitos imprudentes es, sin embargo, que el propio defecto de organización puede dar lugar a la responsabilidad de personas individuales. La ausencia de organización preventiva o su ejecución gravemente defectuosa es apta para generar responsabilidad individual en dirigentes, pues determina el nivel de riesgo permitido al realizar la actividad. Más, de otro lado, lo que suele ocurrir en estos supuestos es que el “defecto de organización” constituye normalmente el sumatorio de varios comportamientos individuales imprudentes.

La conexión del defecto de organización de la entidad con comportamientos singulares de individuos penalmente relevantes implica que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos, la sanción de la persona jurídica no resulta a primera vista tan necesaria como instrumento para motivar a una correcta organización. Los propios dirigentes empresariales, quienes tienen el poder, pueden ser alcanzados en los casos más graves por la sanción penal o al menos saben que pueden verse envueltos en el proceso penal, con la consiguiente “pena de banquillo”.

En el derecho comparado esta cuestión ha sido ampliamente debatida.¹⁴ Aunque el debate está lejos de cerrarse, se observa una importante tendencia a combinar responsabilidad de la persona física y jurídica, de tal manera que se abandona la regla de la acumulación de sanciones, de la sanción conjunta a personas físicas y jurídicas, que es una de las señas de identidad del delito corporativo (art. 31 ter CP). Si colocáramos los distintos ordenamientos en una escala atendiendo a la flexibilidad de combinar ambas responsabilidades, Italia representa el sistema por así de-

¹⁴ Vid por ejemplo en materia de accidentes laborales con un amplio estudio de derecho comparado que se utiliza en lo que sigue STILE/FIORELLA/MONGILLO, *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: della responsabilità penale individuale alla “colpa” del ente*, Jovene editore, 2014.

circlo más inflexible. Para la doctrina italiana no existiría un *bis in idem* porque la culpabilidad de organización que se le imputa al ente no coincide con la responsabilidad de ninguna de las personas físicas implicadas, ni siquiera con la de los altos directivos de la entidad cuyo cometido es la organización general de seguridad. Dicho de otro modo: el deber de garantía del ente y las prestaciones que se derivan del mismo, no coinciden con las de ningún responsable individual. A esta conclusión llegan algunos indicando que en realidad el plan de prevención de riesgos laborales y el modelo de organización que se desprende del d. Leg. 213 son diferentes.¹⁵

En el Reino Unido *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* es el texto legal que contiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a las muertes imprudentes ocasionadas por la actividad de la empresa. El núcleo central de esta figura delictiva, del que se deriva la responsabilidad para las corporaciones, es un defecto de organización o un fallo en la organización preventiva de la empresa. Este defecto de organización no se refiere sin embargo a la actividad de un individuo en concreto. La esencia de este defecto de organización reside en que representa el sumatorio de varias conductas negligentes individuales, situadas a nivel estratégico de la empresa, es decir, realizadas por personas que tienen cierta capacidad de organización. La *Corporate Manslaughter Act* establece que la responsabilidad de la empresa por esta figura delictiva propia es independiente de la responsabilidad de las personas físicas por homicidios o lesiones imprudentes. Esta independencia opera del siguiente modo. De un lado, para castigar a la corporación no es necesario encontrar responsable a ningún directivo. De hecho, la finalidad de la *Corporate Manslaughter* fue, precisamente, habilitar la posibilidad de sancionar a la persona jurídica en estos casos, en cuanto que, conforme al derecho anterior, era necesario que al menos una persona perteneciente al “cerebro” de la entidad fuera también condenado por imprudencia grave.

¹⁵ MONGILLO, “Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell’ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione”, en STILE/FIORELLA/MONGILLO, *Infortunati sul lavoro*, p. 19 ss.

De otro, es verdad que la responsabilidad de la persona jurídica y la física pueden acumularse, pero sólo si el directivo actúa con imprudencia grave. Es decir, cuando hay una imprudencia de una persona individual que sobresale.

Como puede apreciarse las diferencias entre Italia y el RU son notables. En el RU la culpa de organización de la empresa se entiende como una suerte de sumatorio de responsabilidades individuales, mientras que en Italia, como hemos visto, ha existido un empeño doctrinal por mostrar que se trata de esferas de responsabilidad diferentes. Esta última idea es difícil de sostener. La *compliance* penal y la administrativa son dos modelos llamados a complementarse e integrarse. Es verdad que podría decirse que el *compliance* penal tiene como objetivo, más específico, prevenir comportamientos imprudentes de los directivos y empleados y el plan de prevención, en general, riesgos laborales. Pero lógicamente, lo segundo implica lo primero, además de existir zonas de imposible distinción.

El derecho penal francés y belga, que se encuentran en el lado opuesto a lo que ocurre en Italia, evidencian como esta interconexión o superposición entre culpabilidad del ente e individual es el camino a seguir. El art. 121-2 del CP francés establece la responsabilidad exclusiva de la persona jurídica en algunos casos de delito imprudente (imprudencia simple, causación indirecta) cuando la responsabilidad individual no es significativa.¹⁶ En Bélgica el art. 5 del CP incorpora para los delitos imprudentes una excepción a la acumulación de sanciones a la persona jurídica y la individual. Cuando se ha podido identificar a la persona individual que ha intervenido en los hechos, sólo será condenada la persona –física o jurídica- que haya cometido la infracción más grave.

Este breve repaso por el derecho comparado muestra que en los delitos imprudentes resulta necesario hacer importantes

¹⁶ Este criterio opera también en Francia a través del principio de oportunidad procesal. La Circular de la Fiscalía de 2004 (Circulaire relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales) establece que la acumulación de sanciones es la regla en los delitos dolosos, sin embargo en el caso de infracciones imprudentes la única imputada debe ser la persona jurídica cuando no se acredite de manera suficiente la imprudencia de una determinada persona física.

correcciones al modelo del delito corporativo. En primer lugar, y desde el punto de vista del autor individual, al menos cuando existen deberes de autorregulación preventiva específicos en el derecho administrativo debería ser irrelevante la existencia de una actuación “en provecho”. Lo importante es establecer que estos deberes han sido incumplidos. En segundo lugar, debería flexibilizarse la regla de la acumulación de sanciones que se establece en el art. 31 ter CP. La responsabilidad penal individual cuando recae en los directivos supone por regla general un estímulo suficiente para la autorregulación preventiva. La suficiencia de la sanción individual depende no obstante del tipo de empresa (grande o pequeña) y de la existencia de una cultura propia de la entidad que vaya más allá de la capacidad de organización del administrador responsable. Conforme a estos parámetros en entidades pequeñas y medianas la doble sanción (alto directivo + persona jurídica) resulta desproporcionada, salvo que el infractor individual sea un subordinado. De *lege lata* esta desproporción puede ser corregida gracias al saludable pragmatismo de la segunda frase del art. 31 ter. 1 del CP, que permite la compensación de las sanciones de la persona jurídica y la física.¹⁷ Lógicamente la responsabilidad de la persona jurídica habría de ser excluida cuando, al igual que los delitos dolosos, muestra que la lesión o el riesgo para la salud o la vida provienen de un comportamiento individual gravemente imprudente, que no va unido a un fallo de organización propio.

Más, en tercer lugar, la principal excepción al delito corporativo que ha de establecerse en delitos imprudentes es la relativa a la necesidad de que haya una concreta persona física responsable del delito. Tal como muestra el CP francés y la figura del homicidio de la corporación lo característico del defecto de organización imprudente es que puede consistir en el sumatorio de muchas conductas individuales, ninguna de ellas sin el nivel de gravedad necesario para que exista responsabilidad penal. Por esta razón, debería existir una previsión expresa que

¹⁷ Art. 31 ter 1: “...Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos”.

permitiera la sanción del ente cuando “como consecuencia de la organización de la empresa, ningún empleado o directivo resulta penalmente responsable”¹⁸. Esta previsión evita la sobreexplotación del derecho penal individual, en cuanto que no es preciso forzarla con el fin de tener un “doble o nada”.

6. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DERIVADA DE SU FALTA DE TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA DE CUMPLIMIENTO.

El último modelo de responsabilidad es el que más se aleja de los anteriores, lo que es debido a que en este caso el objetivo de la autorregulación no siempre está vinculado a la prevención de comportamientos delictivos. Tal como señalé existen dos ámbitos en que el incentivo a la autorregulación consiste en la obligación acerca de las medidas implantadas, me refiero al buen gobierno corporativo y a la publicación de estados no financieros relativos a los programas de cumplimiento en materia de derechos humanos. En el primer caso, la ley de sociedades de capital señala ya que el informe sobre gobierno corporativo es parte de las cuentas anuales en las sociedades cotizadas, mientras que en el segundo caso lo será de manera inminente pues la Directiva 2014/95 sobre estados no financieros, que ha modificado la directiva sobre los balances europeos, ha introducido la obligación de que las empresas multinacionales de más de 500 trabajadores publiquen sus medidas de autorregulación en materia de derechos humanos, igualdad, protección del medio ambiente y corrupción.

El origen de esta última obligación se encuentra en discusión existente acerca de la relación de las empresas multinacionales con los derechos humanos. Desde hace tiempo en el derecho internacional se viene discutiendo acerca del tipo de vinculación de las empresas multinacionales a los derechos humanos.¹⁹ Tras diversos ensayos, más o menos ambiciosos, el camino viene hoy marcado por los Principios Rectores de Naciones Unidas en Ma-

¹⁸ Vid. ya NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de la persona jurídica: un modelo legislativo, Iustel, 2008, p. 328.

¹⁹ RUGGIE, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, Norton & Company, 2013; DE SCHUTTER (ED.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart, 2006.

teria de Derechos Humanos.²⁰ La estrategia de este documento descansa en exigir a los Estados, que busquen caminos para que las empresas bajo su jurisdicción puedan ser hechas responsables por las violaciones y abusos a los Derechos humanos, lo que implica entre otras cuestiones que pongan en marcha medidas de autorregulación preventiva para evitar que su actividad afecte a los Derechos humanos. Los Principios contienen las líneas maestras de cómo ha desarrollarse esta parte del cumplimiento normativo en materia de derechos humanos. Como no podía ser de otro modo, la metodología es enteramente similar a la implantación de cualquier otro programa de cumplimiento. Aunque las Directrices dejan abierto el modo en que los Estados deben constreñir a las empresas a implantar estas medidas de autorregulación, de su lectura se desprende que un medio particularmente importante es la transparencia. Con este fin se ha confeccionado, a impulso de las propias Naciones Unidas, un modelo para que la información en materias de medidas de prevención de los abusos contra los derechos humanos sea lo más completa y homogénea posible.²¹

La Directiva de la UE 2014/95 sobre información no financiera por parte de las empresas es la respuesta a la política de derechos humanos de naciones unidas. Su art. 29 bis obliga a las empresas matrices de un grupo de más de 500 empleados a publicar los “estado no financieros” en los deben proporcionar información “en la medida que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno”. El art. 29 establece que las empresas deben declarar los riesgos que en estas materias existen de sus relaciones comerciales, productos y servicios y como gestiona el grupo los riesgos.

20 Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (2011)

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf.

21 UN Guiding Principles. Reporting Framework www.UNGReporting.org

Del texto de la Directiva y de los principios del derecho penal europeo se desprende además que la sanción de la falsedad en los balances no financieros, debe hacerse de igual modo que los no financieros: a través de sanciones proporcionadas, eficaces y suficientemente disuasivas. El TJUE en el asunto Berlusconi estableció que en el caso de la falsedad en los balances financieros esta obligación equivalía a disponer sanciones penales eficaces.²² No hay razones para que esta obligación no se extienda a la falsedad en los estados no financieros de la empresa: sobre todo si se entiende que el bien jurídico a proteger en estos casos son los derechos humanos. Se trata del derecho a conocer de los ciudadanos en relación a asuntos tan importante como la utilización por parte de sus empresas de trabajo infantil, del respeto al derecho a la alimentación, a la libertad sindical o las condiciones de trabajo mínimas que aseguran la no existencia de explotación laboral. ❖

²² STJU (Gran Cámara) 3.5.2015, asun. C-387/02, C-391/02, C-403/02, párg. 65.

Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência de Associações Civis Desportivas

Pedro Freitas Teixeira

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Pós-Graduado em Direito Empresarial e Mercado de Capitais pela FGV Direito Rio. Especialista em Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Professor da FGV Law Program, EMERJ e IBMEC. Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB/RJ. Membro efetivo da Comissão de Direito Empresarial do IAB. Membro da Comissão Especial de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência da OAB/RJ. Consultor externo da Câmara dos Deputados para o PL Substitutivo 6.229/05 (Reforma da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência). Advogado.

Vanderson Maçullo Braga Filho

Graduado em Direito pela FGV Direito Rio. Auditor da 3ª Comissão Disciplinar do Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol. Presidente da 1ª Comissão Disciplinar do STJD do Tênis de Mesa. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar e oferecer soluções jurídicas para o dilema enfrentado pelas associações civis, particularmente as desportivas, que se encontram completamente endividadadas e sem qualquer amparo legal suficiente para promover a real superação da crise econômico-financeira dessas associações. Como forma de melhor abordar o tema, o artigo apresenta as principais medidas legais criadas com o intuito de amenizar o problema apresentado. No entan-

to, conforme constatado, as referidas medidas propõem apenas soluções pontuais, não sendo suficientes para a recuperação definitiva dessas instituições. Dessa forma, o presente trabalho sugere a aplicação do regime da Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências) às associações civis desportivas. Além dos diversos aspectos legais relacionados ao tema, a legitimidade ativa das associações civis para se submeterem ao regime da Lei 11.101/05 será o maior desafio a ser enfrentado neste artigo.

Palavras-chave: associações civis desportivas; legitimidade; recuperação judicial, extrajudicial e falência.

Abstract: The purpose of this article is to present and offer legal solutions to the dilemma faced by civil associations, particularly sports associations, which are completely indebted and without sufficient legal support to promote the real overcoming of the economic and financial crisis of these associations. As a way to better approach the theme, the article presents the main legal measures created with the intention of mitigating the problem presented. However, as noted, such measures propose only one-off solutions and are not sufficient for the permanent recovery of these institutions. Thus, the present work suggests the application of the regime of Law 11,101 / 05 (Law of Judicial and Extrajudicial Reorganization and Bankruptcy) to the civil associations of sport. Besides the various legal aspects related to the theme, the active legitimacy of civil associations to submit to the regime of Law 11,101 / 05 will be the biggest challenge to be faced in this article.

Keywords: civil sports associations; legitimacy; judicial and extrajudicial reorganization and bankruptcy.

INTRODUÇÃO

A expressão “clube de futebol falido” vem perseguindo o ideário desse esporte há muito tempo no Brasil. Talvez o seu time do coração já tenha padecido desse rótulo outrora. O termo cos-

tuma ser empregado para se referir a agremiações desportivas submersas em passivo milionário, resultado de administrações desmedidas, com receitas penhoradas ou bloqueadas para satisfazer credores, patrimônio social desassistido e capacidade de investimento inexistente. Em síntese, a instituição possui mais dívidas que faturamento para saldá-las e não há perspectiva de geração de caixa suficiente para o futuro.

O cenário é ainda mais agonizante nos clubes pequenos – aqueles que disputam da Série C em diante na ordem alfabética das divisões do futebol nacional – que, de vez em quando, se veem envolvidos em realizações de praças para a arrematação de seus estádios e/ou sedes sociais. Nesses, os juros de mora ocasionam o débito milionário crescer exponencialmente, e a arrecadação, quando não encolhe ou permanece no mesmo patamar pela falta de patrocinadores e novos sócios estatutários e/ou sócios torcedores a cada temporada, aumenta aritmeticamente, expandindo os deficits. Adicionalmente, os clubes de porte pequeno têm menor acesso a crédito e menor peso econômico negocial.

Nos últimos anos, a tradicional matriz do América Football Club¹, na rua Campos Sales, na Tijuca, e o estádio do Olaria Atlético Clube², na rua Bariri, no bairro homônimo da agremiação, tiveram praças de arrematação designadas pela Justiça do Trabalho e pela Justiça Federal. Referidas entidades desportivas, contudo, conseguiram sensibilizar politicamente as autoridades municipais para o tombamento provisório dos dois imóveis (decreto municipal nº 35.939/2012 para o América Football Club³ e decreto municipal nº 37.773/2013 para o Olaria Atlético Clube⁴), o que terminou por afastar o interesse de potenciais compradores, em especial o de um setor sempre interessado em grandes áreas de

1 Tombamento de sede livra América de despejo. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/tombamento-de-sede-livra-america-de-despejo-5497353>> Acesso em 24 jan. 2018.

2 Leilão de sede fracassa e reacende esperança do Olaria no Rio. Disponível em <<http://esportes.estado.com.br/noticias/futebol/leilao-de-sede-fracassa-e-reacende-esperanca-do-olaria-no-rio,10000078871>> Acesso em 24 jan. 2018.

3 Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4722991/4122132/298DECRETO35939SededoAmericaFootballClub.pdf>> Acesso em 06 fev. 2018.

4 Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4722991/4122145/311DECRETO37773OlariaAtleticoClube.pdf>> Acesso em 06 fev. 2018.

terras – o imobiliário. O estádio de Moça Bonita, de propriedade do Bangu Atlético Clube, também teve o tombamento provisório realizado pelo município do Rio de Janeiro em outubro de 1996 (decreto municipal nº 15.199/1996)⁵.

Reportagem do UOL Esportes, de março de 2004, a propósito, noticiou⁶ que o Bangu Atlético Clube havia sido condenado em uma ação trabalhista e, na ocasião, foi especulado que o estádio de Moça Bonita poderia ir à hasta pública para o pagamento da dívida. Então dirigente do Bangu Atlético Clube, o eminente Presidente Rubens Lopes, hoje no comando da Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro, negou a possibilidade na época, em razão de o imóvel ser tombado pelo município do Rio de Janeiro. Confira-se trecho da publicação:

“Se o quadro atual é de estabilidade, o Bangu ainda sofre com dívidas passadas. No ano passado, o clube foi condenado por uma ação trabalhista no valor de R\$ 130 mil. Surgiu, então, a informação de que o estádio de Moça Bonita poderia ser leiloado, o que não aconteceu. “Essa notícia estava equivocada, porque o estádio é tombado pela Prefeitura e só pode ser utilizado pelo Bangu. Na verdade, a ação pedia a penhora da piscina do clube, mas parcelamos a dívida em dez vezes e, no dia 13 de fevereiro de 2004, tudo foi quitado”, disse Rubens Lopes.”

Já a Associação Atlética Portuguesa, por sua vez, em abril de 2017, logrou suspender a praça de arrematação do estádio Luso-Brasileiro, na rua Haroldo Lobo, na Ilha do Governador, após a prefeitura parcelar o débito de IPTU em oitenta e quatro vezes. Aludido espaço está arrendado para o Clube de Regatas do Flamengo desde janeiro de 2017, que o reformou e instalou estruturas provisórias para estabelecer a denominada “Ilha do Urubu”. Veja-se, a respeito, trecho da nota oficial emitida pela Associação Atlética Portuguesa, que esclarece o imbróglio:

⁵ Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4722991/4121937/132DECRETO15199EstadioProletarioGuilhermedaSilveira.pdf>> Acesso em 06 fev. 2018.

⁶ Bangu se conforma como força média do Rio. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/ult-not/2004/03/22/ult1334u235.jhtm>> Acesso em 21 fev. 2018.

“(...) A partir do momento em que tomamos ciência do caso e com a ajuda da vereadora da Ilha e sócia remida do Clube, Tânia Bastos, o Departamento Jurídico da Portuguesa, em parceria com o Clube de Regatas do Flamengo, entrou com uma petição na 12ª Vara de Fazenda Pública para que IMEDIATAMENTE fosse suspenso o leilão. Na noite da quinta (27), o pedido foi deferido e após isso, firmamos um acordo com a prefeitura a respeito da dívida pendente. (...)”⁷

Nem todas as agremiações desportivas, porém, conseguem o auxílio do poder público municipal para salvaguardar o patrimônio social. Em 2015, o jornal O Estado de São Paulo publicou⁸ que o Grupo Macion arrematou o Brinco de Ouro da Princesa, estádio do Guarani Futebol Clube, de Campinas, por R\$ 105 milhões. Comprovando irregularidades no processo – o valor da compra era inferior à avaliação da Justiça Federal, de R\$ 470 milhões –, a agremiação bugrina anulou a hasta pública. Em seguida, conseguiu um acordo com o Grupo Magnum. Nesse arranjo, o Guarani Futebol Clube vai ceder o terreno do estádio para a construção de um complexo imobiliário. Em contrapartida, o investidor vai pagar a dívida trabalhista do Bugre, em torno de R\$ 20 (vinte) milhões, construir um CT, novo clube social e nova arena de 12 (doze) mil assentos na cidade. Além disso, vai patrocinar o clube alviverde por 130 (cento e trinta) meses com R\$ 350 (trezentos e cinquenta) mil mensais. O Guarani vai transferir a posse do Brinco de Ouro da Princesa quando receber todas as novas estruturas físicas.

Já os chamados clubes grandes – que possuem maior quantidade de torcedores, maior faturamento, repercussão social mais acentuada de seu dia a dia e costumam disputar as primeiras colocações da primeira divisão – também sobrevivem financeira-

⁷ Portuguesa consegue suspensão do leilão do Estádio Luso-Brasileiro. Disponível em <<https://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/portuguesa-consegue-suspensao-do-leilao-do-estadio-luso-brasileiro.ghtml>> Acesso em 24 jan. 2018.

⁸ Quem dá mais? Estádios de clubes tradicionais entram em leilão em SP. Disponível em <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,quem-da-mais-estadios-de-clubes-tradicionais-entram-em-leilao-em-sp,70001846090>> Acesso em 24 jan. 2018.

mente graças a artifícios engendrados, que serão oportunamente esmiuçados no capítulo 2.

O presente trabalho tem como objetivo expor em detalhes os principais problemas financeiros enfrentados pelas entidades desportivas no Brasil e, ao final, propor a recuperação judicial, extrajudicial e a falência como instrumentos capazes de solucionar de modo completo e eficaz o passivo dessas instituições. A seguir, nos dois próximos capítulos, serão demonstrados os principais componentes do passivo dessas entidades e as soluções esparsas que são adotadas atualmente para amenizar ou prolongar a situação de crise.

1. A COMPOSIÇÃO DO PASSIVO DAS ENTIDADES DESPORTIVAS

É sabido que grande parcela do passivo dos clubes, federações e confederações está relacionado a processos trabalhistas. Nesse sentido, o passivo trabalhista corresponde a 38% (trinta e oito por cento) dos débitos totais dos 21 (vinte e um) principais clubes de futebol brasileiros, que é de cerca de R\$ 6,3 bilhões, segundo levantamento do Globoesporte.com⁹ nos balanços financeiros referentes ao exercício de 2016. Uma das causas da proeminente dívida trabalhista dos grandes clubes se explica pelas características específicas dos contratos de trabalho de atletas profissionais, que são regidos pelos artigos 28 e 30 da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), na qual se dispõe que devem ter prazo determinado¹⁰, nunca inferior a três meses ou superior a cinco anos. Em complementação, os contratos de trabalho dos atletas devem conter, obrigatoriamente, cláusula de natureza compensatória¹¹, de responsabilidade do clu-

9 Peso do atraso: clubes registram R\$ 2 bi em dívidas trabalhistas e 3 mil processos. Disponível em <<https://globoesporte.globo.com/futebol/noticia/peso-do-atraso-clubes-registram-r-2-bi-em-dividas-trabalhistas-e-3-mil-processos.ghtml>> Acesso em 24 jan. 2018.

10 Art. 30 da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé). O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos. (Redação dada pela Lei nº 9.981, de 2000)'

11 Art. 28 da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé). A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: (...) II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5o. (...) § 3º O valor da cláusula compensatória desportiva a que se refere o inciso II do *caput* deste artigo será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observando-se, como limite máximo, 400

be em caso de inadimplemento salarial, rescisão indireta ou dispensa imotivada de atleta profissional.

Parte significativa do endividamento trabalhista dos clubes decorre precisamente do pagamento da cláusula compensatória, que dialoga¹² com o que prevê o artigo 479 da CLT¹³. Contudo, a legislação específica é amplamente mais favorável ao atleta profissional. Isso porque enquanto referido dispositivo da CLT determina, a título de compensação, o pagamento de metade da remuneração que seria devida até o término do contrato de trabalho, a Lei Pelé (art. 28, §3º) estipula a condenação da agremiação desportiva em até 400 (quatrocentas) vezes o valor do salário mensal (que chega facilmente na casa dos cinco ou dos seis dígitos) no momento da rescisão e, como limite mínimo, o valor total de salários mensais a que teria direito o atleta até o término do referido contrato.

Convém destacar que a Lei Pelé (art. 28, §3º) dispõe que o valor da cláusula compensatória desportiva será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observados os mencionados limites mínimo e máximo. Impende sublinhar, contudo, que, no momento da negociação para a vinda de determinado atleta profissional, esse último possui maior poder de barganha que a entidade desportiva, sobremaneira na hipótese de as tratativas sobre a possível contratação vazarem para a imprensa e a torcida aprovar o atleta

(quatrocentas) vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão e, como limite mínimo, o valor total de salários mensais a que teria direito o atleta até o término do referido contrato. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011). (...) § 5º O vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante constitui-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais: (...) III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos desta Lei; (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011). IV - com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista; e (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011). V - com a dispensa imotivada do atleta. (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011)."

12 "Art. 28 da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé). (...) § 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: (...)"

13 "Art. 479 da CLT - Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato. Parágrafo único - Para a execução do que dispõe o presente artigo, o cálculo da parte variável ou incerta dos salários será feito de acordo com o prescrito para o cálculo da indenização referente à rescisão dos contratos por prazo indeterminado."

profissional, o que ocasiona clamor popular e ansiedade para o desfecho positivo e rápido da transação, aumentando a pressão na diretoria para a concretização. Noutro giro, contratações mal planejadas ou jogadores que acabam se tornando contestados pelos adeptos do clube e têm o contrato rescindido na ânsia da administração em dar respostas imediatas, resultam em expansão do débito trabalhista às entidades empregadoras desportivas, em razão da citada cláusula de natureza compensatória.

Outra causa reside nas elevadas – e muitas vezes impagáveis – quantias rubricadas a título de “direito de imagem” de atleta. A Lei nº 12.395/2011, ao introduzir o artigo 87-A à Lei Pelé, tornou explícito o caráter autônomo do denominado “direito de imagem”, não se confundindo com a contraprestação pecuniária devida ao atleta profissional, na condição de empregado e não se constituindo salário. Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho vem admitindo a natureza salarial da parcela quando ficar demonstrado o verdadeiro intuito de mascarar o pagamento de salário, isto é, quando restar caracterizado o efetivo desvirtuamento da finalidade do contrato civil de “direito de imagem” celebrado entre o atleta profissional e a agremiação desportiva.¹⁴

Uma terceira razão a justificar o elevado passivo trabalhista se dá quando um grupo político de oposição vence as eleições presidenciais e assume o poder máximo da agremiação desportiva. Não é raro, em momento posterior à posse, ser promovida a demissão de dezenas, quiçá centenas de empregados, sobremodo ocupantes de cargos administrativos, que foram contratados pela administração anterior. Muitas das vezes, essas dispensas em massa e em série vêm desacompanhadas do pagamento das verbas rescisórias correspondentes, ensejando novas demandas judiciais trabalhistas e que, somadas, ocasionam um prejuízo milionário.

14 TST julga improcedente integração de direito de imagem a salário de jogador de futebol. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-julga-improcedente-integracao-de-direito-de-imagem-a-salario-de-jogador-de-futebol/pop_up?refererPlid=10730&_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageId=pt_BR> Acesso em 06. fev. 2018.

Veja-se gráfico produzido pelo Globoesporte.com¹⁵ com as dívidas trabalhistas dos 21 (vinte e um) principais clubes do Brasil:



Já no que diz respeito à dívida fiscal, outra parcela de peso no passivo dos clubes, são comuns e frequentes os governos federal, estadual e municipal promoverem, com a devida autorização dos respectivos parlamentos, programas de parcelamento das dívidas fiscais com anistia total ou parcial de multa e juros, em prestações mensais de espaçoso prazo, independentemente de estarem inscritas ou não em dívida ativa e de terem execução fiscal ajuizada. Por conseguinte, esquiva-se a entidade desportiva do prosseguimento das cobranças judiciais de natureza fiscal e os decorrentes mandados de penhora e ordens de bloqueios de crédito.

Por fim, destaca-se o passivo cível (como, por exemplo, a dívida bancária, naturalmente com bancos ou similares, a dívida com fornecedores, com os direitos de imagem de jogadores e os valores a pagar a outros clubes pela aquisição de

¹⁵ Disponível em <<https://globoesporte.globo.com/futebol/noticia/peso-do-atraso-clubes-registram-r-2-bi-em-dividas-trabalhistas-e-3-mil-processos.ghtml>> Acesso em 24 jan. 2018.

atletas), que, diferentemente dos casos anteriores, ainda fica descoberto e suscetível de os credores liquidarem os ativos da agremiações desportivas aos pedaços, como a marca, as rendas de bilheterias, os direitos de transmissão de jogos, o montante oriundo de contratos de patrocínios e o valor percebido a título de multa rescisória pela saída de atleta profissional para outra agremiação desportiva.

2. OS MECANISMOS EXISTENTES PARA SOLUCIONAR OU POSTERGAR OS PROBLEMAS IDENTIFICADOS

Para evitar que os clubes grandes sejam financeiramente asfixiados com múltiplos e concomitantes mandados de penhora e ordens de bloqueios de crédito trabalhistas, inaugurou-se, em sede de instrumento normativo nos Tribunais Regionais do Trabalho, o instituto do Ato de Concentração de Execuções Trabalhistas. Na celebração do acordo pelo Tribunal local com o clube interessado, são fixados os requisitos para o deferimento do benefício e as condições objetivas para a sua implementação, como o percentual de constrição judicial mensal e anual de valores, as garantias para o pagamento e o valor mínimo das execuções para que se enquadrem no ato de concentração. Em suma, aplicou-se à execução trabalhista, sistemática semelhante à que rege a cobrança judicial contra a Fazenda Pública, destacada a possibilidade de reunião de processos contra o mesmo devedor.

Em novembro de 2017, o Clube de Regatas do Flamengo, após reduzir significativamente a quantidade de seus processos trabalhistas e crescer substancialmente suas receitas, anunciou acordo com o Tribunal Regional do Trabalho da 1^a Região, com sede no Rio de Janeiro, para retirar a agremiação do ato de concentração de execução trabalhista, no qual estava desde dezembro de 2003. Observe-se declaração do diretor jurídico do Clube de Regatas do Flamengo, Doutor Bernardo Accioly ao Globoesporte.com:

“O Flamengo já cumpriu seu papel no Ato. Quando entramos havia dívidas grandes, muitas penhoras que comprometiam fluxos de caixas, prejudicavam pagamento de salários, de tributos, de fornecedores. De 2013 para cá, com política de austeridade financeira e mais receitas, conseguimos pagar e fazer mais acordos e reduzimos a fila. Não fazia mais sentido manter valor alto de receitas aguardando uma fila. Quando assumimos em janeiro de 2013, havia 70 ações, com guias de pagamento, de condenações aguardando dinheiro na conta. Isso apesar de o Ato prever 15% de receitas destinadas para essa conta. Não tinha receita suficiente. O Flamengo agradece mais uma vez a presidência do TRT nesta longa jornada iniciada em 2003 e encerrada com sucesso nesta data.”¹⁶

Em dezembro de 2016, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com sede em Campinas, sob a presidência do eminente Desembargador Lorival Ferreira dos Santos, editou Ato Normativo (Provimento GP-CR nº 002/2016) autorizando os clubes de sua região de abrangência, do interior do estado de São Paulo, a parcelarem as suas dívidas trabalhistas, em prazo de até 120 (cento e vinte) meses, em parcelas fixas ou em percentual de suas arrecadações. Constitui-se, assim, em importante medida para viabilizar financeiramente as agremiações desportivas do interior paulista. O primeiro clube do interior que logrou aderir ao Ato de Concentração de Execuções Trabalhistas do TRT-15, em dezembro de 2017, foi o Botafogo Futebol Clube, de Ribeirão Preto. Veja-se, a respeito, depoimento do presidente Gerson Engracia, do “Botafogo paulista”, ao sítio eletrônico oficial do clube:

“2017 foi um grande ano para o Botafogo. Corremos o risco de perder o terreno da nossa Escola Oficial, que é um comodato municipal, e, com muito esforço, mantivemos a área em nossa posse. Agora, conquistamos o ingresso do Botafogo no Refis, o que fez com que eco-

16 Após 13 anos, Fla deixa Ato Trabalhista; Fila de credores “comia” 15% de receitas. Disponível em <<https://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia apos-13-anos-fla-deixa-ato-trabalhista-fila-de-credores-comia-15-de-receitas.ghtml>> Acesso em 24 jan. 2018.

nomizássemos quase 6 milhões de reais. Nesta semana, assinamos o Ato Trabalhista, que vai permitir termos uma segurança e planejamento financeiro, além de não termos mais nossas receitas penhoradas. Está tudo resolvido? Não! Vamos continuar batalhando, como sempre fizemos, para buscar o melhor para a instituição”¹⁷

A base legal para a centralização das execuções contra os grandes devedores encontra respaldo originário no art. 28, caput e parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980¹⁸ (Lei de Execução Fiscal), aplicado à espécie por força do art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho.¹⁹ Destaque-se que o Ato de Concentração de Execuções Trabalhistas foi, enfim, especificamente disciplinado no sistema jurídico trabalhista-desportivo nacional por intermédio do art. 50 da Lei nº 13.155/2015 (Lei do PROFUT), autorizando os Tribunais Regionais do Trabalho a instaurá-los. Veja-se a redação:

“Art. 50. Ficam os Tribunais Regionais do Trabalho, ou outro órgão definido por determinação dos próprios Tribunais, autorizados a instaurar o Regime Centralizado de Execução (Ato Trabalhista) para as entidades desportivas de que trata o § 10 do art. 27 da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998.” Em complementação, o art. 27, §10, da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), esclarece:

“Art. 27. (...)

§ 10. Considera-se entidade desportiva profissional, para fins desta Lei, as entidades de prática desportiva envolvidas em competições de atletas profissionais, as ligas em que se organizarem e as entidades de admi-

¹⁷ *Botafogo é o 1º do interior a aderir ao Ato Trabalhista*. Disponível em <<http://www.tribunaribeirao.com.br/site/botafogo-e-o-1o-do-interior-a-aderir-ao-ato-trabalhista/>> Acesso em 24 jan. 2018.

¹⁸ “Art. 28 - O Juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor. Parágrafo Único - Na hipótese deste artigo, os processos serão redistribuídos ao Juízo da primeira distribuição.”

¹⁹ “Art. 889 da CLT - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.”

nistração de desporto profissional. (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)”

E também o art. 27, §9º, da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé):

“Art. 27. (...)

§ 9º É facultado às entidades desportivas profissionais constituírem-se regularmente em sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)”

Uma crítica comumente formulada aos Atos de Execução Trabalhista Concentrada é quanto à existência, a exemplo dos Tribunais Regionais da 1ª e 15ª Região, de provimentos próprios díspares, sem padronização mínima. No Provimento nº 002/2017 do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, com sede no Rio de Janeiro, por exemplo, o prazo máximo de duração é de 6 (seis) anos e o requerimento de deferimento do plano deve ser endereçado à Presidência do Tribunal, enquanto no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com sede em Campinas, o prazo máximo é de 10 (dez) anos e o requerimento deve ser dirigido ao Corregedor Regional. Esses desencontros, porém, foram recentemente harmonizados quando o Tribunal Superior do Trabalho regulamentou, em 09 de fevereiro de 2018, o Procedimento de Reunião de Execuções no âmbito da Justiça do Trabalho, através do Provimento CGJT nº 1, assinado pelo Corregedor Geral da Justiça do Trabalho, o eminente Ministro Renato de Lacerda Paiva.

Não obstante, argumenta-se que os Atos de Concentração, ao formar compulsoriamente a fila de credores, interferem diretamente no cenário de uma eventual tentativa de autocomposição entre empregador e (ex-)empregado, porque colocam a agremiação desportiva, cujo direito em jogo lhe é desfavorável, em situação justamente oposta, com maior poder de barganha frente ao credor para um acordo que lhe seja mais vantajoso; apesar desse contexto, é certo que a solução consensual dos conflitos, em ver-

dade, deverá ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.²⁰ Além do que, sequer há a oportunidade efetiva de o credor trabalhista deliberar ou recusar a própria entrada no procedimento de execução concentrada.

Deveras, as entidades desportivas conseguem prolongar o período de pagamento do passivo trabalhista em vasto prazo, deixando os credores trabalhistas usualmente insatisfeitos, ainda que haja incidência de juros legais e correção monetária, pois demorará mais tempo para o recebimento, uma vez que ingressarão numa fila de espera que vai sendo saldada de acordo com as regras estipuladas no Ato de Concentração, maltratando, para alguns, o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) em benefício do credor.

Já com relação ao passivo fiscal, como exemplo recente e de grande notabilidade, está o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro – PROFUT (Lei nº 13.155/2015), relativo ao parcelamento dos débitos das entidades desportivas profissionais de futebol perante a União em até 240 (duzentas e quarenta) parcelas, com redução de 70% (setenta por cento) das multas, 40% (quarenta por cento) dos juros e 100% (cem por cento) dos encargos legais. No tocante ao parcelamento dos débitos concernentes ao FGTS, o prazo previsto na sobredita lei é de até 180 (cento e oitenta) prestações mensais.

O PROFUT é celebrado na comunidade jurídico-desportiva por exigir contrapartidas específicas das agremiações que se engajaram no programa, como limitação de mandatos dos dirigentes (art. 4º, inciso II), não atrasar salários (art. 4º, inciso I), gastar no máximo 80% (oitenta por cento) da receita bruta anual do futebol profissional com salários e direitos de imagem (art. 4º, inciso IX) e investir nas categorias de base e no futebol feminino e vender ingressos a preços populares (art. 4º, inciso IX). Essas contrapartidas devem ser oportunamente fiscalizadas pela Auto-

20 Art. 3º da Lei nº 13.105/2015. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (...)'

ridade Pública de Governança do Futebol – APFUT.²¹ Em nota oficial divulgada no sítio eletrônico do Club de Regatas Vasco da Gama, em agosto de 2015, o então presidente Eurico Miranda asseverou que:

“Eu fiz questão de comparecer pelo Vasco ao encontro com a Presidente Dilma Roussef, para reconhecer a importância da lei de refinanciamento das dívidas tributárias dos clubes de futebol. Por isso afirmo o seguinte à Presidente: - Tenho cinquenta anos de clube de futebol e a sua iniciativa foi o maior contributo aos clubes que vi em todos esses anos. É preciso reconhecer quando uma ação beneficia entidades centenárias como os clubes de futebol.”²²

Ao todo, segundo a Receita Federal, 111 (cento e onze) clubes de futebol se inscreveram no PROFUT, além de 6 (seis) federações estaduais. Da Série A, apenas a Sociedade Esportiva Palmeiras, o Sport Club do Recife e a Associação Chapecoense de Futebol não aderiram ao programa. A Sociedade Esportiva Palmeiras, de acordo com informações da Folha de São Paulo ²³, ficou fora, seguindo uma orientação de seu Conselho de Orientação e Fiscalização, que, após receber análise jurídica, entendeu que os benefícios do parcelamento não compensariam as contrapartidas que terão que ser dadas, como limite de gastos em folha salarial e investimento obrigatório no futebol feminino²⁴.

21 “Art. 19 da Lei nº 13.155/2015. Fica criada, no âmbito do Ministério do Esporte, a Autoridade Pública de Governança do Futebol - APFUT, sem aumento de despesa, com as seguintes competências:

I - fiscalizar as obrigações previstas no art. 4º desta Lei e, em caso de descumprimento, comunicar ao órgão federal responsável para fins de exclusão do Profut;

II - expedir regulamentação sobre procedimento de fiscalização do cumprimento das condições previstas nos incisos II a X do caput do art. 4º desta Lei;

III - requisitar informações e documentos às entidades desportivas profissionais; e IV - elaborar e aprovar o seu regimento interno.”

22 *Reconhecimento*. Disponível em <<http://www.vasco.com.br/site/noticia/detalhe/11230/reconhecimento>> Acesso em 24 jan. 2018.

23 Profut encerra inscrições com 111 adesões e só três clubes da Série A fora. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2015/12/1713452-somente-tres-clubes-da-serie-a-estao-fora-do-pr- ofut-que-tera-111-entidades.shtml>> Acesso em 06 fev. 2018.

24 Todavia, convém destacar que uma liminar concedida pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2017, em sede de medida cautelar na ADI 5.450, proposta pelo Partido Humanista da Solidariedade e pelo Sindicato Nacional das Associações de Futebol Profissional e suas Entidades Estaduais de Administração e Ligas, suspendeu a eficácia do art. 40 da Lei do

Retomando a seara fiscal, outro exemplo de colaboração da União com a dívida fiscal dos clubes foi a elaboração da Timemania (Lei nº 11.345/2006), loteria que tinha como carro-chefe a destinação de 22% (vinte e dois por cento) de sua arrecadação ao pagamento das dívidas fiscais dos clubes que aderirem ao projeto. A Timemania, no entanto, nunca rendeu os valores esperados pelos idealizadores da loteria em razão da baixa adesão dos torcedores, não conseguindo atingir o objetivo de amortizar substancialmente a dívida fiscal das agremiações com a União.

Há quem defenda, adicionalmente, que os Atos de Concentração de Execuções Trabalhistas e os programas de parcelamento de dívidas fiscais são medidas que afrontam o princípio da isonomia e o princípio da eficiência, uma vez que acabam funcionando como um estímulo ao mau pagador ou às administrações irresponsáveis. A entidade desportiva deixaria de pagar seus tributos, contribuições previdenciárias e obrigações trabalhistas, sempre na expectativa de que um novo Refis será aprovado, com descontos generosos em multas e juros, ou que as sanções da Autoridade Pública de Governança do Futebol - APFUT não serão suficientemente austeras. Ou que os Atos de Concentração serão prorrogados ou nunca deixarão de existir.

PROFUT, que alterou o Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003), para exigir como requisitos para a participação de clubes em competições, além de critérios técnicos previamente definidos como a colocação obtida em campeonato anterior, que as agremiações desportivas apresentassem a Certidão Negativa de débitos federais, regularidade de contribuição ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), regularidade nos pagamentos de obrigações trabalhistas e nos contratos de imagem dos atletas. Na decisão, o Ministro Alexandre de Moraes considerou presentes os requisitos para a concessão da liminar, uma vez que a norma aparenta ferir a autonomia das entidades desportivas quanto à sua organização e funcionamento, prevista no artigo 217 da Constituição Federal, além de constituir forma indireta de coerção estatal ao pagamento de tributos.

Vale esclarecer, no ponto, que, apesar de a decisão do Ministro Alexandre de Moraes facilitar a participação dos clubes nos torneios, não significa que estes estarão isentos de possíveis punições disciplinares no âmbito da Justiça Desportiva, decorrentes de atraso e/ou ausência de pagamentos de obrigações trabalhistas. Isso porque as respectivas entidades nacionais ou regionais de administração dos desportos (Confederações ou Federações) ou eventual liga que organizar competição profissional podem incluir em seus respectivos regulamentos de competições dispositivo do chamado fair play trabalhista. É oportuno dizer que a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) implantou, desde a edição de 2015, o fair play trabalhista nos regulamentos específicos das quatro divisões nacionais.

Dessa forma, no Campeonato Brasileiro organizado pela CBF, o clube de futebol que atrasar remuneração de atleta profissional registrado, por 30 (trinta) ou mais dias, estará sujeito à perda de três pontos por partida disputada. O primeiro clube punido foi o Santa Cruz Futebol Clube, sancionado pelo Tribunal Pleno do Superior Tribunal de Justiça Desportiva da CBF, em relatoria do eminente Auditor João Bosco Luz, no julgamento do Processo nº 036/2017, em junho de 2017, por unanimidade de votos, com a perda de três pontos na tabela de classificação da Série B de 2016, e com multa pecuniária de R\$ 30 (trinta) mil, após notícia de infração proposta pela Federação Nacional dos Atletas Profissionais de Futebol e a respectiva denúncia movida pela Procuradoria da Justiça Desportiva.

O Grêmio Foot-Ball Porto Alegre, por seu lado, foi sobremaneira evidenciado, como, por exemplo, pelo eminente Professor Cássio Cavalli²⁵, quando, em 2005, se esforçou para reunir, extrajudicialmente, as dezenas de credores trabalhistas e cíveis da entidade e negociar a instituição do chamado condomínio de credores. Com o condomínio estabelecido, o Grêmio passou a destinar inicialmente 30% (trinta por cento) dos montantes de vendas dos direitos econômicos de seus atletas para os credores. Em segundo momento, 15% (quinze por cento).²⁶ Com as alienações dos direitos econômicos do lateral-direito Mário Fernandes para o CSKA de Moscou, da Rússia, em abril de 2012, e do goleiro Victor para o Clube Atlético Mineiro em junho de 2012, o Grêmio saldou todas as dívidas fichadas no condomínio de credores e o encerrou. Em referência, veja-se a explicação do então presidente gremista Paulo Odone:

“Não tínhamos alternativa para pagar as dívidas. Era uma penhora em cima da outra, um tiroteio de cobradores. O Grêmio nunca sabia quanto dinheiro tinha, quando assumi o clube em 2005. Precisávamos resolver isso. Tentamos de todas as formas e chegamos, depois de meses de conversa, ao condomínio. Tudo estava comprometido. Era aquilo ou o fim do clube. O Grêmio estava quebrado, falido, só não poderia decretar falência.”²⁷

O primeiro mecanismo não foi suficiente e, em 2015, porém, o Grêmio Foot-Ball Porto Alegre se viu obrigado a inaugurar novo condomínio de credores, também formado extrajudicialmente e vigente até hoje, dessa vez para agrupar os débitos trabalhistas e cíveis criados entre 2012 e 2015, utilizando, em adicional como fonte de pagamento, as luvas recebidas referentes à

25 Condomínio de credores do Grêmio Foot-ball Porto Alegre e os equity receivership. Disponível em <<http://www.cassiocavalli.com.br/?p=382>> Acesso em 17 fev 2018.

26 Grêmio encerra condomínio de credores, paga dívidas históricas e inicia 'reconstrução'. Disponível em <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2012/07/18/gremio-encerra-condominio-de-credores-paga-dividas-historicas-e-inicia-reconstrucao.htm>> Acesso em 17 fev. 2018.

27 *Grêmio encerra condomínio de credores, paga dívidas históricas e inicia 'reconstrução'*. Disponível em <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2012/07/18/gremio-encerra-condominio-de-credores-paga-dividas-historicas-e-inicia-reconstrucao.htm?action=print>> Acesso em 24 jan. 2018.

venda dos direitos de transmissão para televisão e outras mídias entre 2019 e 2024.

Como se percebe, as agremiações desportivas, legitimamente, acabam por usar do seu prestígio e influência política nas mais diversas esferas de poder, em especial por se tratarem de entidades de prática e de administração do futebol – a maior paixão nacional e a alegria do povo –, para conseguirem mecanismos de composição de dívidas oriundas de suas principais classes de credores – a trabalhista e a fiscal.

Outra medida prática que ganhou os holofotes, como alternativa à sufocante precariedade financeira, foi a constituição, em 28.01.2004, da Companhia Botafogo S/A, sociedade anônima de capital fechado, que tem como acionista controlador totalitário o Botafogo de Futebol e Regatas, com 99,6% de participação no capital social, que é de R\$ 50 mil (cinquenta mil reais), dividido em 50.000 (cinquenta mil) ações ordinárias. Os demais acionistas, com participação protocolar, são, usualmente, os mandatários eleitos da alta administração do Botafogo de Futebol e Regatas.

A Companhia Botafogo S/A se tornou o veículo utilizado para o exercício e a exploração financeira e comercial de todas as modalidades esportivas (em especial o futebol) praticadas pelo Botafogo de Futebol e Regatas e da marca Botafogo, assumindo, por exemplo, a celebração de contratos de patrocínio e o recebimento das quantias financeiras decorrentes desses. Em razão do princípio da separação da pessoa jurídica, como efeito da constituição da sociedade empresária, as verbas oriundas dos contratos assinados pela Companhia Botafogo S/A, em tese, ficaram livres dos mandados de penhora e das ordens de bloqueios de crédito que assolavam a entidade desportiva alvinegra.

Não obstante, a Companhia Botafogo S/A – em pleno gozo da regularidade fiscal, trabalhista e previdenciária – foi a única concorrente e anunciada vencedora²⁸ da licitação pública promovida pelo município do Rio de Janeiro para a concessão de uso do Estádio Olímpico Municipal João Havelange, que, naquele

28 Botafogo vence licitação para administrar o Engenhão. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/esportes/botafogo-vence-licitacao-para-administrar-engenhao-4164797>> Acesso em 30 abr. 2018.

momento (julho de 2007), era o mais moderno do Brasil, recém-construído e inaugurado para os Jogos Pan-Americanos de 2007 e receptor de influências arquitetônicas do Estádio da Luz, de propriedade do Sport Lisboa e Benfica. A Companhia Botafogo S/A ofereceu, a título de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão, parcelas mensais e sucessivas de R\$ 36 mil (trinta e seis mil reais) durante o prazo da concessão de 20 (vinte) anos, corrigidos anualmente pela inflação e somados ao custo de manutenção.

Fruí-se, portanto, que a gestão principiado em janeiro de 2003, do saudoso presidente Bebeto de Freitas, encorajada pelo recém-editado artigo 1º da Medida Provisória nº 39, de 14 de junho de 2002 e com disposição semelhante editada no art. 9º da Medida Provisória nº 79, de 27 de novembro de 2002, que depois foram oportunamente derogados na conversão à Lei nº 10.672/2003 (que alterou a Lei Pelé e ficou conhecida na imprensa da época como Lei de Moralização do Futebol²⁹) pelo Congresso Nacional assimilar violação direta ao art. 217, inciso I, da CRFB-1988, implantou no Botafogo de Futebol e Regatas algo similar ao modelo do que hoje é chamado Sociedade Anônima do Futebol (SAF). Veja-se destaque na redação do artigo 9º da MP nº 79/2002, que estimulou o Botafogo de Futebol e Regatas a constituir a Companhia Botafogo S/A:

“Art. 9º. As entidades desportivas que não se constituírem regularmente em sociedade empresária segundo o art. 7º:

I - ficam impedidas de obter empréstimos, financiamentos ou patrocínios de entidades ou órgãos públicos, inclusive empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União;

II - não têm direito ao ressarcimento de que trata o art. 3º; e

²⁹ “Lei de moralização” só depende de Lula. <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/esporte/fk0404200321.htm>> Acesso em 17 fev. 2018.

III - sujeitam-se ao regime da sociedade em comum, em especial ao disposto no art. 990 da Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil.” (negritou-se)

Vale dizer que, em Portugal, foi sancionado em 2013 o decreto-lei que criou a Sociedade Anônima Desportiva (SAD), no qual se baseou o Projeto de Lei nº 5.082/2016, do eminente deputado federal Otávio Leite, que propõe a criação da Sociedade Anônima do Futebol. O projeto de lei da SAF prevê a constituição de uma sociedade anônima, vinculada a uma agremiação desportiva, cujas ações podem ser vendidas a terceiros. Veja-se, a respeito, o disposto no art. 3º, alínea “b”, do referido projeto de lei, que se assemelha à hipótese da Companhia Botafogo S/A:

“Art. 3º. A SAF pode ser constituída: (...)

b) pela Associação, transferindo-lhe direitos e ativos relacionados à prática ou à administração do futebol para formação de seu capital;”

A sociedade anônima do futebol, desse jeito, assumiria todos os direitos e deveres do clube referentes a marca, estádio, competições, cláusulas penais para rescisões de atletas, direitos de transmissão, entre outros. O clube, contudo, manteria poder de veto por meio de ações classe A – por exemplo, quanto a mudança de nome, cores, escudo, estádio e cidade. Contudo, uma das críticas que o projeto de lei da Sociedade Anônima do Futebol recebe é por, justamente, restringir, de modo expresso, o escopo de atuação da lei às entidades desportivas relacionadas ao futebol, descuidando de todas as demais modalidades. Outra discordância apontada é que o projeto não traz uma sistemática jurídica inovadora, uma vez que várias agremiações desportivas brasileiras já constituíram, no passado, como o próprio Botafogo de Futebol e Regatas e outros exemplos trazidos adiante, sociedades anônimas para seus departamentos de futebol e não obtiveram resultados satisfatórios dentro ou fora de campo.

Mesmo assim, por causa da proposição legislativa de 2016, a Sociedade Anônima do Futebol retomou fôlego no debate desportivo nacional envolvendo as agremiações de futebol. Inicialmente, o jornalista Rodrigo Capelo, repórter da Revista Época, noticiou³⁰ ato administrativo do eminente presidente do São Paulo Futebol Clube, Doutor Carlos Augusto de Barros e Silva, que designou dois advogados sócios do clube para montar um estudo de viabilidade sobre a separação do futebol das atividades sociais e amadoras. Mais recentemente, a colunista Sônia Racy, do jornal O Estado de São Paulo, publicou nota em 27.12.2017, que informa o avanço na tramitação do referido projeto nas estruturas internas do clube tricolor, alcançando o Conselho de Administração do São Paulo Futebol Clube.³¹ Em 07.05.2018, o Jornal O Globo publicou que o Clube Atlético Paranaense se prepara para se transformar em uma sociedade anônima.³²

Atualmente, tem-se que o Figueirense Futebol Clube, desde agosto de 2017, quando, na ocasião, frequentava a zona de rebaixamento da Série B do Campeonato Brasileiro de futebol, convivia com salários atrasados e possuía passivo milionário, constituiu uma sociedade anônima, de capital fechado, para administrar o futebol – a Figueirense S/A, com prazo de validade de 20 (vinte) anos, renováveis por mais 15 (quinze). Noventa e cinco por cento das ações da Figueirense S/A pertencem à holding Elephant Participações Societárias S/A e 5% (cinco por cento) das ações são de propriedade do próprio Figueirense Futebol Clube.³³ O Figueirense Futebol Clube, portanto, continua

30 *São Paulo nomeia advogados que estudarão a criação de empresa para gerir o futebol.* Disponível em <<http://epoca.globo.com/esporte/epoca-esporte-clubes/noticia/2017/06/sao-paulo-nomeia-advogados-que-estudarao-criacao-de-empresa-para-gerir-o-futebol.html>> Acesso em 17 fev. 2018.

31 *São Paulo quer criar S.A. para administrar o futebol.* <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/direto-da-fonte/sao-paulo-quer-criar-s-a-para-administrar-o-futebol/>> Acesso em 21 fev. 2018.

32 *Com estrutura inédita no futebol, Atlético-PR se prepara para virar SA.* Disponível em <<https://oglobo.globo.com/esportes/com-estrutura-inedita-no-futebol-atletico-pr-se-prepara-para-virar-sa-22660097>> Acesso em 18 mai. 2018.

33 *Figueirense se defende da participação no clube de citados na Lava Jato.* Disponível em <<https://globoesporte.globo.com/sc/futebol/times/figueirense/noticia/figueirense-se-defende-da-participacao-no-clube-de-citados-na-lava-jato.ghtml>> Acesso em 26 abr. 2018.

existindo, elege seu presidente e mantém o Conselho Deliberativo e outras modalidades esportivas, embora não tenha poder de decisão na Figueirense S/A, apenas fiscalizando, como acionista minoritário, as medidas dos novos gestores.

Por outro lado, como condições impostas pelo Figueirense Futebol Clube aos investidores, existem cláusulas de desempenho, prevendo, por exemplo, (i) a manutenção do Figueirense na Série A do Campeonato Brasileiro durante, pelo menos, 75% (setenta e cinco por cento) do prazo de vigência da parceria, e (ii) a possibilidade de rescisão, por parte do clube, se o time for rebaixado à Série C da liga nacional de futebol. A figura jurídica da Sociedade Anônima do Futebol, porém, enfrenta dificuldades de captação de recursos subsidiados, como alerta o diretor de futebol da Figueirense S/A, Felipe Faro, em entrevista ao blog Panorama Esportivo, do jornal O Globo:

“Talvez o que falte seja uma preocupação maior do governo. Hoje estamos impedidos de nos beneficiarmos pela Lei de Incentivo ao Esporte (apenas associações esportivas podem). Por mais que o governo queira estimular o esporte, ele acaba não estimulando. O tratamento tributário é diferente. Não podemos captar dinheiro pela lei. Falta o governo não ficar só nas palavras e nos equiparar com as associações.”³⁴

Adicionalmente, a adoção do formato jurídico de sociedade empresária ocasiona o aumento da carga tributária da entidade desportiva. Protegidos pela roupagem de associação civil sem fins lucrativos, os clubes hoje estão livres de um tributo que pega empresas em cheio: a contribuição previdenciária ao INSS incidente sobre a folha de pagamento.

Convém destacar que, no contexto da Lei Pelé recém-editada (Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998), o Esporte Clube Vitória, na administração do presidente Paulo Carneiro, tornou-se um dos

34 ‘Falta preocupação maior do governo’, diz diretor do Figueirense, único S/A das Séries A e B. Disponível em <<https://blogs.oglobo.globo.com/panorama-esportivo/post/falta-preocupacao-maior-do-governo-diz-direto-r-do-figueirense-unico-s-das-series-e-b.html>> Acesso em 20 abr. 2018.

primeiros clube-empresas do Brasil com a constituição do Vitória S/A, de capital fechado, para gerir o futebol. Em 12.06.2000, o Esporte Clube Vitória – em destaque no cenário nacional por terminar a Série A do Campeonato Brasileiro de futebol de 1999 na 3ª (terceira) posição e ser o então atual bicampeão baiano de futebol – vendeu 50,1% das suas ações no Vitória S/A para o Exxel Group, um fundo de investimentos multinacional, com sede nos Estados Unidos e cujo braço para a América Latina ficava na Argentina, por 6 (seis) milhões de dólares, e mais 12 (doze) milhões de dólares a título de mútuo para investimentos nas divisões de base. Assim, permaneceu com 49,9% das ações e, por dominar o know-how desportivo, indicou o presidente da joint venture. O Esporte Clube Vitória, por sua vez, cedeu ao Exxel Group, por intermédio do Vitória S/A, o controle de todos os seus ativos: os direitos econômicos de jogadores, a marca, os direitos televisivos e seu estádio Manoel Barradas, o Barradão. Ocorre, porém, que a instituição financeira entregou apenas 13,5 milhões de dólares e cortou o restante, com alegação de uma crise financeira no país vizinho em meados de 2001. Desde o final de 2002, o Exxel Group passou a procurar uma maneira de deixar o Brasil para se concentrar em outros negócios.³⁵ Em 2004, mediante o impasse societário, o Esporte Clube Vitória fez proposta e começou a recomprar as ações do Exxel Group no Vitória S/A, em uma operação que totalizou o dispêndio de 7,5 milhões de dólares, o que comprometeu profundamente as finanças da agremiação rubro-negra baiana. Os problemas fora de campo se somaram ao colapso esportivo e, nesse mesmo ano (2004), o Vitória S/A foi rebaixado à Série B do Campeonato Brasileiro de futebol e, no ano seguinte (2005), despencou à Série C. Embora a parceria tenha sido desfeita, o Vitória manteve sua administração baseada em uma sociedade anônima, até a dissolução do Vitória S/A pelo Conselho Deliberativo do Esporte Clube Vitória em dezembro de 2008.³⁶

35 *Vitória está em crise com parceiro econômico.* Disponível em <<http://esportes.terra.com.br/noticias/0,OI162657-EI1972,00-Vitoria+esta+em+crise+com+parceiro+economico.html>> Acesso em 26 abr. 2018.

36 *Vitória anuncia fim da parceria com o Banco Excel.* Disponível em <<http://esportes.terra.com.br/noticias/0,OI340489-EI1969,00-Vitoria+anuncia+fim+da+parceria+com+o+Banco+Excel.html>> Acesso em 26 abr. 2018.

Também foram constituídas a Esporte Clube Bahia S/A em 1998, de capital fechado, e a Coritiba Futebol S/A em agosto de 2002 (vinculada ao Coritiba Foot Ball Club). Em janeiro de 2003, indo além das equivalentes, a Coritiba Futebol S/A enviou à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) um pedido de registro de companhia aberta concomitantemente a um pedido de distribuição pública de ações em mercado de balcão não organizado. No entanto, segundo a Revista Capital Aberto³⁷, a autarquia federal negou os pedidos, alegando irregularidades contábeis nos documentos apresentados. Dos 51 (cinquenta e um) milhões de reais declarados como patrimônio da Coritiba Futebol S/A, mais de 50 (cinquenta) milhões de reais eram referentes ao direito de uso da marca Coritiba. Esse valor foi descrito pela companhia como “patrimônio intangível gerado internamente” nas demonstrações financeiras. Todavia, a CVM invalidou a contabilização desse tipo de ativo intangível e vetou o negócio, alegando não haver garantias financeiras e que o clube estava supervalorizando sua marca, que representava quase a totalidade dos ativos.

Sucede, todavia, que a Companhia Botafogo S/A, que alcançou maior expressão que as correspondentes, sofreu questionamentos jurídicos quanto a uma possível tentativa de burlar as restrições creditícias constantes do Botafogo de Futebol e Regatas. A primeira veio do Tribunal de Contas da União. Em abril de 2007, a Companhia Botafogo S/A celebrou contrato de patrocínio master esportivo com a Liquegás Distribuidora S/A – Liquegás, subsidiária de capital fechado da Petrobras Distribuidora S/A que atua no engarrafamento, distribuição e comercialização de gás liquefeito de petróleo, com a interveniência e a anuência do Botafogo de Futebol e Regatas na avença. Vale frisar que a Petrobras Distribuidora S/A, por sua vez, é subsidiária da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. A Petrobras é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, e seu controle acionário é mantido pela União, nos termos do art.

³⁷Disponível em <<https://capitalaberto.com.br/pageflip/120/120/assets/basic-html/page45.html>> Acesso em 21 fev. 2018.

62 da Lei nº 9.478/1997.³⁸ O acordo de patrocínio master esportivo, inicialmente válido por um ano (que depois foi prorrogado para as temporadas de 2008 e 2009 e que não foi mais renovado a partir de 2010), previa como objeto a exposição e divulgação da marca Liquigás nos uniformes oficiais e de treino das equipes de futebol e demais modalidades olímpicas do Botafogo de Futebol e Regatas, bem como em seus backdrops e placas estáticas.

Tendo em vista o fato de a Liquigás ser uma empresa estatal, foi noticiado pelo UOL Esportes³⁹ à época o receio de ver repetida em General Severiano a situação que passava o Clube de Regatas do Flamengo. Patrocinado diretamente pela Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras desde 1984, que exibia no uniforme rubro-negro alguns dos seus produtos como o óleo lubrificante Lubrax e a gasolina Podium, o clube da Gávea teve o recebimento da verba bloqueado devido às suas pendências com a Justiça, referentes a tributos e direitos trabalhistas devidos.

A 9ª (nona) Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, que instruiu o processo administrativo na Corte de Contas da União relativo ao patrocínio master esportivo da Liquigás à Companhia Botafogo S/A, asseverou que “os agentes da Liquigás teriam concorrido para a simulação de negócio em que a personalidade da Companhia Botafogo S/A teria sido utilizada de forma antijurídica, com o único objetivo de permitir que o Botafogo de Futebol e Regatas se evadisse de vedações legal e constitucional à contratação com a Administração Pública”⁴⁰

No julgamento do caso, o Plenário do Tribunal de Contas da União, em sede do AC-2161-31/2012-P, em relatoria do eminente Ministro José Múcio Monteiro, em sessão de agosto de 2012, confirmou o entendimento de ter havido vício na contratação, embora tenha afastado a acusação de dolo na simulação

38 “Art. 62 da Lei nº 9.478/1997. A União manterá o controle acionário da PETROBRÁS com a propriedade e posse de, no mínimo, cinquenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante.”

39 *Botafogo tem novo patrocinador; contrato é válido por um ano*. Disponível em <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas/2007/04/20/ult59u118742.jhtm>> Acesso em 17 fev. 2018.

40 Disponível em <<https://contratospublicos.com.br/tcu-representacao-irregularidades-na-celebracao-de-contratos-de-patrocinio-entre-a-liquigas-e-a-companhia-botafogo-com-a-intervenienencia-e-anuenciado-do-botafogo-de-futebol-e-regatas-conhecimento-pr-2/jurisprudencia>> Acesso em 26 abr. 2018.

de negócio, que ensejaria a aplicação de multa pecuniária aos responsáveis. Observe-se, no ponto, trecho do voto do Ministro relator José Múcio Monteiro:

“(…) Diante disso, parece mesmo precipitado reputar de simulatória a contratação do patrocínio por meio da Companhia Botafogo, razão pela qual, ante a inexistência de dano ao erário e de indícios de locupletamento dos gestores por meio da irregularidade cometida, e considerando também que os contratos não foram renovados, resta suficiente dar ciência à Liquigás de que contratações como as em comento são consideradas irregulares por este Tribunal, de modo a preveni-la acerca de novas ocorrências dessa natureza. (...)”⁴¹ (negritou-se)

A segunda contenda transcorreu no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, inicialmente em julho de 2013. O Botafogo de Futebol e Regatas estava incluído no Ato nº 837, de dezembro de 2007, que garantia ao clube a retenção de 20% (vinte por cento) de suas receitas para pagamento de dívidas trabalhistas, evitando mandados de penhora e ordens de bloqueios de crédito com altas quantias. O então Presidente do TRT da 1ª Região, o eminente Desembargador Carlos Alberto Araújo Drummond, considerou, para determinar a exclusão do Botafogo de Futebol e Regatas, que as receitas da Companhia Botafogo S/A não foram levadas em conta nos repasses dos 20% (vinte por cento). Ou seja, ao omitir as receitas da Companhia Botafogo S/A, o clube alvinegro depositou apenas R\$ 30.344.015,87, quando deveria ter pago R\$ 125.438.248,50, levando-se em conta sua receita bruta de R\$ 627.191.242,50, apurada de 2009 a março de 2013.⁴²

Em 19.12.2014, o Botafogo de Futebol e Regatas, enfim, logrou êxito em retornar definitivamente à centralização das suas execuções trabalhistas, por intermédio do Ato nº 156/2014, exarado pelo próprio Presidente do TRT da 1ª Região.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Justiça do Trabalho descobre que Alvinegro sonegou mais de R\$ 95 milhões através da Cia. Botafogo SA*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/esportes/justica-do-trabalho-descobre-que-alvinegro-sonegou-mais-de-95-milh-oes-atraves-da-cia-botafogo-sa-9751083>> Acesso em 26 abr. 2018.

Ocorre que o eminente advogado Doutor Theotônio Chermont de Britto, na legítima defesa dos interesses jurídicos de diversos credores trabalhistas do Botafogo de Futebol e Regatas, inovou tese jurídica, passando a redimensionar as respectivas demandas judiciais trabalhistas e incluindo a Companhia Botafogo S/A solidariamente no polo passivo. Ato contínuo, requisiou, com amparo na teoria menor, a desconsideração da personalidade jurídica da Companhia Botafogo S/A, que não tinha bens em seu nome ou dinheiro em conta-corrente, para alcançar o patrimônio pessoal dos seus administradores. Em 19.12.2016, a eminente Juíza Elisabeth Borges, da 74ª (septuagésima quarta) Vara do Trabalho, autorizou a penhora de dois imóveis na zona sul do Rio de Janeiro, sendo um do então presidente do Conselho Diretor do Botafogo de Futebol e Regatas e diretor-presidente da Companhia Botafogo S/A, Doutor Carlos Eduardo Pereira, e o outro do então vice-presidente geral do Conselho Diretor do Botafogo de Futebol e Regatas e diretor-vice-presidente da Companhia Botafogo S/A, Doutor Nelson Mufarrej Filho.

Em 19.01.2017, a Companhia Botafogo S/A teve deferido o pedido para a sua inclusão no Ato nº 156/2014, que beneficiava originariamente apenas o Botafogo de Futebol e Regatas, pela então Presidente do TRT-1, a eminente Desembargadora Maria das Graças Viegas Paranhos, em razão de a Companhia Botafogo S/A ser integrante do mesmo grupo econômico do Botafogo de Futebol e Regatas e responder solidariamente em algumas reclamações trabalhistas. A decisão fez com que não fosse mais necessário o aporte imediato milionário para liberar os bens particulares dos administradores. E os credores passariam a receber dentro do percentual estabelecido pelo Ato de Concentração de Execuções Trabalhistas, que, como já salientado, obedece a uma “fila”.

Entretanto, em 22.02.2017, em sede de agravo regimental com pedido de reconsideração contra a decisão, o novo Presidente do TRT-1, o eminente Desembargador Fernando Antônio Zorzenon da Silva, acolheu o pedido de reconsideração dos credores agravantes, retirando a Companhia Botafogo S/A do Ato nº 156/2014 e restabelecendo o procedimento de execuções dire-

tamente em cada Juízo de origem. Em 20.04.2017, por fim, o Órgão Especial do TRT-1, por 12 (doze) votos a 1 (um), deu ganho de causa à Companhia Botafogo S/A, desprovendo o recurso interposto, e assegurou a manutenção da Companhia Botafogo S/A no Ato nº 156/2014. Compreendeu-se que a manutenção da Companhia Botafogo S/A no Ato representava a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais dos ex-atletas.

Equacionadas as pendências trabalhistas (com os Ato de Concentração de Execuções Trabalhistas pelos Tribunais Regionais do Trabalho), fiscal (com a Timemania, o PROFUT e os programas de parcelamentos estaduais e municipais) e até mesmo resguardando o patrimônio com o tombamento de estádios e sedes sociais para espantar os interesses imobiliários em eventual arrematação judicial, o passivo cível dependerá de soluções alternativas e na maioria das vezes pouco eficientes.

3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL APLICÁVEL ÀS ENTIDADES DESPORTIVAS

Dessa forma, em vez de remendos pontuais e isolados para manter as agremiações desportivas respirando, ainda que sob a sensação genérica da torcida e dos sócios estatutários de se estar diante de um “clube de futebol falido” (embora tecnicamente considerando, o que existe de fato é a situação de um “clube de futebol insolvente”) e que por si só já causam insegurança jurídica como aqui demonstrado, sustenta-se neste artigo que as dívidas das entidades desportivas devem ser encaradas de frente, num ambiente altamente propício à realização de bons negócios, como o da recuperação judicial, o da recuperação extrajudicial e o da falência.

Propício, pois se cuida de uma esfera com regras processuais pré-definidas, que trazem conforto, previsibilidade e segurança jurídica a ambas as partes, sobretudo aos investidores. Nada obstante, de um lado se posiciona a entidade desportiva em crise e vinculada ao processo de recuperação (contudo, viável – requisito da recuperação judicial, conforme o art. 53, inciso II, da Lei nº 11.101/2005) e, de outro, está um investidor/

credor disposto a adquirir um ativo, que chegarão juntos à autocomposição.

Do ponto de partida, concorda-se, em ambos os cenários (tanto nos remendos quanto no processo de recuperação judicial), que uma eventual inviabilidade do prosseguimento das atividades das agremiações desportivas seria motivo de comoção social, seja em razão de implicar o fechamento de centenas de postos de trabalho, aumentando o atual nível de desemprego, seja em decorrência da frustração de milhões de torcedores, mormente pelo futebol ser a alegria do povo. Portanto, o que se perquire é, tal como descrito no art. 47 da Lei nº 11.101/2005 (lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária), “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor.”

Decorre, porém, que a recuperação judicial permitirá uma análise e reestruturação mais profunda de todo o passivo da agremiação desportiva – compelindo quase a universalidade de credores (à exceção estrita atual da Fazenda Pública, conforme o art. 6º, §7º, da Lei nº 11.101/2005⁴³), das mais diversas classes, a sentarem na mesa de negociação, inclusive pactuando mediações, se entenderem necessárias. Estarão presentes, inclusive, os credores cíveis, que acabam por ficar fora dos tradicionais remendos e possuem (os credores cíveis) maior poder de barganha para um eventual condomínio de credores extrajudicial, que exige habilidade política dos dirigentes da entidade desportiva para o seu sucesso e boa vontade dos credores. Isso porque os credores cíveis possuem a tendência de desejarem o recebimento do crédito o mais rápido possível e sem qualquer deságio, sobretudo por intermédio das penhoras de cotas referentes a direitos de transmissão e, além disso, pode não solucionar totalmente o problema (como no caso do Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, que em breve tempo teve de renegociar novo condomínio). Além disso, sempre haverá o receio de que a agremiação desportiva

43 “Art. 6º. (...) § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.”

descumpra o pactuado no condomínio de credores extrajudicial e seja necessário retomar a execução ou a cobrança judicial.

Mais recentemente, neste ano de 2018, o Club de Regatas Vasco da Gama intentou instituir, extrajudicialmente, um condomínio de credores. Contudo, não obteve sucesso, por exemplo, na negociação de uma antiga dívida de R\$ 3,2 milhões com o ex-atleta Edmundo, que, ato contínuo, ante a impossibilidade de acordo, conseguiu bloquear as contas da agremiação esportiva cruzmaltina.⁴⁴

Saliente-se ainda que o mecanismo do condomínio de credores utilizado pelo Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense se assemelha, por causa da negociação por conta própria com seus credores de natureza cível acerca de condições e prazos para pagamento, a uma recuperação extrajudicial. Embora, vale dizer, o caso específico do condomínio de credores do Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense não contenha justamente a principal característica da recuperação extrajudicial – a possibilidade jurídica do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial ao Juízo da Vara Empresarial, por abranger também credores derivados da legislação do trabalho. E, a depender do entendimento, se cabível ou não a recuperação extrajudicial para agremiações esportivas não empresárias, a própria viabilidade jurídica do pedido de homologação direcionado ao Juízo Empresarial.

Outra grande vantagem da recuperação judicial, além da possibilidade de ampla reestruturação do passivo, é obter um fôlego em relação aos pagamentos dos credores (destacando os cíveis), pois o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende, por 180 (cento e oitenta) dias corridos⁴⁵, o curso da prescrição das ações e execuções existentes contra o devedor. Esse prazo é, a rigor, improrrogável, mas o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as peculiaridades de algumas situa-

44 *Vasco tem contas bloqueadas após pedido de penhora de Edmundo*. Disponível em <> <https://globoesporte.globo.com/futebol/times/vasco/noticia/vasco-tem-contas-bloqueadas-apos-pedido-de-penhora-de-edmundo.ghtml>> Acesso em 19 ago. 2018.

45 *Contagem de prazos na recuperação judicial deve ser feita em dias corridos*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Contagem-de-prazos-na-recupera%C3%A7%C3%A3o-judicial-deve-ser-feita-em-dias-corridos> Acesso em 20 abr. 2018.

ções justificam a ampliação desse prazo em prol da finalidade maior: a recuperação da entidade.

Nesse cenário, não se deve ter medo de uma possível rejeição do plano de recuperação pelos credores com a convalidação da recuperação judicial da agremiação desportiva em falência. É indiscutível, como já ressaltado, a importância das entidades desportivas, mormente os grandes clubes de futebol, frente à economia, bem como a notável função social que exercem. Ademais, não há como se negar que a bancarrota de uma agremiação desportiva, principalmente uma entidade grande de futebol, prejudica todos que dela dependem e, de modo geral, toda a sociedade. No aprendizado do eminente Desembargador Luiz Roberto Ayoub, do TJRJ, “se a cada crise as empresas não se recuperarem, as empresas morrem, e, de certa forma, a sociedade morre”.⁴⁶

Na hipótese de falência dos grandes clubes de futebol, esse efeito supracitado se torna ainda mais clarividente, uma vez que essas agremiações desportivas fazem parte da alma do torcedor brasileiro e estarão para sempre em seus pensamentos e paixões, ainda que venham a deixar de existir. Um fragmento do hino oficial do Clube de Regatas do Flamengo, sempre entoado por sua torcida nos estádios, ginásios e centros esportivos, por exemplo, é declarativo: “eu teria um desgosto profundo se faltasse o Flamengo no mundo.”

Não obstante, para pôr em prática o princípio de conservação da empresa, deve-se conjugá-lo com o princípio da razoabilidade. Sempre que uma entidade desportiva encontra-se em crise, deve-se indagar o seguinte: é razoável mantê-la em funcionamento? Para responder a essa pergunta, deve-se observar uma série de fatores, sendo o primeiro a viabilidade financeira da própria entidade desportiva.

Não se pode criar, com os remendos pontuais e isolados, com o auxílio de entes estatais nas mais diversas esferas de poder, um mecanismo indiscriminado de conservação de qualquer

46 Juiz Luiz Roberto Ayoub lança livro em palestra no TJRJ: ‘se as empresas morrem, a sociedade morre’. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/34820?p_p_state=maximized> Acesso em 18 fev. 2018.

agremiação desportiva que seja uma associação civil sem fins lucrativos; mister saber em que casos as entidades desportivas devem ser liquidadas ou preservadas.

De modo geral, o direito concursal deve ser um marco legal que permita, com menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou o desaparecimento de entidades (desportivas) ineficientes, deslocando os fatores de produção para campos de maior rentabilidade. Deve-se ter em mente que nem mesmo o interesse exclusivo dos empregados, dos torcedores e dos sócios estatutários pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções (com a Timemania, o PROFUT e os programas de parcelamentos estaduais e municipais) e do conjunto da sociedade que sofre as consequências da baixa produtividade e ineficiência dessas entidades desportivas. A taxa de juros, por exemplo, fica mais inacessível à generalidade da sociedade, pois neles se repassa, pelas instituições financeiras, uma taxa destinada a suprir os riscos dos empréstimos destinados às agremiações desportivas. Socializa-se assim, com toda a sociedade, os efeitos desses remendos pontuais e isolados. Noutra giro, o Estado brasileiro possui demandas infundáveis decorrentes de mazelas sociais históricas e gravíssimas, todavia, recursos financeiros limitados para concretizá-las (as demandas infundáveis), sendo, portanto, necessário priorizar as que efetivamente irá atender. Nesse contexto, há quem argumente que o dinheiro dos contribuintes não deveria ter como finalidade ajudar agremiações desportivas – associações civis sem fins lucrativos – mal-administradas.

Destaque-se também que uma agremiação desportiva em crise e que não seja viável torna-se perigosa, de modo que, se não tirada de atividade, continuará operando e cada vez mais se endividando. À medida que aumenta suas dívidas, amplia também o número de credores prejudicados; com isso, coloca-se em risco não só a agremiação desportiva que já estava em crise, como também seus credores, que cada vez mais têm créditos que não se satisfazem.

Ao deixar-se de resolver a situação pelo processo de recuperação judicial e adotando os remendos pontuais e isolados, as

agregações desportivas acabam por camuflar a sua situação de crise e conseguem crédito, envolvendo assim mais empresas na crise, podendo acarretar a quebra em efeito “dominó”. A associação desportiva em crise profunda pode ser comparada a um “barco afundando”, de modo que todos os credores que nele subirem afundam junto, ou seja, aqueles credores, sobretudo micro e pequenas empresas, que ficam na dependência do pagamento de seus créditos pela associação desportiva em crise correm alto risco, sendo provável a sua conseqüente quebra.

Noutro aspecto importante, talvez o mais determinante da matéria, a falência pode e deve ser encarada como uma situação benéfica para a solução definitiva do passivo da associação desportiva. Em um cenário de extrema crise financeira, seria positivo falir para preservar a prática da atividade desportiva. Em complementação a esse argumento, o art. 140, inciso I, da Lei nº 11.101/2005 (lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária) dispõe, acerca da realização do ativo na falência, como primeiro item na ordem de preferência, a alienação da empresa com a venda de seus estabelecimentos “em bloco”, justamente para tentar preservar a atividade da associação desportiva e também maximizar o valor a ser pago pela arrematação na hasta pública, satisfazendo uma maior quantidade de créditos. Veja-se a redação do referido dispositivo:

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

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;” (negritou-se)

Dessa forma, seria possível o arrematante – como, por exemplo, magnatas asiáticos, oligarcas russos, *sheiks* árabes, empresários estadunidenses (como geralmente acontece em alguns dos principais clubes europeus), homens de negócios nacionais ou mesmo a torcida devida e novamente associada – adquirir, “em bloco”, o

equivalente ao fundo de comércio, que nada mais é que o conjunto de bens corpóreos (os móveis e os imóveis) e/ou incorpóreos (nome, contratos comerciais, marcas, símbolos, direitos de créditos) de um grande clube de futebol brasileiro juridicamente falido. Convém destacar que essa medida seria mais viável sobremaneira às agremiações desportivas mais conhecidas, que despertariam, com maior facilidade, o interesse de investidores, por possuírem uma numerosa torcida/mercado consumidor. Vale dizer que o torcedor/consumidor no esporte, sobretudo no futebol, é fiel por excelência e disposto a comprar produtos e serviços relacionados, em virtude do amor que sente pelo esporte e por seu clube ou seleção. O mascote do time, desenhado numa caneca, transforma um simples objeto de cerâmica num bem procurado e desejado, passível de figurar em destaque na prateleira de um colecionador e admirador daquela agremiação desportiva.

A decisão final sobre recuperar ou falir, todavia, competirá aos credores, que devem, na deliberação da assembleia geral de credores para a aprovação do plano de recuperação judicial, escolher entre conceder uma forma alternativa de reorganização da recuperanda ou liquidar-se a recuperanda em sede falimentar. Em outras palavras, a decisão dos credores envolve aprovar-se a recuperação ou rejeitar-se a recuperação e convolar-se a recuperação judicial em falência. Essa decisão é tomada, ao menos em tese, levando-se em conta o valor da entidade desportiva reorganizada e o valor da entidade desportiva liquidada. Ou seja, faz-se uma análise da viabilidade econômica da agremiação desportiva reorganizada e do seu valor, bem como do valor da mesma entidade desportiva liquidada. Os credores e *stakeholders* que se relacionam com a agremiação desportiva optarão, oportunamente, pela alternativa que maximize o valor da entidade desportiva, de modo a maximizar a satisfação dos interesses dos credores e *stakeholders*. Desse modo, deve-se ponderar sobre o momento de pedir a recuperação, pois, se for muito tarde, quando a crise já é severa, pode ser que a alternativa seja a falência, por não existir mais o que se recuperar.

Além disso, não há nem mesmo que se cogitar de uma eventual reforma constitucional e legislativa para impedir legal e

expressamente a falência de agremiações desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos, uma vez que tal medida poderia se constituir em um subterfúgio para a continuação do status quo, permitindo que entidades desportivas constituídas sob associações civis sem fins lucrativos se valham do instituto da recuperação judicial apenas para procrastinar o pagamento do que devem, seja com a suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor no prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos (art. 6º, §4º, da Lei nº 11.101/2005), com a já mencionada exceção estrita atual da Fazenda Pública (art. 6º, §7º, da Lei nº 11.101/2005), seja com um plano de recuperação judicial fabricado com intuito meramente protelatório.

Ilustrados os inequívocos benefícios do processo de recuperação judicial para os entes desportivos frente aos remendos e perpassado o medo genérico que se possa causar uma agremiação desportiva falir (caso também seja aplicada a falência à entidade desportiva), convém adentrar especificamente na possibilidade jurídica da recuperação judicial, extrajudicial e de falência de agremiações desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos – já sob a égide da Lei nº 11.101/2005 e ainda no Projeto de Lei nº 10.220/2018, proposto pelo Presidente da República para a reforma à lei de recuperação judicial e falência.

Duas correntes se apresentam sobre a possibilidade jurídica do pedido de recuperação judicial, extrajudicial e de falência por entidades desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos. A primeira, mais conservadora, positivista e literal, compreende que somente as entidades desportivas que se constituírem sob a forma de sociedade empresária podem postular recuperação judicial, extrajudicial e se submeter à falência. Isso porque o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 determina que “esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.” Dessa forma, segundo a linha de entendimento, a legislação pertinente à recuperação judicial, extrajudicial e falência se mantém aplicável tão somente ao empresário e à sociedade empresária e, mais recentemente,

também aplicável à empresa individual de responsabilidade limitada, denominada “Eireli”, instituída pela Lei nº 12.441/2011, que introduziu o art. 980-A ao Código Civil de 2002.⁴⁷

Em complementação, o artigo 27, §9º da Lei Pelé, incluído pela Lei nº 10.672/2003, já mencionado neste artigo, determina que “é facultado às entidades desportivas profissionais constituírem-se regularmente em sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.” Já o §10 do artigo 27 da Lei Pelé, também incluído pela Lei nº 10.672/2003, esclarece que “considera-se entidade desportiva profissional, para fins desta Lei, as entidades de prática desportiva envolvidas em competições de atletas profissionais, as ligas em que se organizarem e as entidades de administração de desporto profissional”. Em arremate, apenas Confederações, Federações, clubes e ligas que se constituírem regularmente como sociedades empresárias podem postular recuperação judicial, extrajudicial e falir. Por isso, Confederações, Federações, clubes e ligas constituídas como associação civil sem fins lucrativos não detêm legitimidade ativa para postular recuperação judicial, promover recuperação extrajudicial e nem podem falir.

Argumenta-se que tal opção do legislador na Lei nº 11.101/2005, de restringir expressamente a recuperação judicial, extrajudicial e a falência às agremiações desportivas que se constituírem como sociedades empresárias visa justamente a estimular que elas se enquadrem sob a roupagem jurídica de sociedades empresárias e sejam administradas de forma mais profissional, como empresas.

Adicionalmente, caso desejem passar pelo processo de recuperação judicial, extrajudicial e mesmo falir, as entidades de prática desportiva, as ligas em que se organizarem e as entidades de administração de desporto profissional, constituídas na forma de associação civil, podem postular recuperação judicial, promover recuperação extrajudicial e falir, desde que promovam

47 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunal, 2013. pp. 63 – 66.

alteração em seus respectivos estatutos sociais tão somente para cumprir o requisito do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 de serem sociedades empresárias. E que, uma vez decretado por sentença o encerramento da recuperação judicial, se quiserem, poderão retornar ao status anterior de associação civil sem fins lucrativos.

Há ainda quem defende, para observar mencionada exigência do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, a criação de uma sociedade empresária para a administração de determinada modalidade desportiva, como o futebol, citando-se o exemplo prático do que atualmente já desempenha a Figueirense S/A, e a buscado enquadramento da associação civil sem fins lucrativos na recuperação judicial, extrajudicial ou na falência sob o conceito de grupo econômico, embora a associação civil sem fins lucrativos persista não tendo o intuito de distribuição de dividendos aos seus sócios.

A segunda corrente, mais principiológica, sistemática e teleológica, percebe possível juridicamente entidades desportivas constituídas como associações civis sem fins lucrativos postularem recuperação judicial, promoverem recuperação extrajudicial e mesmo falir.

Vale destacar, como pressuposto do primeiro argumento adotado nesse subgrupo, que a ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras deve ser afastada pela teoria do diálogo das fontes, cada vez mais em voga no Direito brasileiro, segundo a qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária. A teoria surge para fomentar a ideia de que o Direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada. Dessa forma, o direito concursal – mormente a Lei nº 11.101/2005 – deve ser aplicado, quando se está diante de uma agremiação desportiva que seja uma associação civil sem fins lucrativos em situação de crise econômico-financeira, em cotejo com o que dispõe a legislação desportiva nacional – sobretudo a Lei Pelé –, espécie normativa específica para o fomento das práticas desportivas (art. 217 da CRFB-1988), interpretando-se de forma coordenada e sistemática, em consonância com os preceitos constitucionais. Segundo a teoria do diá-

logo das fontes, uma norma jurídica não excluiria a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas – antinomias jurídicas – idealizados por Norberto Bobbio. Eis que o diálogo entre as fontes ora se dará através da aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo, ora mediante a complementação de uma norma a outra, ora por meio da aplicação subsidiária de uma norma a outra.

Nesse sentido, registre-se que o artigo 27, §6º, da Lei Pelé determina, expressamente, a possibilidade de entidades desportivas “independentemente da forma jurídica adotada”, isto é, podendo ser associações civis sem fins lucrativos ou sociedades empresárias, “fazer jus a programas de recuperação econômico-financeiros”. Confira-se a redação:

“Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no *caput* do art. 1.017 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)

§ 6º Sem prejuízo de outros requisitos previstos em lei, as entidades de que trata o *caput* deste artigo somente poderão obter financiamento com recursos públicos ou fazer jus a programas de recuperação econômico-financeiros se, cumulativamente, atenderem às seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).” (negritou-se)

A toda evidência, os mecanismos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, institutos consagrados na Lei nº

11.101/2005, são dois notáveis exemplos de programas de recuperação econômico-financeiros previstos no sistema jurídico brasileiro, de modo a viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da recuperanda, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Sem prejuízo dos “programas de recuperação econômico-financeiros”, destaque-se que o mencionado artigo 27, §6º, da Lei Pelé dispõe ainda, como mais uma alternativa às entidades desportivas, a possibilidade dessas últimas obterem “financiamento com recursos públicos”. Cogita-se, por medida prática, nessa hipótese, a contração de empréstimos com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e o refinanciamento de dívidas fiscais e previdenciárias de contribuintes nos mais diversos entes federativos, com a oportunidade de anistia total ou parcial de multas e juros.

Não obstante, se, de um lado, o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 estabelece a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e, agora, sublinhe-se, também “da sociedade empresária” e, de outro, há a facilidade do artigo 27, §6º, da Lei Pelé, de entidades desportivas “independentemente da forma jurídica adotada” “fazerem jus a programas de recuperação econômico-financeiros”, o artigo 27, §13, da Lei Pelé, em arremate, equipara as atividades profissionais das entidades desportivas, independentemente da forma jurídica sob a qual estejam constituídas, às das sociedades empresárias. Observe-se:

“Art. 27. (...)

§ 13. Para os fins de fiscalização e controle do disposto nesta Lei, **as atividades profissionais das entidades de que trata o *caput* deste artigo, independentemente da forma jurídica sob a qual estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias.** (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).” (negritou-se)

Dessa forma, dialogando as fontes normativas (Lei nº 11.101/2005 com a Lei Pelé), obtêm-se a possibilidade jurídica da postulação de recuperação judicial, da promoção de recuperação extrajudicial e mesmo da falência de entidades desportivas constituídas na forma de associações civis.

Como pressuposto do já segundo argumento acolhido nesta corrente, convém enfatizar que, no pós-positivismo jurídico, os princípios atuam de modo decisivo na dinâmica de ajuste do Direito à vida social, moldando a interpretação da regra jurídica e se associando a ela no processo de sua incidência.

De destacada importância para o direito desportivo pátrio, e, diga-se de passagem, para todos os demais ramos do direito, o princípio da legalidade é a baliza natural da autonomia da vontade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II, da CRFB-1988).

Esse princípio basilar do Estado Democrático de Direito, além de garantir a liberdade dos atores do ordenamento jurídico-desportivo nacional, na medida em que, inseridos na jurisdição estatal sob o regime jurídico das pessoas de direito privado (seja como associação civil, seja como sociedade empresária), são livres para fazer tudo o que a lei não proíbe expressamente, reveste as normas desportivas de eficácia e efetividade, uma vez que concede a elas o caráter obrigatório àqueles submetidos à sua jurisdição. Portanto, é em razão do princípio da legalidade que os estatutos sociais das associações desportivas possuem força de lei para os seus associados.

Em complementação ao princípio da legalidade, assim como o ordenamento jurídico-desportivo mundial é baseado no princípio da autonomia da vontade, o brasileiro também o é, conforme o artigo 5º, inciso XX, da CRFB-1988. Veja-se:

“Artigo 5º. (...)

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;”

Em adicional, o princípio da vedação da interferência estatal (art. 5º, inciso XVIII, da CRFB-1988), por sua vez também consagrado como garantia pela Constituição, é de grande importância para o direito desportivo brasileiro, pois estabelece a proibição expressa de qualquer intervenção e/ou interferência estatal no funcionamento das associações. Vale esclarecer que o termo “associação” possui duas acepções: em sentido lato, como qualquer associação de pessoas, inclusive as com finalidade lucrativa, partidos políticos, associações profissionais ou sindicais e, em sentido estrito, que significa pessoas jurídicas sem fim lucrativo. Observe-se:

“Artigo 5º. (...)

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, **sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;**” (negritou-se)

Mesmo consagrado de forma genérica pela Constituição, o constituinte originário houve por bem realçar, em complementação específica ao mencionado princípio da não intervenção estatal (art. 5º, inciso XVIII, da CRFB-1988), o princípio da autonomia das entidades desportivas no artigo 217, inciso I, como meio de garantir ao desporto a liberdade necessária à sua promoção e desenvolvimento. Confira-se a redação do artigo 217, inciso I, da CRFB-1988:

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, **observados:**

I – a **autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;**” (negritou-se)

Por força dessa garantia (art. 217, inciso I, da CRFB-1988), as entidades desportivas podem organizar-se de forma a alcançar os objetivos para os quais foram criadas e impulsionar a prática desportiva considerando as inúmeras peculiaridades regionais que marcam a realidade brasileira.

Para o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sede doutrinária, não era sequer necessário que o princípio constitucional da autonomia da administração esportiva estivesse expresso no inciso I do art. 217 da Constituição Federal, porque

“não era preciso fazê-lo, pois sabemos que a ideia de liberdade de associação, prevista em todas as constituições modernas, de certa forma, já assegurariam a autonomia dessas entidades sem grande esforço hermenêutico, (...) não percamos de vista, pois, a rigor, estamos aqui com uma especificação, vamos chamar assim, de algo que já se faz de maneira muito clara no art. 5º, quando se cuida da ideia de liberdade de associação”⁴⁸

Decorre, porém, que a garantia específica do art. 217, inciso I, da CRFB-1988 serve de alicerce, em conjunto com o princípio da vedação da interferência estatal (art. 5º, inciso XVIII da CRFB-1988), para que o Brasil integre o ordenamento jurídico-desportivo mundial, uma vez que as entidades internacionais de administração do desporto, como a Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA, organismo desportivo máximo do futebol mundial, por exemplo, exigem que as organizações integrantes de seus quadros gozem da independência e autonomia requeridas para a unidade de todo o sistema de organização do desporto internacional.

O artigo 13, inciso I, do Estatuto da FIFA, nesse aspecto, acerca das obrigações de seus filiados, determina que:

“13 - Obligaciones de los miembros

Los miembros se obligan a:

i) administrar sus asuntos de forma independiente y asegurarse de que no se produzca ninguna injerencia por parte de terceros en sus asuntos internos;

La violación de estas obligaciones por parte de un miembro puede entrañar las sanciones previstas en los presentes Estatutos.

48 MENDES, Ferreira Gilmar. In: *Direito Desportivo*, 1ª edição, Editora Jurídica Mizuno. p. 263

La violación del apdo.1, letra i) del presente artículo también puede entrañar sanciones incluso si la injerencia de un tercero no puede imputarse a la asociación miembro en cuestión.”

A título de ilustração prática, o diário Correo, de Lima, Peru, publicou⁴⁹, em 12.12.2017, que a FIFA advertiu a Federação Peruana de Futebol de que um projeto de lei de bases do desporto peruano recém-apresentado por uma deputada da bancada do partido fujimorista no parlamento nacional, se fosse aprovado nos moldes em que foi proposto, impediria o país sul-americano de disputar a Copa do Mundo de 2018, justamente por considerar os termos da proposição como uma interferência na autonomia das agremiações desportivas locais.

Comentando especificamente o art. 217, inciso I, da CRFB-1988, em sede acadêmica, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso enuncia que:

“(…) foi justamente para preservar o desporto das paixões exacerbadas e das injunções políticas circunstanciais que o constituinte consagrou o princípio da autonomia desportiva quanto a sua organização e funcionamento.”⁵⁰

E, para isentar de qualquer dúvida, transcreve-se aqui a lição do saudoso Professor Geraldo Ataliba a respeito do valor e alcance dos princípios constitucionais:

“Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos de governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas

49 FIFA advertió posible suspensión a la FPF por proyecto de ley fujimorista. Disponível em <<https://diariocorreo.pe/deportes/fifa-advirtio-posible-suspension-fpf-proyecto-ley-fujimorista-paloma-no-ceda-791476/>> Acesso em 18 fev. 2018.

50 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio: Renovar, 2001, p. 570.

mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências.”⁵¹

Há, por isso, retomando a hipótese brasileira, uma inconstitucionalidade flagrante de obrigar, indiretamente, a transformação da estrutura jurídica dos entes desportivos envolvidos com o desporto profissional de associações civis sem fins lucrativos em sociedades empresárias para, em tese, submeterem-se à recuperação judicial, extrajudicial e falência, materializando-se um eufemismo jurídico. Isso porque a retórica “facultado”, na dicção do artigo 27, §9º, da Lei Pelé, na realidade, passa a corresponder a uma imposição ou coação legal por força do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, atestadas pelas apenações e responsabilidades a que ficam sujeitas as entidades desportivas constituídas na forma de associações civis sem fins lucrativos, sem poder passar por uma completa e profunda reestruturação de seu passivo por intermédio do mecanismo da recuperação judicial, extrajudicial e mesmo da falência. Pontue-se, ainda, que a maioria das entidades desportivas sem fins lucrativos têm sua própria fisionomia ao mesclar atividades desportivas amadoras (não profissionais) e as atividades profissionais não assimiláveis pelas estruturas da sociedade empresarial.

Extrai-se, então, inconstitucionalidades que contaminam a obrigatoriedade de ser sociedade empresária para postular recuperação judicial, promover recuperação extrajudicial e mesmo falir, pois, de forma reflexa ou transversa, o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, ao privilegiar as entidades desportivas constituídas na forma de sociedades empresárias, vulnera a liberdade de associação (art. 5º, inciso XVII, da CRFB-1988) e concretiza a vedada interferência estatal no funcionamento de associação privada (art. 5º, inciso XVIII, da CRFB-1988) e no funcionamento de entidades desportivas dirigentes e associações (art. 217, inciso I, da CRFB-1988).

A liberdade de associação e a vedação à interferência estatal em seu funcionamento se antepõem, como barreira intrans-

51 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985, p. 5 e segs.

ponível, à suposta “faculdade impositiva” de se constituírem em sociedade empresária, uma vez que ensejariam, ao cabo, verdadeira intervenção na própria associação civil desportiva.

Ademais, ao obrigar, trampolamente e veladamente, as entidades desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos a se amoldarem, estatutariamente, a determinada forma de sociedade empresarial assinalada no mencionado artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 c/c o artigo 27, §9º, da Lei Pelé, fraudada e desonra o princípio constitucional da autonomia desportiva (art. 217, inciso I, da CRFB-1988), que não pode ser desfigurado ou sofrer restrições legais, sob pena de macular a presença do Brasil no ordenamento jurídico-desportivo mundial. Nesse contexto, as imposições para as entidades desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos, em face da consorciação do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 c/c o artigo 27, §9º, da Lei Pelé traduzem uma manobra jurídica que implica e resulta em restrições inconstitucionais, porquanto a autonomia desportiva expressa no artigo 217, inciso I, da CRFB-1988 só aceita limites impostos pela própria Constituição, ou seja, não admite lei ordinária (como o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005) que o delimite ou disponha sobre o seu conteúdo, dado que sua especificação proíbe qualquer interferência legislativa para sujeitá-la a condições novas não expressas.

Ressalte-se que não se está a negar, por essa corrente, a plena legitimidade jurídica de o Congresso Nacional exercer a competência normativa que lhe foi atribuída pelo próprio legislador constituinte para legislar em matéria de direito comercial concursal (art. 22, inciso I, da CRFB-1988). O que está a se escorar é que o poder de conformação do legislador ordinário, contudo, não lhe oferece a possibilidade de ultrapassar o limite do conteúdo essencial do art. 217, inciso I, da CRFB-1988, observando-se ainda a equiparação disposta no art. 27, §13, da Lei Pelé. O poder de conformar não equivale, de mais a mais, à faculdade ilimitada de disposição, porque o legislador não recebeu um mandato livre, mas um mandato adstrito a uma vontade bem expressa no pacto maior.

Como pode ver-se, as entidades desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos têm a garantia de fazer uso da possibilidade, ou não, de transmutar-se em sociedades empresárias, todavia não podem ficar constrangidas, para postular recuperação judicial, promover recuperação extrajudicial ou até mesmo para falir, a submeter-se a este regime societário em virtude da lei (artigo 1º da Lei nº 11.101/2005) e contra a vontade de seus órgãos deliberativos e assembleias gerais, que não querem adentrar ao mecanismo de distribuição de lucros ou dividendos aos sócios.

Se o legislador infraconstitucional entende que o modelo de associação civil (que tem respaldo e menção textual no artigo 217, inciso I, da CRFB-1988) sem fins lucrativos é indesejável e obstacula a gestão do desporto profissional, não é lícito coagir, inconstitucionalmente, os entes desportivos envolvidos a transvestir-se como sociedades empresárias. Nesse passo, é preciso lembrar que a atividade econômica não é sinônimo de atividade lucrativa, muito embora as noções de atividade econômica e de lucro estejam geralmente associadas, porque este é o incentivo para o exercício daquela.

O artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, c/c o artigo 27, § 9º, da Lei Pelé, parte da concepção de que os entes desportivos vinculados ao desporto profissional devem ser administrados como empresas, embora não se possa, por via direta e reflexa, coagi-los a adotar o estatuto jurídico da sociedade empresária. Aliás, cabe destacar, nesse passo, que não é preciso que os clubes profissionais e entidades dirigentes se tornem empresas. Contudo, o essencial é que possuam, efetivamente, transparência financeira e administrativa (artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei Pelé) e gozem de moralidade na gestão desportiva (art. 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei Pelé).

Nesse passo, a título exemplificativo, o Futbol Club Barcelona e o Real Madrid Club de Fútbol – dois dos mais celebrados e exitosos grêmios desportivos de repercussão global da atualidade –, são constituídos, na Espanha, como associações civis sem fins lucrativos, através de sócios que elegem um presidente

e membros de um conselho deliberativo, assim como a ampla maioria dos clubes no Brasil.

Em arremate, vale o aprendizado do eminente Professor Álvaro Melo Filho:

“Reforce-se que a autonomia – essência da atuação desportiva – sempre se contrapõe ao poder ilimitado, e não raro arbitrário, do Estado, que, usando os instrumentos normatizadores, fixa condições regulatórias incidentes sobre a organização e invasivas do funcionamento dos entes desportivos, quase sempre desprezando aspectos substanciais do ser e dever ser desportivo. Nesse contexto, impõe-se buscar o desejável e necessário equilíbrio entre autonomia desportiva e processo de regulação, o que exige a reserva de espaço ao processo de “auto-regulação”, objetivando preservar a capacidade dos entes e agentes desportivos de inovar-se e de renovar-se de modo continuado e espontâneo. E mais, é preciso respeitar-se os interesses desportivos, de inegável alcance social, pois, à evidência, hão de situar-se acima dos correntes, provisórios e contingentes interesses dos agentes estatais de plantão”⁵²

E também convém, acerca do princípio da autonomia desportiva, a preleção do eminente Professor José Carlos Moreira Alves, que ornou como Ministro a mais alta corte deste país por quase três décadas:

“Assim fixados o sentido e os limites da autonomia especial que o artigo 217, I, da Constituição concedeu às associações desportivas, e tendo em vista que as normas contidas no artigo 59 do novo Código Civil relativas à competência e ao funcionamento de um dos órgãos que integram essas pessoas jurídicas se situam no terreno da organização e do funcionamento das referidas associações desportivas, com relação a elas não tem ele incidência, não se lhes aplicando conseqüentemente.”⁵³

52 MELO FILHO, Álvaro. *Da autonomia desportiva no contexto constitucional*. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/download/20022/30675>> Acesso em 13 jun. 2018.

53 Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI64279,61044-Associacoes+desportivas>>

Assim sendo, em vez de se encarar o problema de frente e promover a reestruturação definitiva do passivo dos clubes e confederações e federações, intenta-se, com os remendos, tão somente postergar a solução concreta da dívida, mantendo-se, contudo, as entidades desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos sufocadas e com a percepção de “falidas” diante dos torcedores e dos sócios estatutários, tal como descrito no primeiro parágrafo deste ensaio.

Nada obstante, ao dar tratamento distinto entre uma associação civil sem fins lucrativos desportiva e uma sociedade empresária desportiva, admitindo a recuperação judicial, extrajudicial e mesmo a falência tão somente dessa última (sociedade empresária desportiva), o sistema jurídico brasileiro privilegia, na esteira, quem possui a previsão estatutária de distribuição de lucros (para uma sociedade limitada) ou dividendos (para uma sociedade anônima) aos sócios, em vez de prestigiar, ao menos de igual modo, quem escolhe, desde o princípio, direcionar o lucro ao capital já existente, visando à manutenção e ao crescimento da própria prática desportiva (como as associações civis desportivas o fazem). Vale lembrar que as associações civis desportivas, mesmo com atuação profissional, por intermédio de seus trabalhos de escolinhas e categorias de base nas múltiplas modalidades praticadas, também exercem a verdadeira e legítima função social do desporto, substituindo até mesmo a atuação do poder público no esporte, que é dever do Estado, na forma do artigo 217, caput, da CRFB-1988. A própria função social do esporte é, pois, mais uma razão a corroborar o dever do Estado (artigo 2º, inciso V, da Lei Pelé) de possibilitar a recuperação judicial, extrajudicial e mesmo a falência das entidades desportivas que não estejam constituídas na forma de sociedades empresárias.

Frisa-se que há grandes agremiações desportivas nacionais, como o Cruzeiro Esporte Clube e o Club de Regatas Vasco da Gama, que possuem escolas próprias e gratuitas para os atletas das mais diversas modalidades esportivas de suas respectivas categorias de base. Evidencia-se, ainda mais, que os grandes clu-

Acesso em 13 jun. 2018.

bes brasileiros têm papel significativo na formação de cidadãos e exemplos para as comunidades.

Vale destacar, nesse íterim, uma discussão jurídica antiga no âmbito nacional na qual se compreende que o princípio da autonomia desportiva deve prevalecer em detrimento de restrições constantes na legislação ordinária.

O primeiro exemplo a ser trazido foi lembrado pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.045, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal acontecida em 10.08.2005:

"Em relação às entidades desportivas, esse debate já é antigo. É interessante que hoje tenhamos como paradigma do avanço a Lei Pelé, aparentemente. Quer dizer, estamos fazendo uma interpretação da Constituição segundo a Lei Pelé, em repúdio à disposição nova do Código Civil. Mas, à época da Lei Pelé, discutia-se exatamente isto: se era razoável que houvesse a exigência para que, por exemplo, os clubes de prática desportiva profissional tivessem as características de empresa - é uma das exigências a característica de uma sociedade comercial. Lá se dizia que não podia haver essa exigência exatamente tendo em vista o disposto no artigo 217."⁵⁴

Explica-se. Com a publicação da Lei Pelé, em 24 de março de 1998, rezava o art. 27 de sua redação originária que: "as atividades relacionadas a competições de atletas profissionais são privativas de: I – sociedades civis de fins econômicos; II – sociedades comerciais admitidas na legislação em vigor; III – entidades de prática desportiva que constituírem sociedade comercial para administração das atividades de que trata este artigo". Consequentemente, tornou-se obrigação que as associações civis desportivas se transformassem em sociedades comerciais (a partir do Código Civil de 2002 as "sociedades comerciais" passaram ser denominadas "sociedades empresárias"). O prazo de tal transformação, segundo a antiga redação do art. 94 da Lei Pelé,

54 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461974>> p. 122.

estabelecia que deveria ocorrer em um interregno máximo de 2 (dois) anos, a se esgotar em 24 de março de 2000.

Todavia, em decorrência das pressões políticas, sobretudo dos grandes clubes de futebol, tal prazo fora prorrogado por mais 1 (um) ano, em consonância com o art. 1º da Lei nº 9.940, de 21 de dezembro de 1999. Em 14 de julho de 2000, a partir do entendimento, na esfera do controle de constitucionalidade preventivo não jurisdicional feito pelo Congresso Nacional, de que tal exigência se constituía em afronta à autonomia desportiva do art. 217, inciso I, da CRFB-1988, em discussão jurídico-legislativa que ocorreu propriamente no período em que o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes exercia o cargo de Advogado-Geral da União, foi publicada a Lei nº 9.981, que trouxe profundas mudanças no sistema brasileiro de clube-empresa, dentre elas a nova redação do art. 27, que agora seria a seguinte: “é facultado à entidade de prática desportiva participante de competições profissionais: I – transformar-se em sociedades civis de fins econômicos; II – transformar-se em sociedades comerciais; III – constituir ou contratar sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais”. Portanto, em vez da obrigação, passou a haver a faculdade de transformação.

Por fim, em surpresa às entidades desportivas, o artigo 1º da Medida Provisória nº 39, de 14 de junho de 2002, revogou o art. 27 da Lei Pelé, para determinar que:

“Art. 27. Em face do caráter eminentemente empresarial da gestão e exploração do desporto profissional, as entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as ligas em que se organizarem que não se constituírem em sociedade comercial ou não contratarem sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais equiparam-se, para todos os fins de direito, às sociedades de fato ou irregulares, na forma da lei comercial.”

Referida disposição da aludida Medida Provisória não foi convertida em lei e nova Medida Provisória editada, especifica-

mente o art. 9º da Medida Provisória nº 79, de 27 de novembro de 2002, estabeleceu que as entidades desportivas que não se constituíssem regularmente em sociedade empresária ficariam impedidas de obter empréstimos, financiamentos ou patrocínios de entidades ou órgãos públicos. Na conversão da sobredita Medida Provisória nº 79, de 27 de novembro de 2002 à Lei nº 10.672/2003 (que alterou a Lei Pelé e ficou conhecida na imprensa da época como Lei de Moralização do Futebol), mencionada cláusula, por opção do legislador, foi derogada, justamente por se considerar a transgressão direta à autonomia desportiva do art. 217, inciso I, da CRFB-1988, retomando à situação jurídica de mera faculdade de constituição em sociedade empresária e sem restrição para a associação civil desportiva obter empréstimos, financiamentos ou patrocínios de entidades ou órgãos públicos. Esse entendimento prevalece até hoje, na forma da atual redação do art. 27, §9º, da Lei Pelé, já trazido aqui oportunamente neste ensaio.

O terceiro argumento a justificar o cabimento da recuperação judicial, extrajudicial e da falência para as associações civis desportivas se relaciona com o caráter eminentemente empresarial da gestão e exploração do desporto profissional por entidades desportivas. No ponto, vale esclarecer que há, na doutrina, quem revele a possibilidade de as associações civis desenvolverem atividades com finalidade lucrativa desde que sejam utilizadas para cobrir os gastos da associação, isto é, para a manutenção das atividades. Nesse sentido, a eminente Professora Maria Helena Diniz:

“Não perde a categoria de associação mesmo que se realizem negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, contudo, proporcionar gastos aos associados, p. ex., associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes etc., embora isso traga, como consequência, lucro para a entidade.”⁵⁵

E como preceitua o eminente Professor Felipe Falconi Peruci, “as associações desportivas que praticam o desporto de

55 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 – Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. pp. 242-243.

modo profissional dos dias atuais há muito desvincularam-se do ideal associativo”.⁵⁶

Em adicional, o art. 966 do Código Civil dispõe a definição de “empresário” como sendo toda pessoa física que pratica atividade econômica profissional organizada objetivando lucro, através da produção de bens e/ou sua comercialização ou prestando serviços. Logo, se pode inferir que o legislador brasileiro definiu empresário a partir de sua atividade-fim (empresa). Nesse sentido, o eminente Professor Arnaldo Rizzardo:

“No art. 966, encontramos o conceito de empresário, mesmo quando participa de empresa e não se constitui individualmente: ‘Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.’ Ou seja, trata-se de pessoa física que desempenha uma atividade organizada visando à obtenção de riqueza, o que se consegue com a produção de bens ou a promoção de sua comercialização, como com a prestação de serviços, de modo a conseguir resultados econômicos. O elemento caracterizador é a atividade-fim, dirigida para a prática de atos empresariais, ou para atividades próprias de empresário, que são o conjunto de atos realizados para a consecução de um fim econômico.”

A corroborar, veja-se o também eminente Professor Arnaldo Wald:

“Para caracterizar a empresa, deve existir o exercício de uma atividade econômica, isto é, de uma atividade que tenha por fim a criação ou circulação de riquezas, bens ou serviços. Além da criação de riquezas, a ideia da empresa está relacionada com o princípio da economicidade, ou seja, com o desenvolvimento de uma atividade capaz de cobrir os próprios custos, ainda que não existam finalidades lucrativas.”⁵⁷

⁵⁶ PERRUCCI, Felipe Falconi. *Clube-empresa: o modelo brasileiro para a transformação dos clubes de futebol em sociedades empresárias*. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC, 2006. Disponível em <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/felipefalconeFerrucci.pdf>> p. 15.

⁵⁷ Disponível em <<https://www.rcpirj.com.br/html/pareceres/prof-arnaldo-wald.html>> Acesso em 19 ago. 2018.

Como já foi aqui trazido, a doutrina, na lição da eminente Professora Maria Helena Diniz, admite a possibilidade de exploração de atividade com fins lucrativos pelos clubes de desporto profissional desde que seja para a manutenção dos gastos da pessoa jurídica. Por essa razão, é importante elucidar as receitas dessas instituições desportivas de caráter profissional, pois, enquanto associação civil, só seria admitido como receita aquela advinda da taxa de manutenção paga pelos associados. Entretanto, verifica-se a existência de receitas extraordinárias que não são destinadas à manutenção da atividade, mas para gerar lucros para seus associados, bem como para seus administradores.

Portanto, o exame dessas receitas se torna fundamental para a caracterização dessas instituições em sociedades empresárias. De início, a remuneração dos jogos, que compreende a venda de ingressos, bem como a exploração dos direitos de imagens por intermédio do televisionamento das partidas. Essa receita é típica de empreendimentos mercantis, pois há contraprestação para que os torcedores possam assistir ao espetáculo, ou seja, trata-se de uma receita impulsionada pelo amor e paixão de seus torcedores e o momento do time. Essa espécie de receita é tão importante para os clubes, que foi criado o empreendimento do sócio-torcedor, que consiste no pagamento de uma mensalidade pelo torcedor de um determinado time. Em contrapartida, o torcedor poderá ir ao estádio sem comprar bilhetes ou obter descontos significativos nos preços. Hoje, o sócio-torcedor se mostra um empreendimento tão importante, que foi adotado por praticamente todos os grandes clubes brasileiros, bem como já representa uma parcela significativa de suas respectivas receitas.

A venda de atletas, por intermédio do recebimento da quantia referente ao pagamento da multa rescisória do contrato de trabalho do atleta com o clube originário, mostra-se, de igual modo, uma forma de receita extraordinária muito importante, diante dos altos valores que envolvem essa transação, como, por exemplo, a venda do atleta Vinicius Júnior, do Clube de Regatas Flamengo, para o Real Madrid Club de Fútbol, da Espanha, em maio de 2017, por 45 (quarenta e cinco) milhões de euros, e a

transferência do centroavante Leandro Damiano, do Sport Club Internacional, para o Santos Futebol Clube, em dezembro de 2013, por 13 milhões de euros (cerca de R\$ 41,5 milhões, pelo câmbio da época), a mais cara entre clubes brasileiros.

A marca, por seu turno, representa o bem mais importante de um clube desportivo, pois, através dela, o nome da agremiação, suas tradições e conquistas, seu hino, suas cores, seus uniformes, símbolos e sinais característicos são difundidos por todo o mundo, sendo utilizada para estampar os mais diversos objetos considerados itens de colecionador. Essa forma de receita, obviamente, se relaciona com a paixão dos torcedores, pois quando um simples objeto de uso comum passa a veicular a marca de um clube, sua procura aumenta entre os torcedores. Os patrocínios no uniforme dos clubes, noutro giro, constituem-se na ideia de o evento esportivo ser considerado um grande veículo de divulgação, pois sua divulgação ultrapassa o tempo, seja pela visibilidade dos jogos, seja pelos seus torcedores, que continuam a usar aquele uniforme por anos. Assim, é negociado a preços elevadíssimos, como por exemplo, o patrocínio master da Caixa Econômica Federal na camisa do Clube de Regatas do Flamengo, no valor de 25 (vinte e cinco) milhões de reais por ano.

Verifica-se, desse modo, que essas receitas abordadas são destinadas ao lucro, bem como suas origens, ou seja, as atividades possuem natureza eminentemente empresarial. É possível afirmar, pois, que as instituições desportivas de caráter profissional abandonaram seu ideal associativo e passaram a desenvolver atividades típicas de empresário/sociedade empresária. E, como o legislador, na forma do art. 966 do Código Civil, definiu empresário/sociedade empresária a partir de sua atividade, na prática, as entidades desportivas de caráter profissional já seriam sociedades empresárias, embora estejam exercendo a atividade de forma irregular, pois não foi feito o registro no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, na dicção do art. 982 do Código Civil.⁵⁸ As associações civis des-

⁵⁸ “Art. 982, Código Civil. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.”

portivas, nessa esteira, devem ser encaradas como sociedades empresárias de fato.

Por fim, o quarto argumento a corroborar a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência das associações civis desportivas é o realce a um marcante precedente judicial. O venerando Juízo de Direito da 4ª Vara Empresarial do TJRJ, em decisão de processamento do pedido de recuperação judicial datada de 14.06.2006, nos autos do processo nº 0060517-56.2006.8.19.0001, da lavra do então eminente juiz Antonio Carlos Esteves Torres, hoje Desembargador aposentado do TJRJ e atual Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, contando com a aquiescência prévia do Ministério Público, deferiu o processamento da recuperação judicial da Casa de Portugal, associação civil que exercia atividade econômica em imóvel próprio, onde mantinha um nosocômio – Hospital Comendador Gomes Lopes, uma escola – Colégio Sagres e um asilo. Em última instância, em sessão de julgamento de 18.03.2008, a colenda Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em relatoria do eminente Ministro Fernando Gonçalves, no REsp 1004910 / RJ, por unanimidade dos votos, também tendo participado da sessão de julgamento os eminentes Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Massami Uyeda, conheceu em parte do recurso especial interposto pela Casa de Portugal e, nessa extensão, deu-lhe provimento para prosseguir a recuperação judicial da Casa de Portugal.

A respeito, o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, em sua declaração de voto no REsp 1004910 / RJ, destacou:

“Além disso, efetivamente, há que se destacar outra peculiaridade do caso. É o que o ilustre advogado destacou da tribuna, que tem sido corrente, que determinadas instituições, muito embora tenham caráter filantrópico, de fato exercem atividade comercial. Lembro-me de que julguei recentemente um caso, havendo um outro precedente do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em relação

a uma dita instituição beneficente, mas que mantém um plano de saúde remunerado, e se entende assim aplicável o Código de Defesa do Consumidor, independentemente da natureza da instituição. A Casa de Portugal, recorrente, tem atividades mistas.”⁵⁹

A recuperação judicial da associação civil Casa de Portugal, frisa-se, foi exitosa, tendo o eminente juiz Paulo Assed Estefan, em 22.07.2015, prolatado sentença, na qual decretou o encerramento da recuperação judicial da Casa de Portugal. Vê-se, em vista disso, que a circunstância de estar constituída como associação civil não causou óbice prático ao triunfo da reestruturação financeira da Casa de Portugal por intermédio da recuperação judicial.

Não se pode esquecer também que a Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência) não prevê expressamente o amparo ao produtor rural, tal como sucede com as associações civis desportivas. Porém está cada vez mais fortalecida jurisprudência no sentido de equiparar o produtor rural ao empresário de fato, permitindo o pedido de recuperação judicial.

O TJSP, por exemplo, possui julgados recentes que autorizam o processamento de recuperação judicial ao produtor rural que conseguir comprovar a prática da atividade empresarial há mais de 2 (dois) anos, requisito do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, mesmo que o registro na Junta Comercial tenha acontecido há menos tempo. É a hipótese do agravo de instrumento 2251128-51.2017.8.26.0000, processado e julgado pela colenda 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, que compreendeu que a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede não é elemento regularizador da atividade, constituindo-se apenas em elemento de mudança da conceituação da atividade, que era civil e passa a ser empresária. A regularidade do exercício da atividade existe, pois, sem o registro.

59 Disponível em <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1004910_RJ_18.03.2008.pdf?Signature=ilLx9aE1s49M6Rl4jPclAKvzT6Y%3D&Expires=1534719855&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e1a5ee6585a27ebe6176481bd7d49dcf> Acesso em 19 ago. 2018.

Como argumento operacional e prático dificultador à recuperação judicial de agremiações desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos, porém, tem-se que é preciso que a entidade desportiva detenha o mínimo de recursos financeiros para promover a recuperação judicial, cujos custos podem ser elevados. Há necessidade de se arcar com o pagamento de consultores para avaliar previamente a efetiva situação econômico-financeira da agremiação desportiva e estruturar um plano de reerguimento viável. Também haverá despesas com pagamento de advogados e auditores, convocações e realização de assembleias de credores, honorários do administrador judicial (que pode ser de até 5% do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial) e a própria reestruturação da empresa e execução do plano de recuperação. As adesões aos remendos pontuais e isolados, por outro lado, propiciam, *prima facie*, custos de adesão mais baratos que com o procedimento de recuperação judicial.

Destaque-se que não se tem notícias de nenhuma agremiação desportiva no Brasil – sociedade empresária ou associação civil sem fins lucrativos – ter postulado recuperação judicial, promovido recuperação extrajudicial ou ter falido, seja em razão da relativa jovialidade da lei recuperacional (em vigor desde junho de 2005), seja em razão dos remendos pontuais e isolados, que terminam por esvaziar possíveis pretensões.

CONCLUSÃO

Seja qual for o posicionamento adotado pelo leitor, de todo modo, com o advento da Reforma da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – PL Substitutivo 6.229/05, oriunda, em um primeiro momento, de uma comissão criada no âmbito do Ministério da Fazenda, em 2016, e depois sucedida por uma nova comissão, em maio de 2019, composta por eminentes advogados, magistrados, procuradores, professores, sob a coordenação do Deputado Federal Relator, o Sr. Hugo Leal, e do Secretário-Geral do Ministério da Economia, o Sr. Waldery Rodrigues, com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei nº 11.101/2005, surge a oportunidade de,

por intermédio da evolução legislativa, promover a devida pacificação social quanto à controvérsia concursal-desportiva.

Vale ressaltar que o anteprojeto ao Projeto de Lei 10.220/18, oriundo da primeira comissão de reforma da Lei 11.101/05, apesar de muito criticado, ainda no âmbito da comissão de juristas, de imediato alargou o rol dos legitimados para as recuperações judicial e extrajudicial, assim como para a falência. Desde a epígrafe, encontrou-se expressa essa abrangência, pois dizia ela (a epígrafe) que esta lei “Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência dos agentes econômicos”. E já adentrando nas disposições propriamente ditas da citada anteproposta, encontrava-se em seu artigo primeiro e parágrafos, as seguintes determinações:

“Art. 1º. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência dos **agentes econômicos**, doravante referidos simplesmente como devedor.

§1º Considera-se agente econômico qualquer pessoa física ou jurídica que exerça ou tenha por objeto o exercício de atividade econômica em nome próprio, independentemente de inscrição ou da natureza empresária de sua atividade.

§2º Os empresários e as sociedades empresárias estão sujeitos à decretação de falência.

§3º O agente econômico não empresário passa a sujeitar-se ao regime falimentar após ter ingressado com pedido de recuperação judicial.” (negritou-se)

Nota-se, portanto, que a primeira redação daquele anteprojeto ampliou o leque de pessoas – físicas e/ou jurídicas – autorizadas a pleitear a recuperação judicial, promover a recuperação extrajudicial e mesmo falir, ao substituir, logo no art. 1º, os termos “empresário” e “sociedade empresária” por “agentes econômicos”. Os novos legitimados – os agentes econômicos – que, como apontado, podem ser pessoas físicas e/ou jurídicas, sequer necessitam de inscrição no registro do comércio e, em princípio, não são

legitimados para a falência como o são os empresários e as sociedades empresárias, só vindo a ela (a falência) se sujeitarem após o ingresso do pedido de recuperação judicial. Necessário, entretanto, que, a exemplo dos empresários e das sociedades empresárias, exerçam qualquer atividade econômica em nome próprio.

Dessa forma, os entes desportivos que sejam associações civis sem fins lucrativos – legítimos agentes econômicos, que influenciam de alguma forma a economia – possuiriam legitimidade ativa para a recuperação judicial e extrajudicial e até mesmo para falir.

Sobrevém, todavia, que a opção final daquele anteprojeto de lei, remetida pelo Ministério da Fazenda à Casa Civil, em novembro de 2017, foi por manter, *ipsis litteris*, a disposição já existente na Lei nº 11.101/2005, restringindo os legitimados para as recuperações judicial e extrajudicial, assim como para a falência, ao “empresário” e à “sociedade empresária”, opção mantida na versão derradeira de iniciativa do Presidente da República – PL 10.220/18.

De qualquer modo, este ensaio tem o propósito de estimular a reflexão, o debate acadêmico, legislativo e até mesmo forense, torcendo para que o Projeto Substitutivo de Lei nº 6.229/2005 (Reforma da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência) encerre ou resolva, de uma vez por todas, qualquer hesitação sobre a recuperação judicial, extrajudicial e a falência para as associações civis sem fins lucrativos desportivas – concedendo anuência expressa ou proibição explícita. A legislação de referência, afinal, deve sempre buscar a estabilidade, a isonomia e a paz social, visando à segurança jurídica dos atores envolvidos. ❖

Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional

Fernando Leal

Professor da FGV Direito Rio. Agradeço, pelos comentários e sugestões a versões anteriores deste artigo, a Gustavo Kloh Muller Neves e Pedro Aleixo.

Resumo: Após uma reconstrução dos diferentes sentidos da expressão “direito civil constitucional”, são formuladas seis objeções ao movimento. São elas: o aumento potencial de casos difíceis, a carência metodológica, a banalização da dignidade humana, o excesso de paternalismo judicial, o desequilíbrio institucional causado pela onipotência judicial e os riscos de uma plena sobreposição entre os raciocínios jurídico e moral. Os problemas se referem especialmente às pretensões normativas do direito civil constitucional e realçam a importância do trabalho dogmático para que a reorientação do direito civil em determinadas visões sobre a Constituição e concepções sobre a tomada de decisão jurídica não leve apenas à incerteza, à banalização da Constituição e à instabilidade institucional.

Palavras-chave: direito civil constitucional, incerteza, dignidade humana, instrumentalismo, instabilidade institucional, onipotência judicial.

Abstract: After reconstructing the different meanings of the so-called “constitutionalization of private law” movement (“direito civil constitucional”), six objections are formulated against it. They are: the potential expansion of hard cases in private law, the methodological deficit of its claims, the trivialization of human dignity, the increase in judicial paternalism, the institutional imbalance caused by judicial omnipotence and the risks of a complete overlap between legal and moral reasoning. The six problems focus on the normative ambitions of the movement and highlight the relevance of further works on legal dog-

matics, so that the reorientation of private law in some constitutional views and in some conceptions on legal reasoning doesn't lead merely to uncertainty, trivialization of the Constitution and institutional instability.

Keywords: constitutionalization of private law, uncertainty, human dignity, instrumentalism, institutional instability, judicial omnipotence.

SUMÁRIO: Introdução. I. A doutrina civil constitucional. 1. Bases fundamentais. 1.1. A dimensão descritiva da teoria. 1.2. O direito civil constitucional como teoria normativa. 2. Sentidos da expressão. II. As seis objeções. 1. O aumento de casos difíceis. 2. A carência metodológica. 3. A trivialização da dignidade humana. 4. Excesso de paternalismo estatal. 5. O problema institucional: afinal, as determinações legislativas vinculam? 6. A expansão dos limites do direito: por que separar o raciocínio jurídico do raciocínio moral? Conclusão: funcionalismo ou instrumentalismo?

SUMMARY: Introduction. I. The so-called "constitutionalization of private law" movement ("direito civil constitucional"). 1. Foundations. 1.1. The descriptive dimension of the theory. 1.2. The "constitutionalization of private law" movement *qua* normative theory. 2. Meanings. II. The six objections. 1. The increase in judicial paternalism. 2. The methodological deficit. 3. The trivialization of human dignity. 4. The increase in judicial paternalism. 5. The institutional challenge: can legislative commands after all bind? 6. The distension of the limits of law: why disconnect moral reasoning from legal reasoning? Conclusion: functionalism or instrumentalism?

INTRODUÇÃO

O direito civil constitucional é inegavelmente um movimento bem sucedido no país. Ainda que os seus reflexos possam ser sentidos com intensidades diferentes pelos estados da federação, o fato é que a influência do discurso civil constitucional se faz notar na doutrina e jurisprudência pátrias em ritmo crescente

desde a sua introdução no cenário acadêmico nacional há mais de vinte anos.¹ O sucesso do movimento pode ser atribuído a uma mistura de abrangente base teórica, interdisciplinaridade, pretensas inovações tanto no plano da metodologia de justificação de decisões jurídicas como no nível da compreensão da estrutura do ordenamento jurídico, e a um claro ar, ao mesmo tempo progressista e humanizador. Conjugados, esses apelos encontraram nas últimas décadas um terreno fértil para florescer, seja por um descompasso evidente entre alguns compromissos fundamentais da ordem constitucional pós-88 e as bases sobre as quais o direito civil tradicionalmente se sustentava², seja pela construção, em larga medida exitosa, de uma “vontade constitucional”³ por movimentos como o autoproclamado “constitucionalismo brasileiro da efetividade”.⁴ Em meio a tantos processos recentes de constitucionalização de diversas áreas do direito, a simbiose entre direito civil e direito constitucional parece ser o produto mais consolidado da afirmação da supremacia e da normatividade constitucionais, a ponto de se poder afirmar que, hoje em dia, diversas teses defendidas por autores do movimento civil

1 Para Gustavo Tepedino, “[o] percurso da doutrina do direito civil [constitucional] brasileiro encontra-se intimamente relacionado ao advento da Assembleia Constituinte, instalada em 1987, e ao clima de engajamento político que marcou o período de redemocratização do Brasil”. V. TEPEDINO, Gustavo. O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: do mesmo autor (Org.). **Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 356. Um texto do mesmo autor, considerado seminal para a formação da doutrina civil constitucional, é fruto de uma aula inaugural proferida em 1992 na Faculdade de Direito da UERJ. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: do mesmo autor (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22. Para Paulo Lôbo, por sua vez, tratando de tema diferente, mas ainda relacionado ao direito civil constitucional, “[a] constitucionalização do direito civil, no Brasil, é fenômeno proveniente da migração de princípios fundamentais de direito civil para a Constituição, desde 1934”. V. LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013, p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

2 Por todos, TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: do mesmo autor (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-2, 13. É importante destacar que mesmo a promulgação do CC/2002 não alterou o avanço do movimento. V. nesse sentido, LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013, p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

3 A referência quase imediata, neste caso, é ao trabalho de HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

4 BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: do mesmo autor (Org.). **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 61-79, 2005.

constitucional soam como triviais.⁵

O reconhecimento do papel de destaque conquistado pela doutrina civil constitucional não a blinda, porém, de possíveis objeções. Embora, como dito, alguns de seus aspectos sejam atualmente considerados tão triviais que não faz sentido questioná-los (como a necessidade de se considerar os comandos constitucionais para o desenvolvimento de qualquer trabalho dogmático sobre institutos regulados no Código Civil e na Constituição), outras teses do movimento civil constitucional não são tão óbvias. E porque não são óbvias, estão mais facilmente sujeitas a críticas. Neste trabalho, desenvolverei, sem qualquer pretensão de exaustividade, seis objeções que me parecem atingir o alvo quando a doutrina civil constitucional brasileira é colocada sobre a mesa. Tentarei apontar problemas de ordem teórica, metodológica, pragmática, institucional e conceitual contra algumas visões difundidas entre os seus defensores. As críticas serão articuladas tomando como base aspectos de teoria do direito e direito constitucional, e não problemas que podem decorrer dos efeitos, para o próprio direito civil, da sua colonização pelo direito constitucional.⁶ Por meio desses seis pontos pretendo, sobretudo, propor uma discussão a respeito de certas teses que, a despeito de parecerem estabelecidas, são altamente problemáticas. Antes de desenvolver cada ponto, porém, começarei propondo uma reconstrução das principais bases do movimento.

5 A obviedade de certos traços do direito civil constitucional – como a inescapável influência da Constituição sobre o direito civil – pode, no limite, tornar “direito civil constitucional” até uma expressão sem sentido. Nesse sentido, argumenta Virgílio Afonso da Silva que “falar em direito civil constitucional pressupõe, a meu ver equivocadamente, que haja uma parte do direito civil completamente imune às influências dos princípios constitucionais e outra que seria por eles conformada. Se, ao contrário, é todo o direito civil que recebe essa influência e não apenas uma parte, a ideia de um direito civil constitucional perde ainda mais sentido, a não ser que a expressão direito civil, sem qualificativos, seja abandonada, por deixar de fazer sentido”. V. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 172.

6 Exemplos possíveis desses problemas podem ser notados quando se argumenta que a dogmática do direito civil pode perder a sua autonomia, a estabilidade do direito civil poderia ser abalada pelos aspectos político-institucionais típicos do direito constitucional ou que a autonomia privada poderia ser asfixiada em razão do controle axiológico proposto pelo movimento. Sobre o tema v. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p. 34, nota 81. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 04 de ago. 2015, e LÓBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013, p. 4. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

I - A DOUTRINA CIVIL CONSTITUCIONAL

1. BASES FUNDAMENTAIS

Não é raro encontrar aplicações da expressão direito civil constitucional para designar ideias distintas ou um conjunto de ideias que não estão em relação de mútua implicação ou dependência. Ao mesmo tempo, é possível distinguir aplicações da expressão com sentidos descritivo, normativo e ideológico, tal qual ocorre com outros rótulos gerais o suficiente (e às vezes provisórios) para abranger uma série de teses que formam um conjunto de proposições nem sempre totalmente coerente. Este é, por exemplo, o caso da expressão “neoconstitucionalismo”.⁷ Assim, tanto direito civil constitucional como neoconstitucionalismo funcionam como atalhos verbais para um leque muito amplo de propostas a respeito de como, para os seus seguidores, compreender os processos de teorização e aplicação, respectivamente, do direito civil e do direito constitucional levados adiante, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX.

Nesse quadro, embora também seja possível entender a doutrina civil constitucional como fruto de uma ideologia⁸, serão privilegiados os aspectos descritivo e normativo relacionados à expressão com vistas a apresentar as bases fundamentais sobre as quais a necessidade de uma leitura constitucional de todo o direito privado se sustenta.

1.1 A dimensão descritiva da teoria

No caso do direito civil constitucional, o sentido *descritivo* da expressão está relacionado ao conjunto de transformações pelas

7 V. SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 123.

8 Em um sentido ideológico, o direito civil constitucional pode ser visto como a expressão de compromissos com valores não patrimoniais, especialmente com a dignidade humana, e com a justiça social. Em favor da visão de que a constitucionalização do direito civil tem um caráter ideológico v., endossando palavras de Luiz Edson Fachin, L LÓBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013, p. 11. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

quais o direito civil e o direito constitucional passaram ao longo do século XX. O direito civil constitucional, neste plano, é retratado como um fato, cujo processo de estabelecimento é quase sempre apresentado como o produto da conjugação de dois grandes movimentos: de um lado, um movimento de retração ou de perda de protagonismo do Código Civil no âmbito do direito privado e no próprio ordenamento jurídico; de outro, um movimento de ascensão ou aumento de importância das Constituições nas ordens jurídicas das democracias ocidentais contemporâneas.

No primeiro caso, o Código Civil, outrora considerado como “a Constituição do direito privado”⁹, passa a perder a sua centralidade ao longo do século XX em razão de ações estatais mais intervencionistas – especialmente no campo econômico –, dos movimentos de dirigismo contratual e da criação de leis especiais para lidar com situações jurídicas específicas que exigiam a tutela estatal, mas que não eram contempladas no Código Civil (no caso brasileiro, basta pensar nas leis que regulam temas como locação, relações de consumo, proteção ao idoso, criança e adolescente, todas sustentadas sobre compromissos normativos diversos do voluntarismo, individualismo e patrimonialismo sobre os quais a dogmática tradicional da “Era das Codificações” foi construída).¹⁰ Com isso, não só o direito público vai ocupando espaços anteriormente considerados de exclusiva abrangência do direito privado, como o Código Civil vai adquirindo “uma função meramente residual, aplicável tão somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais”.¹¹

9 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: do mesmo autor (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2.

10 Referindo-se a esse processo como de decodificação, v. FACHIN Luiz Edson. A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações e Contratos – obrigações: estrutura e dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 231. Contra a visão de que essas leis poderiam estatuir microsistemas, v. TEPEDINO, Gustavo. O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: do mesmo autor (Org.). **Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 363. Para o autor, a expressão poderia levar à falsa percepção de fragmentação do sistema jurídico. A convivência de diversos sistemas dentro do sistema jurídico seria uma visão de fundamentação ilusória porque, para Tepedino, o ordenamento jurídico é unitário e essa unidade é garantida pelos valores constitucionais.

11 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: do mesmo autor (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

Ao mesmo tempo, a expressão pressupõe um avanço gradativo de relevância das Constituições. Estas, de um ponto de vista estrutural, não só passam a ocupar o ápice da ordem jurídica e, de um ponto de vista normativo, a ser reconhecidas como documentos dotados de imperatividade, como se tornam os repositórios das principais aspirações da comunidade e de uma série de programas que pretendem condicionar a atuação dos poderes constituídos. Especificamente em relação a esse último traço, o robustecimento temático das Constituições inclui não apenas um farto catálogo de direitos, o estabelecimento de estados de coisas a serem realizados pelos seus destinatários e uma pluralidade de valores fundamentais, mas também temas típicos de direito privado. Além disso, entre outros aspectos, as ambições constitucionais textualmente apreensíveis se tornam referências para o desenvolvimento de teorias e construções dogmáticas (especialmente no âmbito dos direitos fundamentais) capazes de permitir a irradiação dos comandos (ou valores) constitucionais por outras áreas do direito. Juntos, ambos os movimentos de perda de importância do Código Civil e de consolidação do protagonismo constitucional moldaram um cenário em que a leitura do direito civil a partir da Constituição por juristas e tomadores de decisão se torna um *fato* facilmente constatável em diversos países.¹²

1.2 O direito civil constitucional como teoria normativa

Do ponto de vista *normativo*, o direito civil constitucional pode ser compreendido como uma proposta teórica que pretende justificar a preferência por um modelo em que a teorização e a aplicação do direito civil *devem* passar necessariamente pelo filtro da Constituição. Tomando sempre o caso brasileiro como

12 Não se pode negligenciar que nem sempre os processos históricos que levaram à afirmação de movimentos de conformidade constitucional do direito civil são os mesmos. Se no caso brasileiro o problema factual que impulsionou o avanço do direito civil constitucional foi o descompasso entre o Código de 1916, marcadamente de inspiração *liberal*, e os compromissos sociais da Constituição federal de 1988, no caso italiano, como ressalta Perlingieri, o problema a ser superado era o de tensão entre um Código Civil de 1942, inspirado em uma lógica *produtivista*, baseada no interesse do legislador de “potencializar o Estado, aumentar a produtividade, fazendo do produtivismo a característica precípua do ordenamento” – como aponta o autor – e uma Constituição alicerçada sobre o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. V. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4.

referência, creio que esse modelo se sustenta essencialmente sobre cinco pilares.

Em primeiro lugar, o direito civil constitucional endossa uma teoria da Constituição. Essa teoria se assenta sobre a afirmação da supremacia e da normatividade da Constituição, a centralidade dos direitos fundamentais como sistema de referência da ordem constitucional, a concepção de que as Constituições encarnam os valores ético-políticos fundamentais da comunidade que pretende reger¹³ e o reconhecimento de que os comandos constitucionais e os compromissos valorativos assumidos pelo constituinte funcionam fundamentalmente como limites e programas que condicionam a atuação de atores públicos e privados, na medida em que é a Constituição e, no seu centro, a sua “tábua axiológica”, que garante a unidade do ordenamento jurídico.¹⁴

Em segundo lugar, a doutrina parte de uma teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Nesse caso, entra em cena a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, como seus corolários, o reconhecimento de que a esses direitos é possível vincular uma eficácia irradiante e uma eficácia horizontal. Dessas eficácias se extraem basicamente as ideias de que, respectivamente, o sistema de direitos fundamentais se espalha por todo o ordenamento, condicionando a compreensão e a aplicação do direito

13 Para Perlingieri “[n]o centro dos sistemas jurídicos contemporâneos dos documentos jurídicos, como são as constituições, que contêm princípios éticos, estas devem ser evolutivamente interpretadas de acordo com a modificação dos valores ético-políticos da comunidade a que a Constituição se refere”. V. PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). **Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5. A aproximação, ainda que imperfeita, é certamente com a concepção da Constituição como “ordem objetiva de valores” afirmada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na decisão do famoso caso Lüth.

14 Assim PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4-5. TEPEDINO, Gustavo. O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: do mesmo autor (Org.). **Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 361-362. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: do mesmo autor (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 7. Esses elementos podem ser encontrados no que Luís Roberto Barroso chama de marco teórico do neoconstitucionalismo. V. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p. 6 e ss. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 04 de ago. 2015. V. também SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, parte I, cap. II.

vigente, inclusive do direito privado¹⁵, e que os direitos fundamentais não só garantem posições jurídicas contra o Estado, mas também se aplicam nas relações entre particulares.¹⁶

Em terceiro lugar, o direito civil constitucional incorpora uma teoria da norma jurídica e uma teoria da tomada de decisão jurídica, notadamente da decisão judicial. No primeiro caso, a doutrina civil constitucional ecoa o discurso – incorporado primeiro por constitucionalistas – de que princípios são espécies do gênero “norma jurídica”. Para que a almejada efetividade constitucional pudesse atingir o direito civil e criar, assim, as bases para uma doutrina da conformação constitucional do direito infraconstitucional, era necessário que os compromissos fundamentais da Constituição – ideias nem sempre de conteúdo preciso ou unívoco como dignidade humana, democracia, solidariedade social, igualdade e justiça – não fossem considerados meros elementos colmatadores de lacunas, como os “princípios gerais de direito” referidos no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, ou exortações políticas não vinculantes. Eles deveriam, ao contrário, ser concebidos como *normas* capazes de interferir em processos de criação e aplicação judicial do direito, independentemente de concretização legislativa.¹⁷ No segundo caso, o movimento civil constitucional sugere “uma teoria da interpretação jurídica que não seja formalística – fundamentada no mecanismo lógico-teórico da subsunção do fato concreto à norma abstrata – [mas uma] que saiba propor uma interpretação das disposições normativas no que se refere à hierarquia das fontes e dos valores, em uma acepção necessariamente sistemática

15 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 154 e ss.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, p. 34-35. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 04 de ago. 2015.

17 Assim TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: do mesmo autor (Org.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 18. V. também PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-2.

e axiológica”.¹⁸ Dessa orientação fundamental, a doutrina civil constitucional chega a uma teoria holística e, assim, particularista do raciocínio jurídico. Isso porque se exige não só a consideração, em cada caso concreto, de todos os elementos factuais e normativos incidentes – independentemente da presença, entre aqueles elementos, de uma regra claramente aplicável –, como também que o intérprete busque sempre definir a norma do caso concreto em conformidade com os princípios e os valores do ordenamento.¹⁹ Para tanto, o intérprete deve atentar para “os critérios hermenêuticos inovadores, como a ponderação dos interesses e dos valores, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação, da subsidiariedade, recuperando a facticidade para a juridicidade”.²⁰ Segundo Tepedino, “esta técnica hermenêutica mostra-se como a única capaz de fazer prevalecer os valores do ordenamento em cada decisão judicial.”²¹

Em quarto lugar, o movimento civil constitucional assume um compromisso valorativo explícito com a realização da dignidade humana, considerado o princípio fundamental e, para alguns, absoluto²² da ordem constitucional e, por conseguinte, da própria ordem jurídica. Nas palavras de Bodin de Moraes, a Constituição federal proclamou a dignidade “entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”.²³ É este compromisso que justifica uma leitura funcionalista das situações jurídicas patrimoniais, que passam a estar a serviço de valores existenciais. Afinal, “[a] pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e existenciais”.²⁴

Finalmente, em quinto lugar, a doutrina civil constitucional

18 PERLINGIERI, op. cit., p. 3.

19 V. TEPEDINO, O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 361 e PERLINGIERI, op. cit., A doutrina do direito civil constitucional, p. 3.

20 PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 4.

21 TEPEDINO, O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 361.

22 MORAES, Danos à pessoa humana, op. cit., p. 85.

23 MORAES, Danos à pessoa humana, op. cit., p. 83.

24 TEPEDINO, O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 365.

pressupõe uma determinada concepção sobre a estrutura do sistema jurídico, assentada sobre a centralidade da Constituição, a abertura, a pluralidade de fontes e a unidade. Nos dois primeiros casos, como já afirmado, coloca-se a Constituição como o centro do ordenamento e os seus princípios fundamentais como os garantidores da ordem e unidade que conferem carácter sistemático ao conjunto de elementos que compõem o direito de uma dada comunidade.²⁵ No terceiro aspecto, concebe-se o sistema jurídico como composto por uma pluralidade de fontes normativas²⁶ e marcado pela abertura “a múltiplos matizes culturais, informados por valores historicamente determinados, presentes no seio social”.²⁷ Em relação ao quarto ponto, como uma espécie de produto dos demais pilares sobre os quais se constrói o movimento, o sistema jurídico deixa de se estruturar em torno da grande dicotomia entre o público e o privado, que se torna sem sentido a partir do momento em que se consolida a centralidade constitucional.²⁸

São esses cinco pilares que, segundo os defensores da perspectiva civil constitucional, criam as condições não só para a re-fundação de conceitos (*v.g.* direito subjetivo) e institutos clássicos de direito civil (*v.g.* família, propriedade e contrato), como para o desenvolvimento de uma teoria *funcionalista* do direito privado, que, sobretudo, reorienta todos os institutos de direito civil – em especial as situações patrimoniais – para o reconhecimento, a afirmação e a protecção de situações subjetivas existenciais.²⁹

2. SENTIDOS DA EXPRESSÃO

Até este momento, vimos que o direito civil constitucional é substancialmente uma teoria jurídica funcionalista que se apresenta tanto como um produto jurídico factual de diversos movi-

²⁵ PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 2.

²⁶ TEPEDINO, O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 362: “[...] o ordenamento não se resume ao direito positivo, mas abrange todos os vetores de influência da sociedade”.

²⁷ TEPEDINO, O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 363.

²⁸ TEPEDINO, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, op. cit., p. 19. Para um olhar crítico sobre a distinção entre direito público e direito privado v. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, op. cit., p. 172-174.

²⁹ Assim, TEPEDINO, O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 365, para quem “as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais”.

mentos históricos, políticos e sociais ocorridos ao longo do século XX, como uma doutrina normativa abrangente que ergue pretensões de determinar como o direito civil deve ser compreendido e aplicado. A partir desses traços, é possível definir cinco sentidos diferentes relacionados à expressão. Assim, “direito civil constitucional” pode se referir (i) ao processo de *absorção*, pelas Constituições, de temas tipicamente regulados pelo Código Civil³⁰, (ii) à necessidade de orientação dos processos de *criação* estatal do direito e de obrigações entre particulares nos valores constitucionais, (iii) à valorização da *pessoa humana* como centro da ordem jurídica e parâmetro central para a aferição da legitimidade de ações estatais e de agentes privados e da qualidade do trabalho dogmático desenvolvido no âmbito do direito civil, (iv) à necessidade de os processos de *interpretação* do direito e, em sentido mais amplo, de definição de obrigações jurídicas concretas pelo Poder Judiciário se orientarem na realização máxima de valores constitucionais fundamentais de caráter não patrimonial e (v) à possibilidade de *aplicação direta* de dispositivos constitucionais para a solução de problemas de direito privado. O direito civil constitucional pode ser concebido, portanto, como uma doutrina que se serve de opções explícitas do constituinte e interpretações sobre as preferências da ordem constitucional para explicar e, sobretudo, definir (i) como regras e institutos de direito civil são e devem ser produzidos, compreendidos e aplicados e (ii) como problemas de direito privado são e devem ser solucionados.

As pretensões do movimento são inegavelmente altas. As peças que compõem as suas bases de justificação, complexas. A consolidação da doutrina civil constitucional nos últimos anos, contudo, não é suficiente para impedir que se possa fazer um balanço crítico a respeito da consistência das suas principais teses e dos efeitos práticos e teóricos produzidos pela sua ampla aplicação. Contudo, é certo que a ampla aceitação de um discurso comprometido com valores tão caros à Constituição e convergente com aquilo que se tornou entre nós a maior expressão da

30 Paulo Lôbo, como já citado, refere-se a um “processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil”. V. LÔBO, *Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil*, op. cit., p. 2.

vanguarda e da sofisticação da teoria constitucional e da metodologia jurídica torna a tarefa de apontar possíveis problemas do movimento civil constitucional, em alguma medida, árdua. Os ônus de justificação a serem superados por quem formula críticas são, nesse contexto, reforçados. Sem negligenciar esse aspecto, e visando a trazer argumentos para uma apreciação crítica e não ideologicamente carregada do direito civil constitucional, passa-se a se desenvolver as seis críticas ao movimento.

II. AS SEIS OBJEÇÕES

1. O AUMENTO DE CASOS DIFÍCEIS

Para o direito civil constitucional, a concretização da Constituição é uma tarefa que se efetiva em cada caso. O controle da conformidade constitucional, com outras palavras, dá-se em situações específicas, nas quais há de se privilegiar a solução “coerente, adequada e razoável e então correspondente à tábua dos valores normativamente relevantes, presentes na Constituição”.³¹ Decidir com base em regras contidas em textos legislativos não é, assim, um empreendimento que satisfaz plenamente as diretrizes normativas da teoria da interpretação sugerida pelo direito civil constitucional. Para além da aplicação de regras incidentes em casos concretos, existe um dever permanente de aferição da adequação da resposta fornecida pelas regras com “valores” (na expressão de Perlingieri) ou “princípios” (para dizer com Tepe-dino) constitucionais, que devem ser sempre considerados. Nessa linha, defende Bodin de Moraes que, “mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico”.³²

A necessidade de consideração constante de elementos constitucionais nos processos de justificação de decisões, apesar do apelo evidente a supostas vantagens relacionadas à busca pe-

31 PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 4.

32 MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://empreendimentosjuridicos.com.br/site/wp-content/uploads/2015/06/CaminhosDireitoCivil-Constitucional-Maria-Celina-B-Moraes.pdf>>. Acesso em 01 set. 2015, p. 11.

las melhores soluções para cada caso, à afirmação frequente da superioridade e da centralidade da Constituição e à promoção da efetividade constitucional, conduz a uma teoria da tomada de decisão jurídica bastante problemática, ao conjugar (i) o aumento de variáveis no processo decisório, (ii) escaladas de justificação até os mais rarefeitos compromissos constitucionais e (iii) particularismo decisório, *i.e.* a visão de que decisões jurídicas devem ser tomadas levando sempre em consideração todas as propriedades relevantes do caso concreto e as normas a ele relacionados. Uma vez implementados, esses três fatores aumentam a complexidade dos processos jurídico-decisórios e contribuem para a diluição das fronteiras entre casos fáceis e difíceis, o que afeta drasticamente a possibilidade de controle das amplas margens de discricionariedade judicial exercidas na solução de problemas pontuais.³³

O dever permanente de examinar a conformidade constitucional exige que participantes de processos argumentativos dentro do direito manipulem não só a legislação infraconstitucional, como também referenciais vagos da Constituição como “dignidade humana”, “função social” e “solidariedade” em busca da suposta solução constitucionalmente adequada para o caso concreto. O aumento de variáveis no processo decisório, selecionadas a partir do dever de consideração de todas as nuances de cada caso, é evidente. Da mesma forma, torna-se claro o aumento dos custos de decisão, *i.e.* dos custos envolvidos para se chegar à resposta jurídica para o caso sob consideração.³⁴ Construir a melhor solução para casos específicos não passa a depender, como já anunciado, apenas da subsunção de fatos aos predicados fáticos de regras, por exemplo, do Código Civil. Ao contrário, questões concretas de direito civil são vistas, na verdade, como oportunidades para o empreendimento de esforços de concretização da Constituição, considerados custosos na medida em que exigem do juiz a superação de ônus como os (i) de identificação dos elementos constitucionais incidentes no caso, (ii) de determinação

33 O tema será aprofundado no item 5, *infra*.

34 SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically?. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, p. 636-670, summer 1999, p. 647.

de sentido dos valores ou princípios constitucionais envolvidos e, na hipótese de divergência entre a resposta legislativa e a resposta constitucional fornecidas para o caso, (iii) de harmonização das tensões estruturais e institucionais envolvidas quando há percebido descompasso entre uma regra e um princípio.

No primeiro caso, o que está em jogo é um dever prévio a qualquer tarefa de conformidade constitucional: o de indicação de todos os princípios constitucionais incidentes no caso, sobretudo daqueles que estão em relação de tensão, e não apenas da *parte* da Constituição que possa ser útil para fazer prevalecer uma resposta com aparência de justificação adequada. Em uma ordem constitucional plural e compromissória como a brasileira, não é raro encontrar compromissos constitucionais com estrutura normativa de princípios em relação não harmônica. Localizar as tensões, em vez de privilegiar miopias constitucionais, é, assim, crucial para a conformidade constitucional.³⁵

No segundo caso, o aspecto ainda anterior ao de concretização constitucional é o de delimitação do sentido operacionalizável dos comandos que se pretende aplicar no caso concreto. Evocar simplesmente expressões vagas como “dignidade”, “autonomia” ou “melhor interesse da criança” não é suficiente para a busca de respostas constitucionais adequadas para casos específicos, se não há prévio acordo semântico sobre o emprego dessas expressões no caso – e, dinamicamente, na solução de diversos casos. Sem esses acordos, sobram apenas indeterminação e discricionariedade.

Em relação ao terceiro aspecto, finalmente, é preciso considerar, antes de tudo, que o entrenchamento de razões para agir em regras se justifica em nome de objetivos socialmente re-

35 Nesse sentido, um possível problema constitucional do movimento decorre da tentativa de se relacionar à leitura civil constitucional uma narrativa que reduz a importância de compromissos contidos no texto da Constituição que não sugerem uma única resposta para problemas jurídicos concretos e tampouco permitem afirmar que a leitura civil constitucional é a única constitucionalmente adequada à realidade brasileira. O enfrentamento de uma pergunta como “deve ser despejado o locador inadimplente que não tem onde morar?” deixa claro como olhar apenas para a dignidade humana, o direito social à moradia ou a igualdade material é, desde o início, simplificar um problema mais complexo do ponto de vista constitucional, pois a mesma Constituição que protege aqueles princípios também preserva, por exemplo, o ato jurídico perfeito e o direito de propriedade. Agradeço a Gustavo Klohn por me fazer atentar para este ponto e me fornecer o problema indicado.

levantes, como igualdade, confiança, eficiência, estabilidade e alocação de poder.³⁶ Decidir com base em regras, *i.e.* acatar como razões suficientes para a tomada de decisão as suas prescrições sem a consideração de demais razões, é, portanto, uma maneira não só de garantir coordenação social, dissolver desacordos morais particulares e possibilitar a execução de planos individuais e coletivos, como é, em larga medida, também uma forma de honrar compromissos *constitucionais*. Porque a observância de regras se justifica moral e constitucionalmente, tanto a consideração de outros elementos ao lado das prescrições das regras como a sua superação deveriam ser *exceções* na ordem jurídica³⁷, e não incentivadas, como parece propor o direito civil constitucional, que investe em um modelo particularista de tomada de decisão. Mas, uma vez incentivadas, é preciso considerar que conflitos entre regras e princípios não se resolvem apenas hierarquicamente, ou seja, com a simples referência à estatura infraconstitucional da regra e ao status constitucional do princípio. Além de uma simplificação extrema, isso significaria simplesmente desconsiderar as razões que justificam a importância de seguir regras.

Assim, ao contrário do que, por exemplo, afirma Bodin de Moraes, seria preciso haver excelentes razões para a consideração permanente de princípios constitucionais em qualquer caso e para justificar a não aplicação da regra incidente em caso de “perfeita subsunção” de fatos a prescrições infraconstitucionais. Tornar, contudo, o processo de tomada de decisão jurídica um dever de consideração constante de comandos infraconstitucionais e constitucionais sem o fornecimento de um modelo de regras capaz de (i) não só justificar a preferência pelo não entrincheiramento das razões sustentadas por regras e o seu potencial para excluir outras razões, como (ii) de acomodar facilmente soluções que privilegiavam com frequência a superação de regras em casos concretos

36 V. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, cap. 7. V. também ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112-114.

37 V. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006, p. 89. ÁVILA, Teoria dos princípios, op. cit., p. 114. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, cap. VIII.

– tarefa, até o ponto em que as minhas pesquisas avançaram, não cumprida pelo direito civil constitucional brasileiro³⁸ – contribui apenas para um aumento incontrolável das variáveis decisórias que precisam ser levadas em consideração em cada caso.

Em suas melhores luzes, o que o modelo decisório particularista do direito civil constitucional sugere é que um sem número de razões normativas seja permanentemente levado a sério na solução de cada problema pontual: as regras infraconstitucionais incidentes, suas justificações subjacentes, os princípios que justificam a importância de seguir regras e todos os demais princípios constitucionais relevantes aplicáveis, que nem sempre convergirão para um único resultado, para a construção da melhor resposta constitucional para o caso. Sem métodos de decisão capazes de controlar racionalmente a manipulação de tantas variáveis – se é que tais métodos são possíveis –, o principal risco do amplo endosso desse modelo normativo de tomada de decisão é o da transformação de toda e qualquer questão privada controvertida em um caso difícil.³⁹ Isso porque, dado o conjunto de razões que precisa ser considerado, padrões autoritativos de decisão preexistentes à solução do caso (basicamente regras e precedentes) não serão considerados suficientes, por si sós, mesmo quando claros, para fornecer respostas para casos concretos (já que existe um dever permanente de conformidade constitucional⁴⁰). Além disso, muito provavelmente haverá razões favoráveis e contrárias a qualquer solução sob consideração. Não é surpreendente, neste ponto, notar que essa seja a característica

38 Igualmente possível seria o fornecimento de uma teoria moral holista capaz de justificar por que as partes envolvidas em um caso concreto teriam o direito a obter sempre as melhores respostas para os seus problemas, consideradas todas as circunstâncias e independentemente da presença de padrões autoritativos especificamente aplicáveis ao caso.

39 Sobre como as relações entre particularismo e escaladas de justificação até a Constituição podem contribuir para o aumento de casos difíceis, v. LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, 16, p. 87-116, 2009.

40 Mesmo em casos de oferecimento da solução oferecida pela regra, o dever de conformidade constitucional não permitirá que se compreenda que a solução do caso foi *determinada* pela regra. Ao contrário, se o referido dever exige prévia consideração de princípios constitucionais no caso, a “aplicação” da regra pode ser lida, na verdade, como o resultado da simples constatação de que as normas constitucionais consideradas pelo tomador de decisão fornecem a *mesma* resposta que a regra pensada pelo legislador. Nesse quadro, não é o texto das regras que “faz o trabalho”, mas o resultado da grande “ponderação” realizada pelo juiz após a consideração de todas as variáveis anteriormente indicadas.

central do que, para Alexy, caracteriza um caso como *difícil*.⁴¹

Até este ponto, o direito civil constitucional contribui apenas para a onipresença da Constituição – e de todas as suas questões tormentosas – em cada problema da vida⁴² e o aumento exponencial da incerteza vinculada ao desfecho de casos concretos. No mundo civil constitucional, todos os casos são potencialmente difíceis. E essa dificuldade se aprofunda quando se adiciona ao argumento a tendência do movimento de idealizar a figura do magistrado, que *precisa* ser compreendido como um ator institucional capaz de conhecer e processar todos aqueles dados para fornecer respostas constitucionalmente adequadas. Nesse sentido, é possível questionar se a busca por traduzir, na solução do caso concreto, a totalidade do ordenamento, complexo e unitário, preserva, de fato, a segurança jurídica, como sugere Tepedino.⁴³ A relação entre particularismo e segurança está longe de ser intuitiva. Ao contrário, dados os custos envolvidos no processo de manipulação de diversos elementos normativos, nada leva a crer que se possa inferir facilmente que o aumento da complexidade do processo decisório leve à promoção de corolários da segurança jurídica. Incentivar o particularismo decisório por meio de princípios pode ser uma maneira de realizar mais efetivamente comandos constitucionais, permitir a realização de objetivos em casos concretos e tornar o processo decisório mais

41 ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003, p. 436. O recurso frequente a princípios constitucionais e a abertura para a consideração de colisões é reconhecido por Maria Celina Bodin de Moraes como uma contribuição para o aumento do número de casos difíceis. Para a autora, “[a] necessidade metodológica de aplicar os princípios constitucionais a todas as relações jurídicas, inclusive as intersubjetivas de natureza privada, fez com que se multiplicassem as ocasiões de colisões de princípios. São tais casos que, por influência do direito norte-americano, passam a formar a categoria dos chamados casos difíceis”. V. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.), *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

42 A panconstitucionalização incentivada pelo direito civil constitucional tende a aumentar a incerteza de processos jurídicos de tomada de decisão não só pelas referências a comandos vagos e pela proliferação de colisões de princípios, mas também pela internalização, em cada caso, das disputas teóricas substantivas por trás de diferentes visões sobre a Constituição, as relações entre poderes e o papel do magistrado na democracia, que também acabam contribuindo para justificar decisões em diferentes sentidos para problemas concretos que envolvem aspectos constitucionais. Sobre o assunto v. LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 277-284.

43 TEPEDINO, O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 370: “O magistrado, ao solucionar o caso concreto, observa também o Prof. Pietro Perlingieri, traduz a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão revela, desta maneira, o ordenamento no caso concreto, preservando-se a segurança jurídica”.

adaptável às circunstâncias. Mas, ainda que não se problematize a real possibilidade de alcance desses objetivos por um modelo decisório baseado em princípios que devem ser concretizados e/ou harmonizados em cada caso concreto, é preciso que um tal modelo seja *operacionalizável* a ponto de se tornar confiável ao longo do tempo. Sem isso, o direito civil constitucional se resume ao deslumbramento com o discurso dos princípios, cujos efeitos perversos já vêm sendo diagnosticados em outros domínios.⁴⁴

2. A CARÊNCIA METODOLÓGICA

O aumento potencial de casos difíceis poderia ser um problema de menor impacto se a doutrina civil constitucional oferecesse métodos de decisão capazes de manter sob controle as incertezas relacionadas à necessidade de manipulação de regras infraconstitucionais e princípios constitucionais na solução de cada caso concreto. Processos de concretização da Constituição ou de harmonização de deveres constitucionais em relação de tensão deveriam, nesse sentido, ser conduzidos por métodos capazes de especificar os ônus de argumentação que devem ser superados nos processos de justificação de juízos normativos singulares e garantir, no mínimo, algum grau de previsibilidade dos resultados e de controle da discricionariedade judicial. Essas são não apenas condições necessárias para a fixação de referenciais para a construção de respostas constitucionalmente adequadas que não dependam exclusivamente de virtudes pessoais de tomadores de decisão, como também são exigências mínimas que, uma vez atendidas, impedem a caracterização de uma determinada metodologia como irracional.⁴⁵

Métodos decisórios capazes de satisfazer exigências fracas de racionalidade como as levantadas não precisam atuar como

44 V. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, p. 1-19, 2009. Disponível em: <<http://www.direito-doestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2014, e SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Direito FGV/Malheiros, 2012, p. 60-84.

45 Para a visão de que esses elementos impedem que a fórmula do peso proposta por Alexy seja considerada irracional, v. SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Matthias (Org.). *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. New York [u.a.]: Oxford University Press, 2012, p. 309-311.

algoritmos decisórios que conduzem a uma única resposta correta. De fato, como reconhece Perlingieri, “[s]e o direito se funda no processo que consente o seu conhecimento, não é necessário que tal processo assuma a forma da lógica matemática ou simule, de qualquer modo, os procedimentos das ciências naturais (...) para garantir o rigor e o controle público da argumentação do intérprete”.⁴⁶ Mas, mesmo tomando por base esse pressuposto, para o direito civil constitucional não só uma teoria da interpretação é desejável como o investimento em instrumentos metodológicos se torna uma *necessidade* para impedir que as suas propostas normativas criem um ambiente de plena insegurança.⁴⁷ Para dizer com Perlingieri, a atividade de interpretação precisa ser uma atividade vinculada, controlada e responsável,⁴⁸ ainda que se escape da subsunção como modelo padrão de aplicação do direito e se afaste a crença ingênua de que métodos decisórios podem controlar completamente a subjetividade do intérprete.

Dada a quantidade de variáveis que tomadores de decisão deveriam levar em consideração para a construção da resposta adequada para um caso concreto, seria possível, antes de tudo, problematizar a viabilidade de métodos capazes de garantir satisfatoriamente o alcance daqueles objetivos quando aplicados por pessoas de carne e osso. Se a aplicação consistente de métodos capazes de garantir níveis aceitáveis de controle da subjetividade do juiz e de previsibilidade das suas respostas depender de condições ideais ou de capacidades sobre-humanas, o problema relevante deixa de ser de falta de racionalidade do método, mas de *excesso* de racionalidade.⁴⁹ Para que se possa, porém, proble-

46 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 66.

47 A consciência da importância de métodos de decisão para controlar a subjetividade judicial pode ser vista em Tepedino, que se refere à definição de um “compromisso metodológico, que pode ser dividido em duas linhas de atuação: (i) há de se dotar de coerência metodológica o processo de decisão judicial; e (ii) há de se procurar a unidade de critérios interpretativos, a partir de um estudo aprofundado dos princípios, que permita a construção dogmática”. V. TEPEDINO, O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 369.

48 Perlingieri, **Perfis do direito civil**, op. cit., p. 81 e s.

49 Schauer, Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text, op. cit., p. 311. V. também LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014, p. 186 e ss.

matizar as pretensões de racionalidade, em qualquer sentido, de métodos de decisão, é preciso que critérios de interpretação sejam previamente fixados. Sem isso, não há o que se criticar. No caso do direito civil constitucional, as apostas costumam ser feitas em expressões vagas ou métodos já conhecidos, contra os quais já foram formuladas críticas, que, por sua vez, não são enfrentadas pelos autores do movimento. Perlingieri, por exemplo, cita “critérios hermenêuticos inovadores, como a ponderação dos interesses e dos valores, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação, da subsidiariedade”⁵⁰ e uma interpretação “necessariamente sistemática e axiológica”⁵¹. Mas nada diz sobre o sentido de razoabilidade, o que entende por “ponderação”, como operacionalizar a busca adequada por harmonia sistêmica e consideração de objetivos e tampouco enfrenta objeções amplamente dirigidas aos potenciais da proporcionalidade para conduzir processos de tomada de decisão que envolvem princípios em colisão. Na mesma linha, afirma também o autor que o controle da atividade interpretativa está diretamente relacionado a uma motivação idônea e adequada⁵², ainda que não se defina quando uma motivação satisfaz qualquer uma dessas exigências. Tepedino, por sua vez, refere-se à importância da “otimização de princípios”⁵³ e menciona a necessidade de “fortalecer e difundir a teoria da argumentação, para legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial”.⁵⁴ Mas nada é dito sobre o sentido de otimização ou sobre como lidar com as objeções levantadas contra a teoria dos princípios de Robert Alexy – a referência mais evidente quando está em jogo a concepção de princípios como mandamentos de otimização. No mesmo sentido, regras formais ou materiais de argumentação não são fornecidas. Assim, o direito civil constitucional passa a depender exclusivamente do trabalho dogmático e de mecanismos de con-

50 PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.

51 PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 3.

52 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 81.

53 TEPEDINO, O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 369.

54 TEPEDINO, O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 370.

trole da variância das interpretações sustentados sobre a estrutura de organização hierarquizada do Judiciário (como uma prática saudável de precedentes ou um sistema processual que atribua a um órgão de cúpula a competência para uniformizar a jurisprudência⁵⁵) para, por meio da reformulação de institutos jurídicos e categoriais tradicionais do direito civil, orientar processos de solução de questões privadas. Em todas essas hipóteses, porém, o direito civil constitucional não traz nenhuma grande inovação em termos de controle da subjetividade judicial.

Seria possível objetar, no entanto, que ao menos a regra da proporcionalidade, provavelmente a mais sofisticada proposta metodológica para orientar processos de tomada de decisão que envolvem princípios em colisão, poderia desempenhar o papel esperado de uma estrutura de argumentação capaz de levar a respostas racionais. Confiar nos potenciais da proporcionalidade seria, assim, uma maneira de permitir algum grau de controle da subjetividade judicial, previsibilidade de resultados e distribuição *ex ante* de ônus de argumentação. E este parece ser o caso quando se encontra tantas referências entre autores do movimento civil constitucional à “ponderação de interesses” ou à “ponderação de valores” como norte para a justificação de decisões que erguem a pretensão de satisfazer as exigências de conformidade constitucional.

Neste ponto, ainda que a proporcionalidade seja amplamente evocada entre diferentes tribunais constitucionais⁵⁶, sua aptidão para controlar racionalmente as valorações empreendidas por tomadores de decisão que recorrem a princípios é questionável. Por um lado, porque a incorporação do discurso dos princípios na prática forense brasileira costuma ser retratada como desorientada, fruto de oportunismo ou reflexo de um modismo.⁵⁷ Como efeito desses traços, a proporcionalidade costuma

55 Esses mecanismos são também reconhecidos por Perlingieri. V. PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 81.

56 STONE-SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Faculty and Affiliate Scholarship Series*, Paper 14, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14/>. Acesso em: 1 out. 2014, p. 75.

57 V. ADPF nº 101, fls. 209, no voto do ministro Eros Grau. Texto completo disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 1º out. 2014. Sundfeld,

se resumir a um *topos* argumentativo vazio, de apelo meramente retórico, já que raramente tribunais como o Supremo Tribunal Federal efetivamente realizam os três exames que estão por trás das etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁸ Por outro lado, ainda que juízes e tribunais efetivamente buscassem satisfazer os ônus de argumentação exigidos pelo dever de proporcionalidade, há críticas estruturais que afirmam tanto déficits de racionalidade vinculados aos exames, como consideram delírios racionalistas as pretensões de Alexy de governar, por meio de um conhecimento profundo sobre a estrutura da ponderação, processos de tomada de decisão jurídica que envolvem a “ponderação” de princípios colidentes.⁵⁹ Isso porque, no primeiro aspecto, seria a proporcionalidade incapaz de garantir níveis desejáveis de previsibilidade e objetividade dos resultados dos processos de solução de colisões de princípios, já que cada uma das suas etapas abriria espaço para elevadas margens de valoração. O caso mais notório da impossibilidade de controle da discricionariedade judicial estaria no plano da proporcionalidade em sentido estrito, nível em que se dá a realização dos princípios em colisão relativamente às possibilidades jurídicas. Na ponderação propriamente dita, só haveria decisio-

nismo⁶⁰ ou espaço para o desenvolvimento de juízos arbitrários ou irrefletidos.⁶¹ No segundo caso, por sua vez, os problemas da proporcionalidade se localizariam (i) em suas pretensões de reconstruir, à luz de referenciais normativos específicos, a prática do tribunal constitucional federal alemão de uma forma tal, que a tornaria um método de decisão excessivamente exigente do ponto de vista *epistêmico*, e (ii) na sua ambição de capturar, por meio de refinamentos metodológicos constantes (como o pro-

Princípio é preguiça?, op. cit., p. 60. NEVES, Marcelo. Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz Iolau. In: COSTA, José Augusto F.; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery H. (Orgs.). **Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, t. II, 2013, p. 1149-1172.

58 V. SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 31 e ss.

59 Sobre essas críticas v. LEAL, Racional ou Hiper-racional?, op. cit.

60 SCHLINK, Bernhard. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. **Europäische Grundrechte Zeitschrift**, p. 457-468, 1984, p. 462.

61 HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. 4. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994, p. 316.

movido pela fórmula do peso⁶²), tão precisamente a estrutura do sopesamento a ponto de *dissolver* as diferenças estruturais entre ponderação e subsunção.⁶³

Como se nota, objeções à ponderação de princípios podem ser levantadas em sentidos completamente opostos. Neste momento, porém, as duas grandes críticas formuladas contra a aplicação de princípios – a de um déficit e a de um excesso de racionalidade – não precisam ser detalhadas. Basta, ao contrário, mencioná-las para que se ateste que o discurso da ponderação de princípios não está livre de críticas contundentes, quase sempre negligenciadas por defensores da doutrina civil constitucional. Na mesma linha, ainda, seria possível erigir objeções semelhantes a métodos interpretativos construtivos que conjugam considerações axiológicas e sistemáticas.⁶⁴ Se o movimento aposta em técnicas de justificação de decisões diferentes da subsunção, mas que tendem a aumentar a incerteza de processos jurídico-decisórios, investir em métodos de decisão capazes de garantir algum tipo de racionalidade aos juízos normativos singulares resultantes desse processo de abertura deveria, ao lado do desenvolvimento de uma dogmática segura, ser uma preocupação central dos seus seguidores.

3. A TRIVIALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Entre os conceitos básicos a partir dos quais o direito privado era explicado no século XIX, o de *vontade* desempenhava um papel fundamental para que a compreensão de institutos tradicionais de direito civil como propriedade e contrato se afastasse das bases jusnaturalistas predominantes nos séculos anteriores.⁶⁵ Se, por um lado, porém, a noção de vontade tornou-se, em substituição aos conceitos de justiça comutativa e distributiva, o conceito central em

62 V. ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In: JICKELL, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Org.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter Recht, p. 771-779, 2003.

63 Sobre essas críticas v. com mais detalhes Leal, Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo, op. cit., p. 186 e ss.

64 V. a respeito ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. *Verantwortbares Richterrecht. Eine rechtstheoretische und methodenkritische Untersuchung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 227 e ss.

65 GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylon Von. *An introduction to the comparative study of private law: readings, cases, materials*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 63.

torno do qual o direito privado passou a ser construído no século que marca a era das grandes codificações⁶⁶, por outro, críticos sublinhavam que nenhum outro conceito foi introduzido nas bases do direito privado, capaz de limitar a que a vontade poderia legitimamente se dirigir.⁶⁷ A noção de vontade era, segundo aqueles que criticavam a sua utilidade para cumprir o papel de unidade básica de compreensão do direito privado, soberana, mas, ao mesmo tempo, vazia a ponto de servir de fonte para explicar da maneira mais ampla e desparametrizada o que deveria ser considerado pelo direito como contrato ou como se conformariam juridicamente as regras que regiam a propriedade. Não é por outra razão que caricaturas sobre a utilidade efetiva do conceito de vontade eram feitas já na França no século XIX, como nesta irônica charada: “pergunta: o que o direito quer? Resposta: o que as partes querem. O que as partes querem? O que o direito quer!”⁶⁸

O direito civil constitucional propõe inovação semelhante àquela causada pela introdução do conceito de vontade como base de compreensão do direito privado ao erigir a *dignidade da pessoa humana* à referência fundamental a partir da qual o direito civil deveria ser conformado⁶⁹ e para cuja realização os institutos tradicionais de direito civil, especialmente aqueles relacionados a situações patrimoniais, deveriam ser funcionalizados.⁷⁰ Considerada o centro do sistema constitucional, a dignidade humana se espalharia por toda a ordem jurídica, condicionando a compreensão de todo o direito civil. É nesse aspecto que a dignidade cumpriria um papel importante para, por exemplo, determinar a

66 GORDLEY, James. *Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 7 e ss., especialmente p. 14. V. também, colocando o voluntarismo ao lado do individualismo como pilares fundamentais do Código de Napoleão e das codificações que nele se inspiraram, incluído o Código Civil de 1916, TEPEDINO, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, op. cit., p. 2.

67 GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylon Von, *An introduction to the comparative study of private law*, op. cit., p. 63.

68 GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylon Von, *An introduction to the comparative study of private law*, op. cit., p. 63. Tradução livre.

69 TEPEDINO, O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 357. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <<http://empreendimentosjuridicos.com.br/site/wp-content/uploads/2015/06/CaminhosDireitoCivilConstitucional-Maria-Celina-B-Moraes.pdf>>. Acesso em 01 set. 2015., p. 6.

70 TEPEDINO, O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 365.

interpretação extensiva de direitos da personalidade e, ao mesmo tempo, desfazer confusões conceituais como a que atribui à pessoa jurídica esses direitos⁷¹, justificar a existência de limites à liberdade de contratar, inspirar uma nova leitura do regime de bens do Código Civil e possibilitar uma compreensão mais ampla de família. Mesmo em um contexto mais geral, como o de fundamentação e aplicação dos direitos humanos, a dignidade humana acabaria por exercer um papel fundamental ao atuar como uma espécie de “moeda geral” que possibilitaria diálogos judiciais transnacionais e empréstimos de soluções legais e institucionais entre diferentes jurisdições.⁷² Essas aplicações da dignidade seriam suficientes para questionar visões que tentam reduzir a dignidade a um valor moral desprovido de aplicabilidade jurídica.⁷³

Especialmente problemático, porém, revela-se o incentivo fornecido pela doutrina civil constitucional para que juízes e advogados evoquem frequentemente a dignidade humana em processos de *justificação de decisões*. Isso ocorre porque a doutrina civil constitucional conjuga, como visto, um modelo particularista de tomada de decisão jurídica – sustentado pela necessidade de consideração de princípios incidentes em cada caso concreto – com a afirmação da primazia da dignidade e funcionalismo. Assim, parece natural crer que a busca pela melhor resposta constitucional para a solução de um problema específico tenha que passar pela dignidade humana e se localize exatamente na seleção da alternativa decisória que realiza no caso concreto, na maior medida possível, esse princípio. O que o direito civil constitucional acaba por estabelecer é, no fundo, uma pressão sobre tomadores de decisão por legitimação de suas decisões naquela que é considerada a norma mais importante do sistema constitucional. Neste ponto, a amplitude da expressão, aliada às dificuldades de operacionalização adequada do princípio à

71 Nesse sentido, TEPEDINO, O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 365.

72 CAROZZA, Paolo G. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: a reply. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 5, p. 931-944, 2008, p. 932.

73 Sobre o tema v. HENRY, Leslie Meltzer. The Jurisprudence of dignity. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 160, set. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1928768>>. Acesso em: 5 ago. 2015, p. 176.

luz de certas sugestões metodológicas propostas por autores do movimento (como o caráter imponderável da dignidade e a sua função de servir como norte da ponderação entre outros direitos fundamentais), tende a conferir à dignidade humana o mesmo papel *vazio* que se atribuía ao conceito de vontade no século XIX. Ela está em todo o lugar, mas não se sabe o que ela significa; ela serve para *explicar* tudo, mas é incapaz de *orientar* efetivamente processos de interpretação e aplicação do direito privado.

A dificuldade de se definir o que prescreve a dignidade humana não é uma novidade. Autores do movimento civil constitucional reconhecem que, à expressão, podem estar relacionados sentidos muito diversos. Maria Celina Bodin de Moraes, nesse sentido, afirma: “[u]ma vez que a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação”.⁷⁴ De fato, dadas a indeterminação semântica e a abertura estrutural do conceito, não é possível dizer facilmente quando, do simples dever genérico de observar e proteger a dignidade da pessoa humana, direitos subjetivos dos titulares de dignidade são ou não assumidos.⁷⁵ Tampouco é simples determinar o conteúdo desses direitos, ainda que a sua existência seja sustentável.

Lidar com essas e outras questões relacionadas ao manejo adequado da dignidade em casos concretos é um problema relacionado, sobretudo, ao conhecimento da sua *estrutura*.⁷⁶ Mas essa não parece estar entre as preocupações centrais de acadêmicos e juristas práticos que incentivam o recurso frequente à dignidade. E, mesmo quando há algum tipo de esforço voltado a definir o sentido ou o modo de trabalho com a norma, o resultado proposto não costuma ser satisfatório. Um claro exemplo

74 MORAES, Danos à pessoa humana, op. cit., p. 84.

75 TEIFKE, Nils. Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 68.

76 TEIFKE, Das Prinzip Menschenwürde, op. cit., p. 68.

desse tipo de esforço pode ser localizado na proposta de Bodin de Moraes para lidar com as dificuldades de aplicação da dignidade. Para a autora, a construção de um conceito jurídico de dignidade depende da identificação do seu substrato material. Este, por sua vez, pode ser desdobrado em quatro postulados, que levariam à decomposição da dignidade em quatro subprincípios: os da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.⁷⁷ Como solução geral, esse é um bom caminho para lidar com as dificuldades de operacionalização de princípios vagos. Em vez de se trabalhar com a norma mais geral, é sempre preferível trabalhar com os seus subprincípios. Em primeiro lugar, porque é mais fácil identificar a direção das múltiplas razões que um princípio vago pode sustentar. Em segundo lugar, porque a superação das tensões entre princípios mais concretos em casos específicos pode ser orientada em métodos cuja estrutura é mais conhecida, como a proporcionalidade. A proposta de Bodin de Moraes, no entanto, peca por oferecer como critério de decisão para os casos de colisão entre corolários da dignidade a *própria* dignidade. Nas palavras da autora, “(...) embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparadas por um desses princípios, (...) o fiel da balança, a medida da ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto⁷⁸, da dignidade humana”.⁷⁹ Há, como se nota, uma circularidade evidente na argumentação: para lidar com os problemas de aplicação de um princípio vago, recorre-se aos seus corolários para que, em casos de tensão, volte-se ao princípio vago para determinar o resultado da colisão.

Mas não só dificuldades de determinação da estrutura normativa da dignidade afetam a sua operacionalização. A identificação de um *sentido* preciso da norma parece também não ocupar as pautas daqueles que fomentam a aplicação da

77 MORAES, Danos à pessoa humana, op. cit., p. 85.

78 Sobre a aptidão a ser ponderada da dignidade humana no âmbito da teoria dos princípios v. TEIFKE, *Das Prinzip Menschenwürde*, op. cit., p. 155 e s.

79 MORAES, Danos à pessoa humana, op. cit., p. 85.

dignidade e decidem casos com base nela. Como já se disse, “a popularidade crescente da dignidade não sinaliza algum acordo sobre o que o termo significa. Em vez disso, sua importância, significado e função são comumente pressupostos, mas raramente articulados.”⁸⁰ O que se costuma verificar na prática, na verdade, é uma tendência ao uso meramente *retórico* da norma. A evocação da dignidade vem quase sempre acompanhada da afirmação da sua importância ou de formulações muito abertas, o que lhe garante o papel de mero *topos* argumentativo.⁸¹ Nesses casos, o efeito prático do recurso à dignidade é quase sempre o mesmo: o de obstrução do processo de fundamentação pela referência a algum conteúdo que, apesar do apelo geral, é, em casos específicos, apenas aparentemente consensual. Estar de acordo em abstrato com a necessidade de proteção da dignidade humana não leva diretamente, como anunciado, à determinação de que medida concreta deve ser adotada para preservá-la. Tampouco acordos gerais em torno de fórmulas genéricas como a versão do imperativo categórico que prescreve que o ser humano deve ser tratado como um fim em si, não como um meio⁸², ou da amplíssima definição proposta por Sarlet⁸³ são capazes de orientar, salvo em casos teratológicos, como o de escravidão, o que a proteção da dignidade efetivamente exige em um caso concreto. A fórmula kantiana, por exemplo, que já foi, com razão, atacada por Schopenhauer por ser vaga, imprecisa, requerer, para cada caso de sua aplicação, prévia explicação, determinação e modificação especiais, e, em geral, ser

80 HENRY, Leslie Meltzer. *The Jurisprudence of dignity*, op. cit., p. 172.

81 LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 7, p. 41-67, 2007, p. 51.

82 KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Philipp Reclam, 2008, p. 429.

83 Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um conjunto de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: do mesmo autor, (Org.) *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 37.

insuficiente, dizer pouco e ser problemática.⁸⁴

Definições muito abrangentes de dignidade, ainda que alcancem amplos acordos, têm utilidade normativa ou metodológica reduzida porque, não raro, a dignidade pode sustentar decisões opostas em um mesmo caso concreto. Isso porque a sua imprecisão semântica permite a extração de *razões multidirecionais* para sustentar pontos de vistas diversos. Como exemplo, basta citar que, no famoso HC 71.373-4/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a dignidade humana foi usada para justificar tanto a adequação constitucional de medida estatal que obrigava alguém a se submeter a exame de DNA em ação de investigação de paternidade como a sua inconstitucionalidade.⁸⁵ O potencial para produzir razões multidirecionais é, no fundo, uma característica típica de princípios constitucionais vagos.⁸⁶ Assim, no processo de fundamentação de decisões, em vez de o recurso à dignidade garantir algum grau de racionalidade ao resultado, ele acaba, quando se restringe à simples menção da expressão, por atuar como obstáculo para o desenvolvimento de cadeias de razões. Isso se deve ao fato de a dignidade humana, como afirma Neumann, ter a força de encobrir, “sem exceção, de acordo com a opinião majoritária, todos os pontos de vista e argumentos que lhe sejam contrários, ali onde ela é atingida”.⁸⁷ Paradoxalmente, em vez de o comando vago facilitar a comunicação que deveria se estabelecer entre o juiz e os jurisdicionados do caso e os potencialmente afetados pela decisão, ele acaba atuando como um entrave.⁸⁸

84 SCHOPENHAUER, Arthur. *Die Welt als Wille und Vorstellung*. 1. ed. Leipzig: Brodhau, 1844, p. 714, par. 62. Trad. livre.

85 O ministro Marco Aurélio, por exemplo, afirma em seu voto: “[o]nde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova?”. Já o ministro Carlos Velloso, por sua vez, reconhece que, no caso, possui o filho “[...] ao que penso, o direito de conhecer o seu pai biológico. Esse direito se insere naquilo que a Constituição assegura à criança e ao adolescente: o direito à dignidade pessoal [...]”. V. HC 71.373-4/RS.

86 LEAL, Fernando. Argumentando com o Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, op. cit., p. 49 e ss.

87 NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o seu respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009, p. 225-240, p. 226.

88 Sobre essa relação paradoxal, v. BLACK, Julia. Forms and paradoxes of principles-based regulation. *Capitol Markets Law Journal*, v. 3, n. 4, p. 425-457, Oxford University Press, set. 2008, p. 447-448.

Mas os problemas decorrentes da pressão por legitimação de decisões a partir da dignidade em cada caso concreto incentivada pelo movimento civil constitucional não se resumem apenas à aplicação desorientada e ao uso retórico da expressão. Outro efeito perverso constatável é o de aplicação inflacionada da dignidade humana⁸⁹ ou, em um sentido mais geral, de criação de um ambiente de “geleia geral” no direito brasileiro, no qual princípios vagos podem – e são usados para – justificar qualquer decisão.⁹⁰ Neste ponto, o direito civil constitucional, ao propor um modelo de tomada de decisão judicial particularista e funcionalista, cria um contexto propício para que a dignidade humana apareça nos casos mais corriqueiros.⁹¹

A conjugação de uso retórico com aplicação inflacionada e desparametrizada traz como consequência mais grave a trivialização ou banalização da dignidade. A norma é frequentemente mencionada, mas sem que a sua invocação seja crucial ou, antes disso, que se saiba exatamente qual é o seu sentido ou como deve ser concretizada. Por conseguinte, o recurso à dignidade em uma decisão judicial tende a significar ou mera redundância ou simples carência de fundamentação. A redundância ocorre quando se constata a referência à dignidade em manifestações judiciais, mas se nota que o “trabalho” efetivo de justificação do juízo normativo singular é feito por regras e princípios mais concretos também citados na decisão. Nesses casos, a dignidade aparece como mero adorno e, como tal, dispensável. Já a carência de fundamentação se dá quando se constata o recurso exclusivo à dignidade no processo de fundamentação, mas sem a superação dos deveres de concretização exigidos para a demonstração

89 NEUMANN, A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o seu respectivo titular, *op. cit.*, p. 228.

90 SUNDFELD, Princípio é preguiça?, *op.cit.*, p. 60. O autor se refere especificamente ao direito público, mas creio ser facilmente possível estender o alcance da constatação ao que ocorre em outras áreas. V. também COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Org.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, p. 207-218, 2014, p. 211.

91 O uso indiscriminado da dignidade humana também já se constatou na Alemanha, em que a dignidade humana também desempenha um papel central na ordem constitucional. Para Frankenberg, “[q]uanto mais exaltado seu valor, mais triviais os fins para os quais a dignidade é levada a campo”. V. FRANKENBERG, Günter. *Tyrannie der Würde? Paradoxien und Parodien eines Höchstwertes*. In: do mesmo autor (Org.). *Autorität und Integration*. Suhrkamp, p. 270-282, 2003, p. 272.

de coerência entre o comando vago e a solução proposta. Nessa hipótese, a dignidade aparece como uma expressão sem valor. Mantidas essas práticas ao longo do tempo, a elevada dignidade acaba sendo rebaixada a uma “simples questão de bom gosto e dos bons costumes”⁹². E, assim, a sua força normativa vai se esvaindo.⁹³ Ao insistir prioritariamente na afirmação da centralidade da dignidade na ordem constitucional brasileira e na importância de realizá-la em casos concretos, mas sem dar passos consistentes capazes de torná-la uma ideia operativa⁹⁴, o direito civil constitucional apenas aprofunda na realidade nacional um conjunto de problemas relacionados ao sentido, à estrutura e à aplicação da dignidade humana já identificados e vivenciados em outras ordens jurídicas.

4. EXCESSO DE PATERNALISMO ESTATAL

A substituição da afirmação da vontade pela tutela da dignidade humana como centro de gravidade do direito privado desloca, em larga medida, o protagonismo do indivíduo para o Estado. É certo que a preservação da dignidade é um dever que se estende a atores privados. No entanto, concebida como o centro do sistema de direitos fundamentais da Constituição e dotada de um papel dúplice – já que à dignidade humana são atribuídos os papéis de limite e de programa normativo na ordem jurídica brasileira –, ela torna o Estado prioritariamente responsável pelo estabelecimento de estados de coisas marcados pela sua afirmação, reconhecimento, preservação e fomen-

92 FRANKENBERG, Tyrannie der Würde? Paradoxien und Parodien eines Höchstwertes, op. cit., p. 274.

93 Este é o reflexo de um problema mais geral relacionado ao privilégio conferido a princípios – especialmente aos mais vagos – para nortear modelos de tomada de decisão. Julia Black, mesmo escrevendo especificamente sobre um modelo de regulação baseado em princípios, enuncia o que chama de “o paradoxo da supervisão e do *enforcement*”. De acordo com esse paradoxo, os princípios precisam ser reforçados para que possam ter credibilidade, mas um excesso de *enforcement* pode levar ao seu esvaecimento. Este me parece ser exatamente o efeito mais perverso de um uso recorrente de princípios em diversos níveis na ordem jurídica brasileira. V. BLACK, Forms and Paradoxes of principles-based regulation, op. cit., p. 450-452.

94 A importância de tornar a dignidade humana uma categoria operativa no direito é destacada por Luís Roberto Barroso, quando afirma que “é preciso dotá-la de conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação. Do contrário, ela se transformaria em uma embalagem para qualquer produto, um mero artifício retórico, sujeito a manipulações diversas.” V. BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. In: BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 304.

to. Papel de destaque tem, nesse processo, o Poder Judiciário, instituição sobre a qual recaem os ônus de busca pela conformidade constitucional em casos concretos que envolvam atuais ou potenciais restrições à dignidade em relações entre particulares ou entre estes e o Estado.

Um possível efeito perverso dessa mudança de referência é uma ampliação da incidência e do uso mais constante do princípio moral que justifica o exercício da coerção estatal para proteger o indivíduo de si mesmo ou, em uma versão mais forte, para guiá-lo na direção ao que é melhor para si, querendo ele ou não.⁹⁵ Esta é uma formulação geral do que se possa chamar de paternalismo jurídico. Esse paternalismo se torna um efetivo perigo para o exercício da *autonomia* quando o Estado passa a se compreender como primordial guardião dos interesses individuais, atuando *como se* conhecesse as preferências dos seus cidadãos melhor do que eles mesmos. Esse risco, que produz uma espécie de repulsa *a priori* a regulações paternalistas, não é suficiente, contudo, para que se rejeite completamente qualquer tipo de paternalismo estatal. Como argumenta Feinberg, essa formulação parece justificável em alguns contextos morais, como nos casos de assunção de riscos com base em informação insuficiente ou de limitações epistêmicas⁹⁶, e jurídicos, como nos casos de irrelevância do consentimento da vítima em casos de homicídio ou no reconhecimento da invalidade de um contrato que tem por objeto a obrigação de tornar-se escravo.⁹⁷ Em um exemplo menos radical, a possibilidade de se anular um negócio jurídico celebrado sob o defeito da lesão, prevista no artigo 157 do Código Civil, é uma maneira aparentemente razoável de o legislador evitar que o amplo exercício da liberdade – se é que é possível falar em real liberdade em casos de “premente necessidade” ou “inexperiência” – possa produzir resultados danosos ao indivíduo. Exemplos

95 Assim, FEINBERG, Joel. Legal Paternalism, *Canadian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 1, p. 105-124, set. 1971, p. 105 e EIDENMÜLLER, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip*. 3. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 359 e 360.

96 FEINBERG, Legal Paternalism, op. cit., p. 112-116, mas com alguns temperamentos.

97 FEINBERG, Legal Paternalism, op. cit., p. 105. Para outros exemplos, EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, op. cit., p. 360-361.

desse tipo revelam como uma forma *fraca* de paternalismo, de acordo com a qual o Estado tem o direito de prevenir condutas danosas dos indivíduos sobre si mesmos somente quando elas são substancialmente involuntárias ou quando uma intervenção temporária é necessária para que se possa aferir se tais condutas são voluntárias ou não, sugere a sua possível aceitação mesmo por árdios defensores da liberdade.⁹⁸

A justificativa, ainda que parcial, de alguns níveis de paternalismo não elimina, porém, a necessidade de fixação de (i) critérios materiais sobre a aceitabilidade de assunções voluntárias de riscos ou danos efetivos, (ii) presunções sobre o exercício consciente da vontade e (iii) regras de distribuição de ônus de prova capazes de definir os limites para a implementação de regulações paternalistas.⁹⁹ É neste aspecto que, mais uma vez, o direito civil constitucional parece pecar, ao se limitar, de uma maneira geral, à simples afirmação de importância da dignidade e ao recurso a métodos muito abertos (como o recurso a interpretações sistemáticas) ou a estruturas formais de argumentação (como a proporcionalidade) para lidar com possíveis restrições à liberdade. O direito civil constitucional, se, por um lado, escancara as complexidades subjacentes aos problemas de legitimidade de escolhas individuais em uma ordem jurídica como a nossa, por outro, ao oferecer poucos critérios para lidar com essa complexidade, acaba por conceder amplíssimas margens de dis-

98 A formulação é de FEINBERG, Legal Paternalism, op. cit., p. 113, citando expressamente John Stuart Mill como capaz de aceitar a anunciada versão fraca de paternalismo jurídico. Sobre outras estratégias de legitimação do paternalismo no direito v. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, op. cit., p. 367-388. Porque o objetivo deste tópico não é legitimar medidas estatais paternalistas, mas, assumindo que o paternalismo existe e pode ser, em algum grau, justificável no direito, problematizar o seu alcance, há uma reconhecida simplificação na apresentação das questões que podem tornar o paternalismo no direito, como uma espécie de “aplicação” jurídica do paternalismo moral, mais ou menos defensável. Há questões sobre a legitimidade das decisões paternalistas de legisladores, o que comumente exige uma teoria democrática, problemas relacionados à pretensão de permanência das leis e os motivos que futuros legisladores podem ter para manter ou não a regulação paternalista, a dificuldade de se caracterizar certas medidas estatais como realmente paternalistas e ainda os efeitos perversos de tratar cidadãos como crianças ou mesmo, em alguns casos, deixar a democracia entregue a uma eterna infância. Sobre problemas desse tipo v. HUSAK, Douglas N. Legal Paternalism. In: LaFOLLETTE, Hugh (Org.). *The Oxford handbook of practical ethics*. New York [u.a.]: Oxford University Press, p. 387-412, 2003, p. 390 e ss.

99 Para Husak, “attempts to evaluate instances of legal paternalism require, first, a set of principles about the value of different liberties; secondly, a theory about how given interferences affect the conditions under which persons are able to make their own lives; and, thirdly, some means to balance these (hopefully commensurable) values against one another.” HUSAK, Legal Paternalism, op. cit., p. 404.

cricionariedade ao julgador. Assim, não é claro até que ponto o discurso civil constitucional pode evitar algum tipo de paternalismo judicial *forte*, que tende a asfixiar por completo a liberdade em nome da realização, em casos concretos, de subprincípios da dignidade, como a integridade psicofísica, a solidariedade e a igualdade, para citarmos apenas aqueles outros corolários identificados por Bodin de Moraes.¹⁰⁰ Ao contrário, nada impede que juízes, em casos específicos, proibam a assunção voluntária de risco devidamente informada ou mesmo a causação de danos intencionais que não causem prejuízos a terceiros em nome da necessidade de realização, na maior medida possível, da dignidade humana¹⁰¹ e de busca por uma leitura menos individualista do direito civil. Na mesma linha, nada também impede que, inspirados em concepções *pessoais* sobre dignidade humana que justificam como preferíveis certos estados de coisas, juízes imponham a atores privados certos cursos de ação.¹⁰² Os fundamentos para essa visão estão no tipo de conhecimento exigido pela doutrina civil constitucional para a aferição da juridicidade de condutas privadas e no papel atribuído ao Estado-juiz para manipular esse conhecimento. Uma teoria de tão complexa operacionalização acaba por conferir ao Estado o monopólio sobre o sentido do que está ou não conforme a dignidade ou, de uma maneira mais geral, conforme a Constituição. Independentemente das dificuldades metodológicas, o direito civil constitucional torna o conhecimento do que se deve ou não fazer um saber altamente especializado, pretensamente dominado por doutrinadores e tomadores de decisão, reveladores, em última análise, da vontade constitucional. No melhor cenário, pode-se dizer que as escolhas privadas são sempre provisórias, na medida em que estão permanentemente sujeitas ao crivo judicial.

100 MORAES, *Danos à pessoa humana*, op. cit., p. 85.

101 V., por exemplo, o que Bodin de Moraes afirma sobre as colisões entre liberdade e solidariedade: “[n]ão se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade. O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade.” MORAES, *Danos à pessoa humana*, op. cit., p. 108.

102 EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, op. cit., p. 361. O autor se refere a esse tipo de paternalismo como paternalismo de valores (*Wertepaternalismus*).

O risco de paternalismo forte incentivado pelo movimento civil constitucional se torna mais evidente quando se nota que o seu discurso torna admissíveis restrições à liberdade não a partir de categorias tradicionais como ordem pública, interesse público ou interesse coletivo, todas elas problemáticas para funcionarem como óbices ao exercício de direitos¹⁰³, mas tendo como base outros direitos fundamentais e, no limite, do direito fundamental mais importante: a dignidade humana.¹⁰⁴ Neste ponto, o paternalismo estatal forte é apenas um reflexo possível da provocativa denúncia de uma “tirania da dignidade” feita por Frankenberg.¹⁰⁵ Neste caso, uma tirania que pode ir minando ao longo do tempo a capacidade de indivíduos autônomos realizarem e agirem conforme as suas escolhas individuais.

5. O PROBLEMA INSTITUCIONAL: AFINAL, AS DETERMINAÇÕES LEGISLATIVAS VINCULAM?

O tipo de particularismo incentivado pelo direito civil constitucional tende a criar um excesso de Constituição e a estabelecer uma onipotência judicial. Essa, porém, não é uma conclusão necessária. Não, pelo menos, do ponto de vista do desenho institucional. Se se entende que a busca por conformidade constitucional apenas reforça a possibilidade de controle concreto e difuso de constitucionalidade das leis, o direito civil constitucional não prescreve nada de excepcional. O problema, porém, pode estar no *tipo* de “controle obrigatório que o intérprete deve fazer da legitimidade constitucional de qualquer disposição, seja esta recente seja antiga, que seja aplicado ao caso concreto pelo juiz”¹⁰⁶ sugerido pelo movimento. Se esse controle é compreendido como um dever *positivo* de busca da melhor solução constitucional para o caso – “mesmo em presença de aparentemente

103 V. DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 359 (“rights [...] are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole”) e ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 232- 261, 1995.

104 V. nessa linha MORAES, **Danos à pessoa humana**, op. cit., p. 105.

105 FRANKENBERG, **Tyranei der Würde? Paradoxien und Parodien eines Höchstwertes**, op. cit.

106 PERLINGIERI, **A doutrina do direito civil na legalidade constitucional**, op. cit., p. 3.

perfeita subsunção a uma norma”¹⁰⁷ –, e não como a expressão de uma competência a ser exercida prioritariamente para a não aplicação de disposições legislativas inconstitucionais, é questionável como a teoria da interpretação jurídica proposta pela doutrina civil constitucional pode levar a sério a atividade legislativa. Dois aspectos contribuem para a afirmação dessa dificuldade. Primeiro, o direito civil constitucional atribui ao *juiz* o papel decisivo de, por meio da concretização de valores constitucionais, determinar a resposta constitucionalmente adequada para cada caso concreto. Isso porque, como afirma Perlingieri, “[a] solução do problema concreto é procurada *necessariamente* na totalidade do ordenamento jurídico”.¹⁰⁸ Segundo, ele torna as disposições legislativas referências facilmente derrotáveis à luz de considerações constitucionais sustentadas por princípios. Protagonismo judicial e ausência de textualismo, sínteses dos dois aspectos problemáticos apontados, aliados ao particularismo decisório incentivado pelo movimento, à carência metodológica e à banalização da dignidade humana tendem a criar um contexto institucional em que o Legislador tem pouco espaço de atuação e no qual as suas decisões só são aplicadas quando convergem com uma análise global de fatos e normas constitucionais levados adiante pelo juiz em casos concretos.

Os perigos da onipresença constitucional e da onipotência judicial como efeitos de uma confiança excessiva nos direitos fundamentais e no seu reconhecimento como normas-princípio não são novos. Conceber princípios constitucionais como normas supremas da ordem jurídica e estimular a sua aplicação em cada caso conduziria, na conhecida crítica de Böckenförde à concepção de princípios como mandamentos de otimização e da visão de que direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios, “a um modelo de Constituição com consequências fatais. O legislador parlamentar perderia toda a sua autonomia. Sua atividade se esgotaria na mera constatação daquilo que já foi decidido pela Constituição. O processo político democrático

107 MORAES, A caminho de um direito civil constitucional, op. cit., p. 11.

108 PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 4. Grifo acrescido.

perderia consideravelmente em importância e não seria mais possível deter a transição do Estado legislativo parlamentar para um Estado judiciário constitucional”.¹⁰⁹ Se, portanto, a busca por conformidade constitucional impuser ao juiz deveres tanto de anular as decisões legislativas que soem incompatíveis com a Constituição como de desconsiderá-las, total ou parcialmente, ainda que sejam constitucionais, quando for possível construir diretamente da Constituição uma solução preferível para um caso concreto, corre-se o risco de mitigar a importância do Legislador. Isso porque, mais uma vez, as decisões legislativas, como as disposições do Código Civil, só são vinculantes quando exteriorizam o que o magistrado entende ser a melhor resposta constitucional para o problema.

Aparte a insuficiência metodológica para orientar a construção do que se possa entender por “melhor resposta constitucional”, o possível desequilíbrio institucional promovido pela ampla aceitação do direito civil constitucional pode ser fruto de duas possíveis miopias. A primeira se localiza na crença de que tudo está na Constituição e que, por isso, o papel das instituições democráticas seria apenas o de *descobrir* o sentido das disposições constitucionais, notadamente dos seus valores fundamentais. Nessa hipótese, o legislador praticamente não possui margens de conformação e o Judiciário se torna um controlador permanente da qualidade das decisões legislativas. Se elas convergem com o que possa ser a resposta constitucional adequada para o caso, podem ser aplicadas; se não, cabe ao juiz, que, assume-se, monopoliza um saber especializado que o coloca em condições melhores para conhecer e revelar o sentido da Constituição em cada problema pontual, substituí-las. A segunda possibilidade, por sua vez, reside no otimismo ingênuo sobre as capacidades judiciais para *construir* respostas tão boas ou melhores do que as legislativas para casos concretos, não só do ponto de vista da

109 V. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 578. Esses e outros problemas relacionados à visão de direitos fundamentais como princípios jurídicos podem ser encontrados em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006, p. 189-229.

adequação constitucional das soluções propostas para problemas específicos, como também da possibilidade de promoção de virtudes *dinâmicas* do Estado de Direito, como previsibilidade, igualdade de tratamento de situações semelhantes, certeza e estabilidade. Nessa hipótese, assim como na anterior, o direito civil constitucional não fornece nenhuma evidência empírica em favor da suposta superioridade cognitiva dos juízes ou construção, normativa ou conceitual, a partir da qual sejam sustentáveis as referidas visões sobre a Constituição e a atividade jurisdicional em um regime democrático estruturado sobre a separação dos poderes. Em ambos os casos – ou em qualquer outra alternativa – é preciso que autores do movimento justifiquem como a ampla aceitação da pauta civil constitucional pode não conduzir a um Estado, ao mesmo tempo, judicial e superconstitucionalizado, em que disposições legislativas não parecem gozar de nenhum tipo de prioridade no processo de tomada de decisão jurídica.

Neste ponto, gostaria de explorar especificamente como a compreensão de autores do movimento – notadamente Perlingieri – sobre o papel das disposições jurídicas nos processos de formulação de juízos normativos singulares pode dificultar algum tipo de deferência ao trabalho legislativo. O ponto de partida do argumento é o de que as expressões textuais dos comandos legislativos precisam vincular, em alguma medida, a atividade judicial para que seja possível um regime de distribuição do poder político por meio de regras jurídicas. Essa desejável vinculação não leva necessariamente a um formalismo caricato, de acordo com o qual a aplicação de regras a determinados fatos se dá nos termos de uma inferência lógica. Esse é um espantinho.¹¹⁰ Mas a rejeição dessa caricatura não afasta completamente a importância de algum grau de formalismo para o controle da discricionariedade judicial¹¹¹ e para o próprio funcionamento do

110 MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. 2 ed. Oxford e Portland: Hart, 2005, p. 98.

111 SCHAUER, Frederick, Balancing, Subsumption, and the constraining role of legal text, op. cit., p. 312. Para Schauer, a questão central a respeito da argumentação jurídica diz respeito ao grau com que os materiais do direito (especialmente o texto das disposições legais) impõem limites aos julgamentos ilimitados e potencialmente variáveis de tomadores de decisão no âmbito do direito.

direito¹¹². Um formalismo não caricato, entendido como o ato de considerar as referências textuais pretensamente autônomas em relação aos objetivos por elas buscados e, ao mesmo tempo, resistentes à consideração de outras razões incidentes em casos concretos¹¹³, revela-se importante não só porque promove virtudes caras do Estado de Direito, como porque a deferência a opções legislativas manifestadas em textos é um facilitador do controle democrático da atividade jurisdicional. Por esses motivos, faz sentido acreditar que a pergunta correta a ser respondida não é “formalismo – e, com ele, textualismo – ou não?”, mas sim “qual grau de formalismo?”.¹¹⁴

É questionável, porém, como o texto pode servir como razão suficiente para a tomada de decisão em certos casos em um modelo que não apenas estimula o particularismo como também concebe os processos de tomada de decisão jurídica como processos que *sempre* envolvem uma atividade construtiva. É certo que texto e norma não se confundem. Mas, para Perlingieri, “[a] clareza, na verdade, é uma eventual *posterius*, não um *prius* da interpretação”.¹¹⁵ Disposições textuais são sempre o ponto de partida de um processo de interpretação. No entanto, a norma que se extrai para o caso concreto não precisa necessariamente ser um reflexo dos limites semânticos do texto potencialmente aplicável. Afinal, a norma para o caso concreto “deve estar em conformidade com os princípios e os valores do ordenamento e deve resultar de um procedimento argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente de acordo com as escolhas de fundo do ordenamento”.¹¹⁶ Assim, é perceptível por que a orientação normativa do direito civil constitucional é a de busca da solução

112 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 31.

113 SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988. ALEXANDER, Larry. “Comigo é tudo ou nada”: formalismo no direito e na moralidade. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 166. SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically?. **The University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 3, p. 636-670, summer 1999, p. 638-640.

114 SUNSTEIN, Must formalism be defended empirically?, op. cit., p. 640.

115 PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 3. PERLINGIERI, **Perfis do direito civil**, op. cit., p. 71.

116 PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 3.

adequada para o caso à luz da *Constituição*.¹¹⁷ Nesse quadro, os textos legislativos tendem a ter um papel secundário na decisão judicial, pois nada impede que eles se reduzam a apenas mais um elemento a ser considerado por aquele que precisa construir respostas jurídicas para casos específicos.

A chave para sustentar a rejeição a qualquer prioridade ao texto no processo de formação do conteúdo normativo está em uma teoria hermenêutica que parte da impossibilidade de as palavras possuírem algum tipo de significado que não dependa da consideração de relações entre o objeto que se quer designar por meio delas e a experiência. Esta parece ser a inspiração hermenêutica da pauta civil constitucional. Para Perlingieri “não existe (...) um sentido imanente à palavra, este é a relação (e nada mais) entre o texto e um objeto ao qual se refere”.¹¹⁸ Interpretar é, para o autor, uma necessidade permanente para a individuação da resposta adequada para o caso, que é necessariamente a que se mostra “mais compatível com os interesses e valores em jogo”.¹¹⁹ Isso porque as palavras não podem ser consideradas compreensíveis sem que se leve em conta as referências necessariamente externas, como “um contexto material ou um contexto de experiência”, que lhe dão significado efetivo.¹²⁰ E, no direito, defende o autor que os referenciais para a identificação desses contextos estão nos valores fundamentais que garantem a unidade e o sentido do ordenamento. Interpretar é, por isso, uma tarefa de construção de sentidos imersa na sistemática do texto e na axiologia da ordem jurídica, e não uma atividade focada exclusivamente em identificar o sentido de disposições textuais.

Avaliar criticamente essa concepção hermenêutica exige um retorno ao tema dos casos difíceis. Mas, desta vez, não como uma questão pragmática relacionada aos efeitos atrelados ao

117 Para Perlingieri, mais uma vez, “o controle de conformidade da lei à Constituição é uma constante de qualquer interpretação para fins aplicativos, de qualquer aplicação que procure individualizar, em uma *questio facti*, em um caso concreto, a solução que não poderá não ser coerente, adequada e razoável e então correspondente à tábua dos valores normativamente relevantes, presentes na Constituição”. PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 3-4.

118 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 68.

119 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 72.

120 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, op. cit., p. 68-69.

amplo endosso do direito civil constitucional, tal qual explorada anteriormente. Neste ponto, é preciso discutir se a existência de *casos claros* que possam decorrer da simples compreensão das formulações textuais de comandos legislativos – expressões de casos fáceis – é uma possibilidade conceitual. O raciocínio é simples: se casos claros não são possíveis, o holismo permanente sugerido pelo direito civil constitucional pode ser mais facilmente justificado, mesmo em um regime democrático amparado na separação de poderes. Para Perlingieri, essa visão parece fazer sentido. Não porque casos claros não sejam possíveis. Mas porque a clareza não decorre de algum tipo de entendimento não mediado do sentido de textos, e sim da estabilização de interpretações sobre as palavras que o compõem.¹²¹ Para o autor, a clareza não é uma qualidade das palavras. Ela é, na verdade, o produto de uma relação entre texto, valores e realidade que se deixa conhecer *após* o processo de interpretação. Nessa linha, não é surpreendente que Perlingieri rejeite o brocardo *in claris non fit interpretatio* e afirme que “[o] intérprete não pode limitar-se a levar em consideração a fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*”.¹²²

Mas seria realmente indefensável a visão de que as referências textuais não podem ser suficientes para a observância de uma regra sem que, para tanto, seja necessária qualquer interpretação?¹²³ Parece-me que não. A defesa de uma resposta negativa para aquela questão parte da possibilidade de se sus-

121 Sobre os problemas dessa visão v. LEAL, Fernando. Comments on Susanna Pozzolo's 'Easy case and legal routine'. *Revista brasileira de filosofia* 240, ano 62, v. 240, p. 214-219, jan/jun. 2013, p. 216-218.

122 PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, op. cit., p. 71-72.

123 A disputa sobre a existência de casos claros no direito, como tantas outras discussões já apresentadas ao longo deste texto, não é recente. Esta é uma questão que está no centro, por exemplo, do famoso debate Hart-Fuller. V. HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, p. 593-629, 1998, p. 593-629 e FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review* 71, p. 630-672, 1958. V. também sobre a existência ou não de casos claros no direito POZZOLO, Suzanna. Easy case and legal routine. *Revista brasileira de filosofia* 240, ano 62, v. 240, p. 195-213, jan/jun. 2013, p. 195-213; LEAL, Comments on Susanna Pozzolo's 'Easy case and legal routine', op. cit., p. 214-219; POZZOLO, Suzanna. About Fernando Leal's commentary. *Revista brasileira de filosofia*, ano 62, v. 240, p.220-221, jan/jun. 2013, p. 220-221 e STONE, Martin. Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e Interpretação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47-143. V. ainda ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. *Verantwortbares Richterrecht. Eine rechtstheoretische und methodenkritische Untersuchung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 121 e ss.

tentar que, ainda que se aceite que as palavras sejam potencialmente indeterminadas, existem exemplos paradigmáticos que mostram acordos sobre a sua aplicação em diversos casos.¹²⁴ Sustentar essa visão não parece ser uma tarefa tão complicada. Ordinariamente recorreremos a exemplos considerados claros para definir o sentido de certos conceitos, ainda que possamos admitir diferenças entre os objetos por eles designados. Assim, ainda que haja diferenças substantivas entre xadrez, futebol e paciência, não há dúvidas relevantes entre falantes da língua portuguesa que os três são espécies de “jogos”.¹²⁵ E isso independentemente de qualquer atividade interpretativa. Ao contrário. Quando alguém, sob circunstâncias normais, não reconhece ou questiona a aplicabilidade da palavra “jogo” a esses casos ou a quaisquer outros considerados exemplos-padrão, dizemos que esta pessoa não domina o uso do conceito.¹²⁶ E, por mais que seja possível atribuir a conceitos patologias como a textura aberta da linguagem e a eles relacionar a derrotabilidade como característica insuperável, esses não parecem ser traços que sejam capazes de eliminar a existência de amplos acordos sobre a aplicabilidade clara de conceitos e, para o que é central nesta objeção, das *regras* que deles se servem para a formulação de suas prescrições em algumas situações.

Ao contrário do que parece supor Perlingieri, compreender o que exige uma disposição legislativa não depende necessariamente de algum esforço interpretativo. Desvincular “compreender” de “interpretar” é importante para se sustentar a possibilidade de haver *fidelidade* ao direito apenas com base no que as regras, por meio das suas palavras, *dizem* – e esta é a chave para que as disposições legislativas sejam capazes de vincular e, dessa forma, limitar a atividade judicial. No limite, entender que compreender não depende necessariamente de interpretar é o que permite reconhecer quando alguém está, de fato, *seguindo* uma regra.

124 Sobre esta interpretação do que Hart pretende quando diferencia casos centrais de casos de penumbra relacionados a conceitos, v. MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. 2 ed. Oxford e Portland: Hart, 2005, p. 102.

125 O exemplo é de MARMOR. Cf. *Interpretation and legal theory*, op. cit., p. 102.

126 MARMOR, *Interpretation and legal theory*, op. cit., p. 103.

Não há, por um lado, divergência entre o que se afirma neste ponto e o que Perlingieri sugere quando defende que o significado de palavras e regras estão relacionados a algum contexto. Mas isso não significa dizer, por outro, que identificar o sentido das prescrições formuladas por meio de regras e aplicá-las em casos concretos depende da consideração de valores, sejam eles os propósitos buscados pelas regras ou qualquer outro estado de coisas considerado juridicamente relevante, como se eles pavissem uma ponte entre a regra e o curso de ação a ser adotado em um caso.¹²⁷ A observância da práxis é relevante porque “o sentido das regras é determinado pelas próprias ações, ou seja, pelo modo como as regras são *aplicadas*”.¹²⁸ Compreender uma regra significa, portanto, ser capaz de determinar as ações que estão com ela de acordo, o que não significa interpretar, mas simplesmente transparecer o que significa obedecer ou não a uma regra.¹²⁹ Regras e palavras precisam ser capazes de se referir a casos e ações independentemente da evocação de outros elementos. Voltando ao direito civil constitucional, acreditar que uma interpretação constitucional é sempre necessária para que se defina a aplicação de uma regra, por exemplo, do Código Civil, é uma maneira de simplesmente reconhecer que, no fundo, juízes sempre criam *novas* regras. Isso porque, se uma regra não é capaz de determinar quais ações estão com ela de acordo, tampouco uma interpretação pode fazê-lo. A consequência do endosso dessa visão é simples: há sempre criação de padrões de comportamento em cada caso. Como afirma Marmor, “[a] interpretação é só uma outra formulação da regra, por meio da qual uma formulação [a legislativa] é substituída por outra [a judicial], como se aquela fosse.”¹³⁰ Neste contexto, mesmo que se admita que os casos claros são o produto das interpretações, e não governados por relações semânticas, a atividade judicial permanece no cen-

127 Sobre essa visão, com explícita inspiração em Wittgenstein, v. MARMOR, *Interpretation and legal theory*, op. cit., p. 114-115.

128 MARMOR, *Interpretation and legal theory*, op. cit., p. 115. Grifo no original. V. também STONE, *Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é*, op. cit., p. 71 e ss.

129 MARMOR, *Interpretation and legal theory*, op. cit., p. 115.

130 MARMOR, *Interpretation and legal theory*, op. cit., p. 114.

tro, pois é ela que deve lidar com a indeterminação radical do direito assumida pelo direito civil constitucional.¹³¹ Nesses termos, permanece questionável o quanto o direito civil constitucional é capaz de fornecer uma teoria da interpretação e uma teoria normativa da decisão jurídica compatíveis com algum grau de vinculação a decisões legislativas.

6. A EXPANSÃO DOS LIMITES DO DIREITO: POR QUE SEPARAR O RACIOCÍNIO JURÍDICO DO RACIOCÍNIO MORAL?

A valorização da dignidade humana, a busca constante por conformidade constitucional e a proposta de uma leitura moral da Constituição formulada por alguns autores do movimento¹³² tendem a diluir as fronteiras entre o jurídico e o moral. Em uma outra imagem, o direito civil constitucional cria condições para uma inundação do direito por padrões de moralidade, sejam eles oriundos da amplitude do conceito de dignidade e da concepção que vincula a tarefa do direito à sua máxima proteção, sejam eles decorrentes do particularismo preocupado com as melhores respostas para casos específicos. O efeito mais drástico dessa inundação é o de corrosão completa do lado formal do direito.

A sobreposição produzida não só afeta os critérios para a identificação do direito válido, como também os processos de tomada de decisão jurídica de uma maneira particular. O tipo de vinculação entre direito e moral sugerido pela doutrina civil constitucional, que contribui para o aumento de casos difíceis, prescreve a funcionalização das situações patrimoniais à tutela de opções existenciais e investe em uma teoria decisória ao mesmo tempo particularista, antiformalista e metodologicamente desparametrizada, na medida em que precisa confiar em um trabalho dogmático¹³³ que, até o momento, não se pode assumir ser suficiente para controlar as incertezas dos processos de tomada de decisão judicial, impede a diferenciação entre raciocínio

¹³¹ Sobre a relação entre necessidade permanente de interpretação e indeterminação global do direito v. STONE, Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é, op. cit.

¹³² PERLINGIERI, A doutrina do direito civil na legalidade constitucional, p. 9.

¹³³ A construção de uma dogmática adequada à proposta civil constitucional é uma das preocupações centrais do movimento. V. TEPEDINO, O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais, op. cit., p. 371.

jurídico e o raciocínio prático. No mundo civil constitucional, tomar decisões jurídicas não parece ser diferente de tomar decisões morais, pois o correto parece gozar de prioridade absoluta sobre o formal. Além disso, neste mundo, todos os dilemas morais se tornam problemas jurídicos.¹³⁴ No limite, basta para tanto simplesmente relacionar a qualquer situação concreta uma restrição ou a possibilidade de promoção da dignidade humana. Em resumo: tudo o que é moral é juridicamente relevante e a maneira adequada de lidar com essas questões é raciocinar moralmente. Ambas as consequências colocam em xeque, em um nível mais elevado, o papel do próprio direito na realidade social ou, sob uma certa perspectiva, os seus próprios méritos morais.

Para construir o meu argumento, parto de duas teses. Ambas são controvertidas, mas, apresentadas da forma mais branda possível, podem ser, a meu ver, consideradas pouco problemáticas. A primeira é a de que o direito realiza alguns objetivos socialmente importantes. E isso independentemente do reconhecimento de que o direito está *necessariamente* a serviço de certos fins. A segunda é a de que a existência do direito se justifica por algumas deficiências da moralidade. E isso independentemente do endosso de alguma teoria específica sobre a natureza do direito – *i.e.* sem que seja necessário subscrever uma teoria positivista ou não positivista. A partir dessas duas teses, pretendo justificar, ao contrário do que o direito civil constitucional leva a crer, por

¹³⁴ Não me parece evidente, nesse sentido, que problemas como os de abandono afetivo ou de cabimento de danos morais por rompimento de namoro ou noivado sejam, em si, problemas propriamente jurídicos, ainda que sejam problemas morais. No que diz respeito ao abandono afetivo, há entendimento do STJ no seguinte sentido: “[c]omo escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização”. V. Resp. 757.411/MG, p. 9. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que “[o] abandono afetivo do pai em relação ao filho não enseja o direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor. Logo, não há responsabilidade civil, pretérita ou atual, do pai em relação ao filho, face à ausência de conduta ilícita ou antijurídica daquele”. V. Apelação Cível nº 1.0702.03.056438-0/001 – MG. Quanto à possibilidade de ocorrência de dano moral em decorrência de rompimento de noivado, o STJ entendeu: “[n]ão há, portanto, comprovação nos autos de que o autor ou sua filha tenham sido submetidos a um comportamento abusivo do réu capaz de corroborar a compensação indenizatória pleiteada na exordial, já que a situação gerada por uma desilusão amorosa, por si só, é insuficiente para ensejar a responsabilidade civil, como bem restou salientado na sentença”. V. Ag. Resp. 249.898/MG, p. 2 e 3. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Paraná atestou que “[a] simples ruptura de noivado não legitima só por isso a pretensão indenizatória, se não vislumbrada ilicitude no rompimento”. V. Apelação Cível nº 1426280/PR.

que o direito só é social e, sobretudo, moralmente justificável se for possível separar, ainda que esta seja uma questão de grau, tanto o que é jurídico do que é moral como o raciocínio jurídico do raciocínio moral.

Em relação à primeira tese, é discutível se o direito como um todo está necessariamente a serviço de certos fins. Kelsen, por exemplo, concebe o direito apenas como um meio específico¹³⁵. Dworkin, por sua vez, estipula que o ponto ou propósito da prática jurídica é justificar o exercício da coerção estatal.¹³⁶ Shapiro, por fim, vincula à atividade jurídica o propósito fundamental de remediar as deficiências morais do que chama de “circunstâncias da juridicidade”.¹³⁷ Essas disputas profundas sobre se a natureza do direito está relacionada a fins e sobre *quais* seriam esses fins, que envolvem considerações sobre os próprios projetos metodológicos de autores que se propõem a oferecer teorias sobre a natureza do direito, não impedem, porém, que se reconheça que o direito inegavelmente *realiza* certas coisas. Como diz Green, fazendo referência a Hart, o direito, por exemplo, “regula a conduta humana por meio de regras”.¹³⁸ Esse é um fato que pode ser reconhecido para além de disputas sobre se “regular comportamentos” é um objetivo a que certas práticas sociais deveriam necessariamente aspirar ou necessariamente realizar para que possam ser caracterizadas como direito. Da mesma forma, nada impede que se reconheça que, ao guiar comportamentos ou dissolver desacordos morais particulares, o direito acaba produzindo estados de coisas que podem ser classificados como *moralmente* valiosos, ainda que não se defenda, mais uma vez,

135 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 1. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1934, 1ª. ed., p. 32.

136 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 8. ed., 1993, p. 93.

137 Esta é chamada de “moral aim thesis”. V. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: **The Belknap Press of Harvard University Press**, 2011, p. 213. Os problemas por trás das circunstâncias da juridicidade envolvem basicamente os custos e os riscos relacionados ao desenvolvimento de planos diferentes do direito – considerado como um grande plano pelo autor – para lidar com problemas morais numerosos, importantes e de solução complexa. Porque outras alternativas não conseguem lidar eficientemente com essas circunstâncias é que o direito se desenvolve como grande mecanismo de planejamento social para lidar com questões morais complexas.

138 GREEN, Leslie. *Law as a means*. In: CANE, Peter (Ed.). **The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century**. Oxford and Portland: Hart, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1351304>>. Acesso em: 5 ago. 2015, p. 2.

que a busca pela realização desses objetivos não é o que define conceitualmente o direito. Reconhecer que o direito pode realizar estados de coisas que podem ser valorados moralmente chega a ser trivial a ponto de não ser objeto de discussão relevante entre positivistas e não positivistas.¹³⁹ O ponto nevrálgico da discussão neste momento, porém, é saber *como* ou *por quais meios* o direito produz estados de coisas moralmente valiosos. É neste aspecto que a diluição do lado formal do direito, estimulada em alguma medida pelo direito civil constitucional, torna-se um alvo para objeções contundentes.

Parece inquestionável no atual nível de sofisticação a que os debates sobre a natureza do direito chegaram que traços formais e institucionais desempenham um papel central para diferenciar o direito e o raciocínio jurídico da moral e do raciocínio prático em geral. Se esta é uma tese amplamente difundida entre positivistas¹⁴⁰, ela também pode ser encontrada em não positivistas como Dworkin¹⁴¹ e Alexy¹⁴², na medida em que ambos também concebem diferenças entre processos de tomada de decisão jurídica e processos de tomada de decisão no âmbito da moral, como a necessidade de se levar a sério (i) regras como razões para a ação que atuam sobre o comportamento individual de uma maneira *diferente* do modo como atuam razões morais¹⁴³ ou (ii) ou-

139 Sobre este ponto argumenta Raz: "For example, it is a conceptual point about the law that it can be morally evaluated as good or bad, and as just or unjust, just as it is a conceptual fact about black holes that propositions like 'this black hole is morally better or more just than that' make no sense. So there are conceptually necessary connections between law and morality which no legal positivist has any reason to deny." Cf. RAZ, Joseph. The Argument from Injustice, or How not to Reply to Legal Positivism. In: PAVAKLOS, George (Org.). *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart, p. 17-35, 2007, p. 21.

140 V., por exemplo, HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford [u.a.]: Oxford University Press, 1961, p. 249; SCHAUER, Balancing, Subsumption, and the constraining role of legal text, op. cit., p. 315-316; ALEXANDER, "Comigo é tudo ou nada": formalismo no direito e na moralidade, op. cit.; RAZ, Joseph. Incorporation by law. In: RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. New York [u.a.]: Oxford University Press, 2009, p. 187, 192 e RAZ, Joseph. Reasoning with rules. In: RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. New York [u.a.]: Oxford University Press, 2009, p. 204-205.

141 Em favor dessa visão, SCHAUER, Balancing, Subsumption, and the constraining role of legal text, op. cit., p. 315.

142 ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991. e ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *ARSP*, v. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.

143 Nessa linha, afirma Raz que "[m]orality, unlike the law or the norms governing the university or any other social institution, is not a system of rules". RAZ, Incorporation by law, op. cit., p. 184.

tros aspectos formais e institucionais que limitam ou impedem a busca pelas melhores respostas possíveis para questões práticas específicas. Assim, independentemente de disputas sobre o caráter necessário da vinculação entre direito e finalidades e sobre o conteúdo desses propósitos, se o direito realiza estados de coisas moralmente relevantes, é porque existem certos traços típicos do direito que o diferenciam da moral. E entre esses traços estão características formais, como levar a sério regras escritas e o raciocínio por subsunção.¹⁴⁴

Justificar por que, do ponto de vista moral, faz sentido diferenciar os pontos de vista jurídico e moral nos leva à segunda tese anteriormente anunciada. De acordo com ela, a existência do direito e o seu funcionamento peculiar dos processos jurídicos de solução de questões práticas é algo *moralmente* valioso. Com outras palavras, se há motivos para se levar a sério o lado formal do direito, que se expressa, por exemplo, na consideração da autonomia do texto das regras, na assunção do caráter autoritativo de precedentes e na força vinculante de procedimentos, eles não decorrem de versões caricatas de formalismos e positivismos, mas podem ser reconduzidos a argumentos morais. E aqui, mais uma vez, em larga medida para além das disputas entre positivistas e não positivistas. Para Shapiro, representante do positivismo exclusivo, como anunciado, a adoção do direito como um abrangente mecanismo de planejamento é indispensável para resolver os problemas de custo e de coordenação que a moralidade não consegue eliminar.¹⁴⁵ Para o autor, a simples possibilidade de tornar critérios de validade de normas jurídicas *dependentes* de elementos morais já impede que regras jurídicas possam garantir algum tipo de conformidade com as suas prescrições de uma maneira que afete o processo de tomada de decisões práticas dos seus destinatários capaz de diferenciá-lo do raciocínio prático geral.¹⁴⁶ Para Alexy, por sua vez, a positividade

144 SCHAUER, Balancing, Subsumption, and the constraining role of legal text, op. cit., p. 316.

145 Na mesma linha, ALEXANDER, "Comigo é tudo ou nada": formalismo no direito e na moralidade, op. cit, p. 184-185. Para o autor "[o] direito, na forma de regras formais, é uma solução para o problema dos limites do conhecimento moral" (p. 184).

146 SHAPIRO, Scott J. Law, morality, and the guidance of conduct. *Legal Theory*, v. 6, n. 2, p. 127-170,

do direito também é uma necessidade para lidar com deficiências da busca por correção em um ambiente não ideal e sem instituições jurídicas. Afinal, nada garante, em um mundo governado apenas pela busca por correção, (i) que uma única resposta para problemas práticos será encontrada – e, ainda que sua existência seja possível, que ela possa ser conhecida –, (ii) que as respostas morais, uma vez encontradas, serão observadas e (iii) que haverá a organização social necessária para que objetivos morais valiosos sejam realizados.¹⁴⁷ Por isso, segundo o autor, a necessidade das instituições jurídicas e da positividade do direito decorre de exigências morais de se evitar os custos da anarquia e da guerra civil e de se alcançar as vantagens da coordenação e da cooperação sociais.¹⁴⁸ É a relevância da segurança social em um mundo subideal que justifica uma prioridade *prima facie* da dimensão de segurança jurídica frente à dimensão de justiça, que só é invertida quando, por exemplo, o reconhecimento da validade de certas normas ou a sua aplicação produzir injustiças extremas.¹⁴⁹ Mas a realização de propósitos moral e socialmente importantes só é possível quando se leva a sério o lado formal do direito. Nessas bases, tanto na visão de Alexy como de Shapiro, (i) conceber regras legisladas e precedentes como razões fortes para a tomada de decisão, (ii) criar limites para que a inadequação moral seja razão suficiente para a declaração de invalidade de normas promulgadas em consonância com os procedimentos estabelecidos para a criação de obrigações jurídicas e postas por autoridades determinadas como responsáveis por dizer o que o direito é em certa ordem jurídica e (iii) reconhecer a subsunção como um tipo de raciocínio tipicamente jurídico são cruciais para que o direito seja funcionalmente relevante para a realização de objetivos moral e socialmente desejáveis em um mundo dotado de características que tornam sem sentido a busca permanente pelas me-

jun. 2000.

147 ALEXY, Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, op. cit. p. 158. Alexander, em linha próxima, afirma que o acordo vinculante para lidar com problemas morais possibilitado pelo direito resolve problemas de coordenação, expertise e eficiência. V. ALEXANDER, “Comigo é tudo ou nada”: formalismo no direito e na moralidade, op. cit. p. 16 e ss..

148 ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 167-182, jun. 2010, p. 173.

149 ALEXY, Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, op. cit. p. 159.

lhores respostas em cada problema prático.

Como se percebe, em ambos os casos a justificação moral da própria existência do direito exige que os processos de solução de problemas se desenvolvam de maneiras diferentes nos planos jurídico e moral. E a aptidão do direito para realizar objetivos moralmente relevantes depende dessa diferenciação. Assumir, portanto, que os pontos de vista jurídico e moral não precisam coincidir não pressupõe que a moralidade esteja sendo descartada. Ao contrário, há boas razões que justificam por que a moral consegue acomodar o direito e, assim, se se parte da ideia de que ela sempre está potencialmente presente na solução de questões práticas, *excluir-se*, mesmo que parcialmente, dos processos de tomada de decisão *jurídica*. Se se pode assumir que as determinações do direito são consideradas normativamente válidas e vinculantes, não é, portanto, porque elas retiram a sua legitimidade do próprio direito. Como diz Raz, o direito não dá autoridade à moral. É a moral que dá autoridade ao direito.¹⁵⁰ Não há, assim, nada que conceitualmente nos impeça de observar esse conjunto de normas que impõem obrigações a que chamamos de “direito”, mesmo quando essas disposições levem a resultados concretos subótimos do ponto de vista moral *em nome de virtudes morais*. Tentar, portanto, aproximar direito e moral, raciocínio jurídico e raciocínio prático, a ponto de apagar as fronteiras que os diferenciam – como parece sugerir o direito civil constitucional –, pode ter inspirações nobres, como a busca pelas melhores respostas para problemas práticos a partir da consideração de toda a riqueza dos detalhes de cada caso. Entretanto, não se pode esquecer, esse mesmo caminho pode significar deixar de lado muito do que torna o direito social e moralmente atraente.

CONCLUSÃO: FUNCIONALISMO OU INSTRUMENTALISMO?

O direito civil constitucional, como inicialmente anunciado, é sem dúvida um dos movimentos de maior êxito na trajetória jurídica brasileira inaugurada pela Constituição federal de

150 RAZ, Joseph. Incorporation by law. In: RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. New York [u.a.]: Oxford University Press, 2009, p. 189-190.

1988. Isso se explica, ao menos em parte, não só pelas bandeiras cativantes que, no geral, levam a consensos quase que imediatos em seu favor – a rejeição a um formalismo caricato e o compromisso com a realização de direitos fundamentais são apenas dois simples exemplos nesse sentido –, como pela real necessidade, vivenciada, sobretudo, após os primeiros anos de vigência da atual Constituição, de harmonização de algumas disposições do Código Civil e de alguns institutos clássicos da disciplina às prescrições constitucionais e à dogmática – em especial à dogmática dos direitos fundamentais – que se construiu nos últimos anos no país.

As nobres pretensões da teoria, contudo, não impedem a localização de problemas em suas bases. Neste trabalho, tentei desenvolver seis pontos que, a meu ver, podem dificultar a aceitação tão rápida de uma perspectiva específica, tal qual proposta pelo movimento civil constitucional, para compreender e enfrentar problemas privados e as normas que os afetam. No fundo, todos os seis pontos convergem para corroer aquela que parece ser a principal revolução teórica pregada pelo discurso de busca por conformidade constitucional: a *funcionalização* de todo o direito civil, incluídos neste pacote os seus institutos tradicionais, as regras que o conformam e os processos de solução de problemas dessa natureza, para a realização da dignidade humana na solução do maior número possível de problemas jurídicos.

Ao contrário do que se poderia pensar, porém, as críticas levantadas não pretendem necessariamente atacar esse objetivo. Elas tentam, na verdade, apenas apontar os aspectos das construções teóricas do direito civil constitucional que tendem a transformá-lo em uma teoria *instrumentalista* do direito civil. Este é um perigo que ronda constantemente teorias normativas da tomada de decisão jurídica orientadas na realização de objetivos. Em sua versão mais extremada, a orientação do processo de justificação de decisões jurídicas na realização de objetivos conduz a um modelo decisório que conjuga um consequencialismo de primeira ordem com um ceticismo de regras.¹⁵¹ Nesse contexto, o material

¹⁵¹ Sobre essa caracterização de instrumentalismo v. LEAL, *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 273.

jurídico pretensamente autoritativo não é capaz de vincular tomadores de decisão. Ele é, na verdade, livremente manipulado para sustentar juízos normativos singulares que, no fundo, decorrem das preferências individuais daqueles a quem se atribui competência para construir, com os olhos voltados para o alcance de fins muito amplos, a resposta constitucionalmente adequada para cada caso concreto. Reduzido a um simples meio para a implementação de fins, o direito não é mais do que “an empty vessel without built-in restraints”.¹⁵² A desfuncionalização do direito é, nesses termos, o produto de um modelo decisório orientado na realização de objetivos vagos, na necessidade de consideração de muitos elementos normativos (incluindo os compromissos menos densos da Constituição), na ausência de qualquer prioridade em favor de regras legislativas, na carência de critérios e métodos operacionalizáveis capazes de limitar as opções decisórias e no particularismo.¹⁵³ Não por acaso, essas são as principais objeções que consegui formular ao direito civil constitucional a partir da filosofia constitucional e da teoria do direito. Superá-las, e evitar, assim, que o amplo endosso do direito civil constitucional leve a um colapso instrumentalista, parece ser uma tarefa ainda não completamente realizada pelos defensores do movimento. Não, pelo menos, se o direito civil constitucional for compreendido apenas como uma teoria normativa da decisão judicial que pode ser diretamente aplicada, nos termos apresentados, para a solução de casos concretos. Mas, se não for isso, e o direito civil constitucional limitar as suas pretensões normativas à reorientação de esforços doutrinários de construção de parâmetros para a tomada da decisão jurídica em compromissos constitucionais, avanços são necessários para que, naquilo em que pode ser decisivo para o estabelecimento de uma nova maneira de se pensar o direito civil, o movimento não fique estacionado no “ponto zero” da dogmática jurídica.¹⁵⁴ ❖

152 TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 273.

153 LEAL, *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 274 e ss.

154 O mesmo tipo de crítica é formulado por Jestaedt para se referir à insuficiência dos complexos instrumentos metodológicos desenvolvidos pela teoria dos princípios para, sem trabalho dogmático comple-

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. **Verantwortbares Richterrecht. Eine rechtstheoretische und methodenkritische Untersuchung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

ALEXANDER, Larry. “Comigo é tudo ou nada”: formalismo no direito e na moralidade. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165-200.

ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Org.). **Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein**. Berlin: De Gruyter Recht, p. 771-779, 2003.

_____. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **ARSP**, v. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.

_____. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 232- 261, 1995.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. The dual nature of law. **Ratio Juris**, v. 23, n. 2, p. 167-182, jun. 2010.

_____. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006.

_____. **Theorie der juristischen Argumentation**. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

_____. On balancing and subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 1-19, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2014.

_____. **Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação**

mentar, que ela possa cumprir as suas promessas de conduzir processos decisórios concretos e, assim, garantir algum tipo de controle da discricionariedade judicial. V. JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen. In: Otto Depenheuer *et al.* (Org.). **Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee**. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, p. 268-269.

dos Princípios Jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 61-79, 2005.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 04 de ago. 2015.

_____. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. In: _____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 285-329.

BLACK, Julia. Forms and paradoxes of principles-based regulation. **Capitol Markets Law Journal**, v. 3, n. 4, p. 425-457, Oxford University Press, set. 2008.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: _____. **Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006, p. 189-229.

CAROZZA, Paolo G. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: a reply. **The European Journal of International Law**, v. 19, n. 5, p. 931-944, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Org.). **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, p. 207-218, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 8. ed., 1993.

EIDENMÜLLER, Horst. **Effizienz als Rechtsprinzip**. 3. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

FACHIN Luiz Edson. A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações e Contratos – obrigações: estrutura e dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 229-236 (coleção doutrinas essenciais, v. 1).

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism, **Canadian Journal of Philosophy**, v. 1, n. 1, p. 105-124, set. 1971.

FRANKENBERG, Günter. Tyranei der Würde? Paradoxien und Parodien eines Höchstwertes. In: do mesmo autor (Org.). **Autorität und Integration**. Suhrkamp, p. 270-282, 2003.

FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, **Harvard Law Review** 71, p. 630–672, 1958.

GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylon Von. **An introduction to the comparative study of private law: readings, cases, materials**. New York: Cambridge University Press, 2006.

GORDLEY, James. **Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment**. New York: Oxford University Press, 2006.

GREEN, Leslie. Law as a means. In: CANE, Peter (Ed.). **The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century**. Oxford and Portland: Hart, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1351304>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. 4. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994.

HART, H.L.A. **The Concept of Law**. Oxford [u.a.]: Oxford University Press, 1961.

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, p. 593-629, 1998.

HENRY, Leslie Meltzer. The Jurisprudence of dignity. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 160, set. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1928768>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HUSAK, Douglas N. Legal Paternalism. In: LaFOLLETTE, Hugh (Org.). **The Oxford handbook of practical ethics**. New York [u.a.]: Oxford University Press, p. 387-412, 2003.

JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen. In: Otto Depenheuer *et al.* (Org.). **Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee**. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, p. 253-275.

KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Stuttgart: Philipp Reclam, 2008.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 1. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1934.

LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. **Arquivos de Direitos Humanos**, v. 7, p. 41-67, 2007.

_____. Comments on Susanna Pozzolo's 'Easy case and legal routine'. **Revista brasileira de filosofia** 240, ano 62, v. 240, p. 214-219, jan/jun. 2013.

_____. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

_____. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. **Revista de Direito do Estado**, 16, p. 87-116, 2009.

_____. **Ziele und Autorität**. Baden-Baden: Nomos, 2014.

LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2 ed. Oxford e Portland: Hart, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://empreendimentosjuridicos.com.br/site/wp-content/uploads/2015/06/>>

CaminhosDireitoCivilConstitucional-Maria-Celina-B-Moraes.pdf>. Acesso em 01 set. 2015.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O princípio da dignidade humana. In: _____. (Org.), **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o seu respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009, p. 225-240.

NEVES, Marcelo. Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz Iolau. In: COSTA, José Augusto F.; ANDRADE, José Maria Aruda; MATSUO, Alexandra Mery H. (Orgs.). **Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, t. II, 2013, p. 1149-1172.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11.

_____. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POZZOLO, Suzanna. Easy case and legal routine. **Revista brasileira de filosofia** 240, ano 62, v. 240, p. 195-213, jan/jun. 2013.

_____. **About Fernando Leal's commentary**. *Revista brasileira de filosofia*, ano 62, v. 240, p.220-221, jan/jun. 2013.

RAZ, Joseph. The Argument from Injustice, or How not to Reply to Legal Positivism. In: PAVAKLOS, George (Org.). **Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart, p. 17-35, 2007.

_____. Incorporation by law. In:_____. **Between authority and interpretation**. New York [u.a.]:Oxford University Press, 2009, p. 182-202.

_____. Reasoning with rules. In:_____. **Between authority and interpretation**. New York [u.a.]:Oxford University Press, 2009, p. 203-219.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Matthias (Org.). **Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. New York [u.a.]: Oxford University Press, 2012, p. 307-318.

_____. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988.

_____. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. **Thinking like a lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 123-158.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: do mesmo autor, (Org.) **Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 15-43.

SCHLINK, Bernhard. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. **Europäische Grundrechte Zeitschrift**, p. 457-468, 1984.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Die Welt als Wille und Vorstellung**. 1. ed. Leipzig: Brodhau, 1844.

SHAPIRO, Scott J. Law, morality, and the guidance of conduct. **Legal Theory**, v. 6, n. 2, p. 127-170, jun. 2000.

_____. *Legality*. Cambridge: **The Belknap Press of Harvard University Press**, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002.

_____. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STONE-SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Faculty and Affiliate Scholarship Series**, Paper 14, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14/>. Acesso em: 1 out. 2014.

STONE, Martin. Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei (Org.). **Direito e Interpretação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47-143.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?. In: _____. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Direito FGV/Malheiros, 2012, p. 60-84.

SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically?. **The University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 3, p. 636-670, summer 1999.

TAMANAH, Brian Z. **Law as a means to an end: threat to the rule of law**. New York: Cambridge University Press, 2006.

TEIFKE, Nils. **Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchstrangigen**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: do mesmo autor (Org.). **Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 356-371.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

Divulgação de Lista de Visitantes a Detento e Direito à Privacidade e Intimidade: Critérios para Ponderação com os Direitos Fundamentais à Liberdade de Informação e de Imprensa

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Doutorando em Direito, Instituições e Negócios na Universidade Federal Fluminense - UFF. Ex-Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro – TRE-RJ (Biênio 2014/2016). Professor dos cursos de pós-graduação da FGV. Professor da EMERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro - IDAERJ. Autor dos livros: “Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras”, 4ª edição, editora Fórum; e “Tópicos de Direito Administrativo”; editora Ímpetus. Temas de Direito Público (Estudos de Direito Constitucional e Administrativo). Lumen Juris.

Rodrigo Vieira Farias

Residente jurídico na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito e Advocacia Pública pela UERJ. Advogado, pesquisador e autor de artigos científicos na área de Direito Público.

Resumo: no artigo, busca-se discutir a aparente colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade com a liberdade de informação e de imprensa, decorrentes da divulgação da lista de visitantes de presidiários. Busca-se traçar critérios para ponderação dos direitos fundamentais incidentes no caso para, ao final, concluir pela juridicidade da publicização da informação, desde que respeitados certos parâmetros.

Palavras-chave: liberdade de imprensa; direito à privacidade; direito à intimidade; sistema prisional; divulgação de lista de visitantes; ponderação; direitos fundamentais.

Abstract: *in the article, we seek to discuss the apparent collision between the fundamental rights to privacy and intimacy with freedom of information and the press, arising from the disclosure of the list of prisoners' visitors. It seeks to outline criteria for weighing the fundamental rights in the case in order, in the end, to conclude by the legality of the publication of information, provided that certain parameters are respected.*

Keywords: *freedom of the press; right to privacy; right to intimacy; prison system; dissemination of the list of visitors; weighting; fundamental rights.*

Sumário: Introdução; 1. O preso e a relação especial de sujeição com a Administração Pública; 2. A legitimidade da divulgação da lista de visitantes de detento; 2.1. Noções gerais; 2.2. A prevalência do direito à informação e da liberdade de imprensa. Legitimidade da divulgação da lista de visitantes; 2.2.1. A liberdade de imprensa como direito fundamental de prevalência. Reparação *a posteriori* de eventuais danos decorrentes de abuso no exercício direito; 2.2.2. Parâmetros necessários para a divulgação da lista de detentos. Indispensabilidade de proteção de dados pessoais sensíveis do visitante; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o sistema penitenciário ganhou as manchetes do noticiário e a atenção de especialistas como talvez nunca antes visto. Impactado, de certa forma, pelo encarceramento de personalidades conhecidas no cenário político no âmbito da

Operação Lava Jato, temas como superlotação de unidades prisionais, concessão de benesses em favor de detentos que sejam figuras públicas, soltura de detentos (sobretudo os idosos com mais de 60 anos de idade¹) para evitar disseminação da pandemia do coronavírus, dentre outros, viram sobre si holofotes oriundos de inúmeras direções.

Um dos pontos de análise, pela literatura, foi a questão atinente às visitas em presídios. Nesta linha, *e.g.*, os limites ao exercício do direito do detento de se consultar com seu advogado, a legitimidade de condicionamento e restrição a visitas íntimas para prevenção do contágio por doenças sexualmente transmissíveis², a própria subsistência ou não do direito à visita íntima, e outros, foram objeto de estudo.

No presente trabalho, conexo ao tema das visitas (embora não diretamente relacionado ao desenvolvimento do assunto), buscar-se-á demonstrar a possibilidade e os limites da divulgação das listas de visitantes de detentos, uma vez solicitado o acesso a este dado com base no direito de acesso à informação e, em sendo destinado ao exercício da atividade jornalística, lastreado na liberdade de imprensa, direitos fundamentais constantes do artigo 5º, incisos IX e XIV, e do artigo 220, ambos da Constituição Federal de 1988.

O ponto central do estudo será a análise da colisão possível e aparente destes direitos fundamentais com o direito fundamental à intimidade, previsto no artigo 5º, inciso X, da mesma Constituição Federal de 1988, de titularidade do detento, e o resultado da ponderação na aplicação destes direitos fundamentais.

1. O PRESO E A RELAÇÃO ESPECIAL DE SUJEIÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O problema posto para análise cuida da colisão possível e aparente entre quatro direitos fundamentais, previstos, respecti-

1 <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/26/justica-manda-eduardo-cunha-para-prisao-domiciliar-por-risco-de-coronavirus.htm> - acessado em 27-03-2020

2 Sobre o tema, ver o nosso artigo WILLEMANN, Flavio de Araújo. Visita íntima a detentos em presídios – possibilidade de condicionamentos e de restrição para evitar contágio de doenças sexualmente transmissíveis. In: *Temas de Direito Público (estudos de Direito Constitucional e Administrativo)*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 227-250.

vamente, no artigo 5º, incisos IX, X, XIV e XXXIII³, e no artigo 220, ambos da Constituição Federal de 1988⁴: de um lado, a intimidade do custodiado e, de outro, a liberdade de informação do cidadão e de obtenção de informações de interesse coletivo ou geral junto à Administração Pública e, ainda, a liberdade de imprensa.

É importante destacar, de início, uma premissa relevante para a conclusão a ser apresentada ao final: o preso, por estar custodiado em cadeia pública, encontra-se em uma ***relação especial de sujeição*** para com o Poder Público, o que possibilita e legitima, em nome do interesse público devidamente comprovado e motivado em valor constitucional, atuação limitadora ou condicionadora de seus direitos fundamentais. Confira-se, a propósito, a doutrina de **JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO**, ao tratar da possibilidade de condicionamentos ao exercício de direitos fundamentais de pessoas que se encontram em ***relação especial de sujeição*** para com o Estado:

“Nas considerações feitas atrás sobre os limites dos direitos fundamentais tivemos apenas em conta o chamado *estatuto geral dos cidadãos*. **Mais há outras pessoas colocadas numa situação especial geradora de mais deveres e obrigações do que aqueles que resultam para o cidadão com o tal. Referimo-nos às chamadas relações especiais, tradicionalmente designadas de relações especiais de poder (ou até estatutos de sujeição). Como exemplos, referem-se as situações dos funcionários públicos, dos militares e dos presos.**

3 “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:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

4 Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Além de deverem ter fundamento na Constituição (cfr. art. 270), cumpre apurar sempre se a especificidade estatutária exige restrições aos direitos fundamentais (*princípio da exigibilidade*).

(...)

Finalmente, as relações especiais de poder serão susceptíveis de originar problemas de *ordenação* entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos *direitos fundamentais* mediante uma tarefa de *concordância prática e de ponderação* possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. Finalmente, os estatutos especiais conducentes a restrições de direitos devem ter como “referência” instituições cujos fins e especificidades constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos (cfr art. 269, para função pública, e art. 275 para as Forças Armadas, e Acs do TC 31/84, 75/85 e 103/87).

Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (*irrenunciabilidade dos direitos fundamentais*) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitis deminutio*. Trata-se tão somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional. Não é uma ordem extraconstitucional, mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, *de-vedo encontrar o seu fundamento na Constituição* (ou estar, pelo menos, pressuposto). (...).”⁵ negritei e grifei.

5 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999, p. 436-437.

Também devem ser transcritas as lições de **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO** acerca da possibilidade de se restringir o exercício de direito nas **relações especiais de sujeição**:

“Em algumas situações, é possível cogitar de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista acharem-se os seus titulares numa posição singular diante dos poderes públicos. Há pessoas que se vinculam aos poderes estatais de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa medida de interferência sobre os seus direitos fundamentais. Nota-se nestes casos uma duradoura inserção do indivíduo na esfera organizativa da Administração. “A existência de uma relação desse tipo atua como título legitimador para limitar os direitos fundamentais, isto é, justifica por si só possíveis limitações dos direitos dos que fazem parte dela”. (Ana Aba Catoira, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Madrid: Tecnos, 2001, p.159).

Notam-se exemplos de relações especiais de sujeição no regime jurídico peculiar que o Estado mantém com os militares, com os funcionários públicos civis, com os internados em estabelecimentos públicos ou com estudantes em escola pública. O conjunto de circunstâncias singulares em que se encontram essas pessoas induz um tratamento diferenciado com respeito ao gozo dos direitos fundamentais. Há “específica condição subjetiva [desses sujeitos] é fonte de limitações” (Ana Aba Catoira, ob. Cit, p. 162).

(...)

O estatuto dessas relações especiais de poder deve ter fundamento na Constituição, admitindo-se a ordenação específica de alguns direitos, quando necessária para o atingimento dos fins constitucionais que justificam es-

sas relações. A legitimidade da compressão dos direitos fundamentais há de ser apurada mediante um esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos em cada caso. Não se pode partir do pressuposto de que, nos casos de inclusão voluntária nestes estatutos, o indivíduo tenha renunciado aos direitos fundamentais (que são irrenunciáveis em bloco). A limitação aos direitos se torna admissível quando se construir em meio necessário para a obtenção dos fins, com respaldo constitucional, ínsitos às relações especiais de poder. Por isso, essas limitações hão de ser proporcionais, não tocando todos os aspectos da vida do sujeito.”⁶ Grifei e gritei.

A orientação da jurisprudência, ainda que de maneira tímida, reconhece a *relação especial de sujeição* a que se encontra o preso, a justificar o condicionamento ou restrição de direitos fundamentais de sua titularidade por razões juridicamente relevantes, em especial, com vistas a resguardar a segurança do estabelecimento prisional e da sociedade. Basta ver, nesta linha de argumentação, o reconhecimento da recepção do artigo 41, inciso XV e parágrafo único da Lei de Execuções Penais⁷ (Lei Federal n° 7.210, de 11 de julho de 1984) pela Constituição Federal de 1988, os quais preveem a possibilidade de acesso, pela autoridade penitenciária, ao conteúdo de cartas enviadas ou recebidas por detentos. Nesse sentido, confira-se a posição do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILI-

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 325-326.

7 Art. 41 - Constituem direitos do preso:

[...]

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

[...]

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

ZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. [...] - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (HC 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-00176-01 PP-01136) Grifei e negritei.

Partindo-se desta premissa, qual seja, a de que o preso se encontra sob *relação especial de sujeição* para com o Estado, o que legitima a imposição de condicionamentos e de restrições ao exercício de direitos fundamentais, estuda-se a possibilidade jurídica de ser disponibilizada lista de pessoas que visitaram determinado detento, em nome dos direitos fundamentais de acesso à informação e da liberdade de imprensa, em se tratando de requerente que exerce atividade jornalística.

2. A LEGITIMIDADE DA DIVULGAÇÃO DA LISTA DE VISITANTES DE DETENTO

2.1. Noções gerais

Como antes referido, há, na hipótese, colisão possível e aparente entre quatro direitos fundamentais previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos X, XIV e XXXIII, e no artigo 220, ambos da Constituição Federal de 1988: de um lado, a intimidade do custodiado e, de outro, a liberdade de informação do

cidadão e de obtenção de informações de interesse coletivo ou geral junto à Administração Pública, e a liberdade de imprensa.

Não compartilhamos da posição jurídica que sustenta a impossibilidade de restrição dos direitos fundamentais, devendo ser interpretados extensivamente, não sendo passíveis de serem ponderados com outros princípios/valores constitucionais⁸. Doutrina e jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, conforme assevera DANIEL SARMENTO⁹, admitem a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, por meio de ponderações de interesses feitas pelo Poder Judiciário e, em algumas situações, até mesmo pela Administração Pública, como parece ser a hipótese sob análise. É impossível, porém, aniquilar o direito fundamental como um todo; é necessário achar o ponto ótimo ou os “limites dos limites”¹⁰.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 tratou das limitações de direitos do preso:

“Art. 5º (...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

8 WILLEMANN, Flávio de Araújo. Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode de Detentos do Sistema Prisional: Higiene x Dignidade da Pessoa Humana. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 67, jan/mar 2018, p. 117-136.

9 SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional* - 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70.

10 SARMENTO, Daniel. *Ibid.* p. 70. Relevantes as observações de Américo Bedê Júnior: “A privacidade deve ser prestigiada pelo operador do direito, o direito de estar só é protegido, mas desde que não haja um motivo ilegítimo para e estar só. Não se pode distorcer, com ameaças características de regimes totalitários, a compressão de que não só a propriedade tem que cumprir sua função social, mas de que o direito à intimidade também tem que ter uma função social. Ninguém defenderia que qualquer cidadão tem o direito de construir bombas em sua residência ou planejar um ataque terrorista. Não há um único modo de vida legítimo, vivemos a era multicultural, mas isso não significa uma intimidade absoluta, pelo contrário, reforça a necessidade de compreender que o alcance do direito individual é finito, uma vez que é preciso equacioná-lo com o respeito aos direitos fundamentais dos outros cidadãos e aos deveres do Estado, dentre os quais se destaca o de segurança.” BEDÊ JÚNIOR. Américo. *A RETÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE. A validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 76.

- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) **suspensão ou interdição de direitos**”;

A suspensão ou restrição ao direito de liberdade do condenado pela prática de ilícito penal está, portanto, prevista na própria Constituição Federal de 1988, que permite, ainda, que a lei, ao regular a individualização da pena, adote outras medidas, como a suspensão ou interdição de direitos.

Quando a CRFB/88, no art. 5º, inciso XLVI, alínea “e”, permite que a lei adote a “suspensão ou interdição de direitos”, não dispõe sobre o conteúdo ou limite dessa medida punitiva. Não estão previstas na Constituição todas as restrições aos direitos do preso; tal atividade foi delegada à lei (CPP ou leis esparsas) e, por consequência lógica, à autoridade pública (judiciária ou não) a quem incumbe interpretá-la.

Entendemos por isso que, no caso em análise, valendoneos da técnica de ponderação de valores constitucionais¹¹, a liberdade de informação do cidadão, assim como a liberdade de imprensa, se realizada a solicitação para o exercício desse direito fundamental, devem prevalecer, justificando a disponibilização da lista de visitantes do detento. Explica-se.

11 Resumindo as valiosas lições do Professor e Ministro Luís Roberto Barroso, a técnica da ponderação perpassa por três etapas, sendo a última a aplicação do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) para a decisão do caso concreto. Confirma-se: “É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. (...) nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve ponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento das demais, isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*.” (BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 335-336).

2.2 A prevalência do direito à informação e da liberdade de imprensa. Legitimidade da divulgação da lista de visitantes

O preso¹² encontra-se sob relação especial de sujeição, eis que segregado da sociedade em razão de decreto judicial e sob custódia do Estado. Dessa forma, a imposição de condicionamentos específicos ao exercício de direitos fundamentais de sua titularidade se mostra legítima, desde que respeitada a proporcionalidade da medida imposta e justificada a limitação a partir de argumentação fundamentada em valor constitucional.

A prisão não pode restringir em grau máximo direitos fundamentais do detento que não a liberdade ambulatorial e demais atingidos pela sentença ou pela lei, como se extrai de interpretação sistemática do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e, no plano infraconstitucional, do artigo 3º da Lei de Execução Penal¹³ (Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984). Porém, o exercício de seus direitos fundamentais pode vir a sofrer limitações em razão de sua condição, sendo indispensável a motivação em outro valor constitucional.

É o que se passa com o direito fundamental à intimidade do detento na hipótese sob exame, o qual não prepondera em juízo de ponderação de valores constitucionais com a liberdade de informação e de acesso a informações de interesse coletivo, assim como a liberdade de imprensa.

Não há razões jurídicas (genericamente considerados os fatos) para justificar o anonimato das pessoas que visitam detentos em prisões ou dos próprios custodiados. A sociedade, salvo comprovada razão de segurança nacional, tem o direito de ser informada sobre pessoas que visitam detentos custodiados pelo Estado, notadamente se tal informação se revela útil ao interesse público e para embasar escolhas democráticas previstas na Constituição Federal de 1988 e nas normas infraconstitucionais, especialmente pleitos eleitorais.

¹² Utiliza-se a expressão “preso” como gênero, englobando todo e qualquer indivíduo que se encontre privado de sua liberdade ambulatorial em razão de decreto judicial.

¹³ Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Não se deve perder de perspectiva que a Constituição Federal de 1988 conferiu importância significativa ao **direito à informação**, tanto que lhe outorgou natureza jurídica de **direito fundamental** em seu artigo 5º, inciso XIV. Há, ainda, disposições constitucionais outras prevendo a publicidade das informações como regra e seu sigilo como exceção (e.g., artigo 37, *caput* e § 3º, inciso II¹⁴, da CRFB/88). Confira-se, a respeito, as lições de **EDUARDO CAMBI**, ao comentar o princípio da publicidade, constante do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988:

Pelo princípio da publicidade, todo o proceder da Administração Pública, desde que o assunto não integre a esfera de assuntos considerados sigilosos, deve desenvolver-se publicamente, a fim de que o serviço público seja o mais transparente possível, dando oportunidades para que o cidadão possa participar democraticamente da gestão da coisa pública, sobretudo mediante o exercício de atividades fiscalizatórias. [...] salvo quando a ordem pública imponha o dever de sigilo no trato de certos assuntos, como por exemplo a coisa sigilosa relacionada com a segurança da sociedade e do Estado (art. 5.º, XXXIII, da CF/1988) ou com a defesa da intimidade das pessoas (art. 5.º, LX, da CF/1988), devem os atos da Administração Pública ser revestidos da maior publicidade possível, com a finalidade de assegurar o legítimo acesso dos interessados e da população em geral à fiscalização desses atos, os quais podem ser levados à discussão do Poder Judiciário por intermédio das ações constitucionais¹⁵.

14 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:

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

15 CAMBI, Eduardo. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Processo**, vol. 131, p. 58 – 82, jan./2006.

No plano infraconstitucional, a Lei de Acesso a Informação (Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), em consonância com os referidos ditames constitucionais, tem como uma de suas diretrizes a observância da **publicidade como preceito geral** e o **sigilo como exceção**, nos termos de seu artigo 3º, inciso I¹⁶. No Estado do Rio de Janeiro, o artigo 2º, inciso II, do Decreto Estadual nº 46.475, de 25 de outubro de 2018, reproduz *ipsis literis* o dispositivo.

Comentando a respeito da referida diretriz da Lei de Acesso à Informação, **MARCO ANTONIO KARAM SILVEIRA** aponta:

A república do Estado Constitucional exige a visibilidade plena do poder, e o poder em uma república se exerce pela democracia. A república está presente na exigida transparência das condutas dos agentes públicos e das ações que realizam. A densificação da forma republicana de governo está no traço da exigência de efetiva tutela do direito pela estrutura político-administrativa. A transparência das ações dos sujeitos obrigados é marca do Estado aberto a todos que dele participam. A transparência vincula-se ao valor democrático, no sentido de que informações que são de todos, porque públicas, devem estar disponíveis a todos.

Como se extrai, os valores base da lei em exame são a democracia e a república. A democracia está no amplo e, em regra, no irrestrito acesso às informações de caráter público, instrumento básico da possibilidade de participação do cidadão na vida política. Significa o exame, pelo cidadão, de quão democrático é o exercício da democracia pelos seus representantes. Possibilita ao cidadão a conferência do exercício do poder, abrindo espaço para a inserção da sociedade no Estado, no cerne do

16 Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

[...]

local da tomada de decisões. O essencial à democracia é o exercício das liberdades e dos direitos fundamentais para assegurar que ‘as ações governamentais sejam subtraídas ao funcionamento secreto de câmara de conselho, desentocadas das sedes ocultas em que procuram fugir dos olhos do público, esmiuçadas, julgadas e criticadas quando tornadas públicas’.

Assim, e aqui o ponto nodal para a correta interpretação e aplicação de seu conteúdo, a lei tem por escopo a concretização do direito fundamental à informação, marcado pelos valores da transparência, decorrente da república e da democracia. São esses os valores que a lei pretende proteger e atingir, e que, portanto, devem ser considerados como base inafastável de interpretação e aplicação. As informações públicas pertencem ao cidadão, e não ao Estado.

Somente esse eixo axiológico-estruturante de interpretação e aplicação da lei é capaz de potencializar a concretização dos direitos fundamentais na leitura do Estado Constitucional. (SILVEIRA, Marco Antonio Karan. Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) - Democracia, República e transparência no Estado Constitucional. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 927, p. 131-155, jan./2013) Grifei e negritei.

Dessa maneira, sob as perspectivas constitucional e legal, o sigilo na administração pública e daqueles que com ela se relacionam somente se justifica nas hipóteses em que a informação seja passível de *classificação*, procedimento no qual a autoridade pública poderá considerá-la como *ultrassecreta*, *secreta* ou *reservada*, como disposto no artigo 24 da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011¹⁷, ou tida como de natureza pessoal, hipótese

¹⁷ Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

em que terão acesso restrito independente da classificação de seu sigilo, tal como estabelecido no artigo 31, *caput*, e § 1º, inciso I, da mesma Lei¹⁸ e no, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, no artigo 52, § 1º, do Decreto Estadual nº 46.475, de 25 de outubro de 2018, que o reproduz em sua literalidade.

Não nos parece que se possa considerar a lista de pessoas que visitaram um detento sob a custódia do Estado, sobretudo pessoas públicas que exerceram cargos públicos e políticos¹⁹, como de natureza pessoal do detento. A rigor, sequer há informação relacionada ao próprio detento nesta lista – *o que, aprioristicamente, poderia justificar a imposição de sigilo nos termos da Lei de Acesso à Informação e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, do Decreto Estadual nº 46.475 de 2018 -*, mas sim do próprio visitante. E não há direito subjetivo do visitante, previsto em lei, de preservar seu anonimato ao visitar um detento em uma cadeia pública.

Ainda que se pudesse considerar a relação de visitantes do detento como informação de natureza pessoal daquele, a relação especial de sujeição a que se encontra submetido o preso justificaria a divulgação dessa informação, na medida em que o direito à intimidade e à vida privada em tais espécies de relação jurídica pode sofrer limitações proporcionais, notadamente em razão da liberdade de informação e do direito de imprensa livre.

2.2.1. A liberdade de imprensa como direito fundamental de prevalência. Reparação *a posteriori* de eventuais danos decorrentes de abuso no exercício direito

É indiscutível que a Constituição Federal de 1988 conferiu forte prevalência da **liberdade de imprensa**, direito fundamental constante do artigo 5º, inciso IX, e de seu artigo 220. Embora desprovido de natureza absoluta, não se pode olvidar que *a li-*

18 Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; [...]

19 Reiteramos que tal característica não revela relevância absoluta para as conclusões que serão apresentadas; ao contrário, reforçam a tese de que é direito da sociedade obter a informação que se cogita seja sigilosa.

berdade de imprensa é um dos direitos fundamentais correlários da liberdade de expressão, o que justifica a posição apriorística que possui, em juízo de ponderação, com os demais direitos fundamentais aptos a com ela entrarem em choque, em especial, a proteção à intimidade (sobretudo de pessoas públicas ou políticas) e à privacidade.

A imprensa livre, exercida de forma ética, constitui a voz e os ouvidos da sociedade e, por isso, representa um dos pilares centrais da democracia. Vale, no ponto, transcrever a lição de DANIEL SARMENTO:

A liberdade de expressão não constitui um direito absoluto. De acordo com o famoso exemplo invocado pelo juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, essa liberdade não vai ao ponto de proteger a pessoa que grita “fogo!” no interior de um cinema lotado. São inúmeras as hipóteses em que o seu exercício entra em conflito com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente tutelados. Tais conflitos devem ser equacionados mediante uma ponderação de interesses, informada pelo princípio da proporcionalidade, e atenta às peculiaridades de cada caso concreto. Na resolução destas colisões, deve-se partir da premissa de que a liberdade de expressão se situa em um elevado patamar axiológico na ordem constitucional brasileira, em razão da sua importância para a dignidade humana e a democracia. Tal como ocorre em países como Estados Unidos, Alemanha e Espanha, também é possível falar-se no Brasil em uma “posição preferencial” a priori desta liberdade pública no confronto com outros interesses juridicamente protegidos. [...] Outra orientação geral importante é a de que apenas em hipóteses absolutamente excepcionais são admissíveis restrições prévias ao exercício desta liberdade, em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos, e tão somente por meio de decisões judiciais (reserva de jurisdição). A regra geral, que se infere claramente

da nossa Constituição, é a de que os eventuais abusos e lesões a direitos devem ser sancionados e compensados posteriormente. (Grifei e negritei)²⁰.

Como consequência da posição privilegiada de que dispõe a liberdade de expressão no Brasil – *e, naturalmente, a liberdade de imprensa* – eventuais restrições a esse direito fundamental exigem forte ônus argumentativo para serem impostas. Confira-se, neste ponto, o magistério de **ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE**:

Não há impedimento a que o sistema constitucional atribua uma posição privilegiada a certos bens, interesses ou valores, conferindo-lhes uma posição de preferência (relativa) em relação aos demais bens, interesses ou valores constitucionais. É o que ocorre em relação à liberdade de expressão, que, pela sua importância para a ordem jurídico-social, é reconhecida por grande parte da doutrina e da jurisprudência como um direito preferencial *prima facie* [...]

Essa posição preferencial da liberdade de expressão [...] significa não uma superioridade hierárquica desse princípio, inexistente no sistema constitucional, mas a imposição de um ônus argumentativo mais pesado para quem busque restringir ou suprimir essa liberdade. Assim, aquele que considere aplicável uma limitação deve, à luz do caso concreto, com todas as circunstâncias, ser capaz de sustentar as suas razões com fortes argumentos, porque, *prima facie*, a liberdade de expressão (e suas congêneres, a liberdade de informação e de imprensa), pela sua importância para o indivíduo e para o Estado Democrático de Direito, deve prevalecer. (Grifei e negritei)²¹.

20 SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários a Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 525.

21 ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: GZ, 2020, p. 57.

Em sede jurisprudencial, são inúmeros os julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais a prevalência da liberdade de imprensa é reafirmada, declarando a inconstitucionalidade de preceitos que busquem, em maior ou menor grau, restringi-la. A rigor, como já assentado de longa data pelos Tribunais brasileiros, eventual exercício abusivo deste direito fundamental, lesivo a direitos da personalidade, enseja reparação *a posteriori*, sem que seja possível impor censura prévia ou mesmo privilegiar o anonimato.

Confira-se, a título de reforço argumentativo, ementas de decisões da Suprema Corte brasileira sobre a matéria:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. [...] A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIO-

RES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§

1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. [...] 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020) Grifei e negritei.

* * * *

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E

DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. [...]

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e

daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. (ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016) Grifei e negritei.

* * * *

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PRÉVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E À LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se

fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas majorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. (ADI 4451, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019) Grifei e negritei.

* * * *

Direito Constitucional. Agravo regimental em reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afronta ao julgado na ADPF 130. Procedência. 1. **O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial.** 2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 3. **A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades.** 4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito

de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação. 5. Reclamação julgada procedente. (Rcl 22328, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018) Grifei e negritei.

Desse modo, a disponibilização da lista de visitantes de detentos custodiados em cadeias públicas se apresenta como medida idônea, proporcional e razoável a prestigiar a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão, eis que favorece a livre circulação de ideias e, de modo geral, **a informação da sociedade**. Reitere-se que eventual abuso (ilegalidade) resultante da exposição da lista ou da má utilização das informações nela contidas devem ser severamente combatidos pelas vias próprias *a posteriori*, não se justificando a aposição de sigilo ou de censura prévia; afinal, como antes se referiu, não se trata de informação coberta pelo manto do sigilo de informações da Administração Pública ou sendo caracterizada como dado pessoal do detento.

2.2.2. Parâmetros necessários para a divulgação da lista de detentos. Indispensabilidade de proteção de dados pessoais sensíveis do visitante

Fixada a premissa de inexistir ofensa ao direito fundamental à intimidade consistente na divulgação da lista de visitantes de preso sob custódia do Estado, há necessidade de trazer parâmetros no acesso a tal informação, de modo a resguardar o núcleo mínimo do direito à intimidade e proteger dados pessoais sensíveis dos visitantes.

Nesse sentido, sugere-se que, na lista, constem apenas o nome do visitante, bem como dia e horário da respectiva visita. Informações pessoais, tais como identificação civil, CPF e endereço residencial do visitante, por dizerem respeito à sua privacidade e intimidade, têm acesso restrito e devem ser preservadas pela Administração Pública, nos termos do antes citado artigo

31, § 1º, da Lei Federal nº 12.547, de 11 de novembro de 2011 e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, do artigo 52, § 1º, do Decreto Estadual nº 46.475, de 25 de outubro de 2018.

Em relação ao visitante cuja **visita possui natureza íntima** – benefício que, no Estado do Rio de Janeiro, poderá ser concedido pela Administração Penitenciária com fundamento no artigo 67, inciso I, alínea “b”, do Decreto Estadual nº 8.897 de 1996, que regulamentou a aplicação da Lei de Execuções Penais no sistema prisional fluminense – **mostra-se razoável a oposição de sigilo na divulgação do nome do visitante.**

Em tal hipótese, o visitante, por força do artigo 41, inciso X, da Lei de Execuções Penais²² e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, do artigo 18 da Resolução SEAP nº 142 de 2006²³ (*ato normativo que disciplina a visita aos internos custodiados em unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro*), somente poderá ser o cônjuge ou companheiro, o que, por si só, deixa evidente a forte natureza íntima da visita, que, como é de conhecimento convencional, se destina essencialmente à prática de atos sexuais.

Deve-se levar em conta, ainda, a menor relevância social e a maior facilidade de acesso à informação em tal hipótese, eis que o nome do cônjuge ou companheiro do preso pode ser obtido por meio de requerimento de certidão junto aos órgãos de registro civil ou de notas correspondentes e, ainda, em se tratando de cônjuge ou companheiro, presume-se que a visita seja realizada.

Dessa forma, em se tratando de visita qualificada como “íntima”, justifica-se a retirada, quando do fornecimento da listagem de visitantes do detento, do nome do cônjuge ou do companheiro (a), de modo a resguardar a sua intimidade, tendo em vista o objetivo precípuo da visita íntima, da menor relevância social, de maior necessidade de manter intacto o direito à vida privada, notadamente sob a perspectiva sexual, e da maior facilidade de acesso à informação em tal hipótese.

²² Art. 41 - Constituem direitos do preso:
[...]

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

²³ Art. 18 – Será concedida ao(s) preso(a) a visita íntima de seu cônjuge ou companheiro(a).

CONCLUSÃO

Adotam-se as seguintes conclusões neste trabalho:

- I. O preso se encontra sob relação especial de sujeição para com o Poder Público, o que possibilita e legitima, em nome do interesse público devidamente comprovado e motivado em valor constitucional, a imposição de condicionamentos ao exercício de seus direitos fundamentais;
- II. No juízo de ponderação entre os direitos fundamentais à intimidade do custodiado, pessoa pública, e, de outro, a liberdade de informação do cidadão e de obtenção de informações de interesse coletivo ou geral junto a Administração Pública, prevalecem estes;
- III. Não se considera a lista de pessoas que visitou uma pessoa pública, sob custódia do Estado, como de natureza pessoal do detento;
- IV. Ainda que se pudesse considerar a relação de visitantes do detento como informação de natureza pessoal, a relação especial de sujeição a que se encontra submetido o preso justificaria a divulgação dessa informação;
- V. Não há direito subjetivo dos visitantes de presos em cadeias públicas de não terem seus nomes divulgados quando houver requerimento de interessados. Não há direito subjetivo dos visitantes ao anonimato;
- VI. Sugere-se que, na lista, constem apenas o nome do visitante, bem como dia e horário da respectiva visita. Informações pessoais, tais como identificação civil, CPF e endereço residencial do visitante, por dizerem respeito à sua privacidade e intimidade, têm

acesso restrito e devem ser preservadas, nos termos do artigo 31, § 1º, da Lei Federal nº 12.547, de 11 de novembro de 2011 e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, do artigo 52, § 1º, do Decreto Estadual nº 46.475, de 25 de outubro de 2018;

- VII. O visitante em **visita íntima** deve ter o nome suprimido da listagem de visitantes disponibilizada aos requerentes, com vistas a proteger sua intimidade, diante do objetivo típico desta modalidade de visita (atos sexuais), de quem pode realizá-la, da menor relevância social da informação e da maior facilidade de obtenção por outros meios. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDÊ JÚNIOR. Américo. **A RETÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE. A validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Processo**, vol. 131, p. 58 – 82, jan./2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999.

SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários a Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional* - 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVEIRA, Marco Antonio Karan. Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) - Democracia, República e transparência no Estado Constitucional. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 927, p. 131-155, jan./2013.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode de Detentos do Sistema Prisional: Higiene x Dignidade da Pessoa Humana. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 67, jan-mar./2018, p. 117-136.

_____. Visita íntima a detentos em presídios – possibilidade de condicionamentos e de restrição para evitar contágio de doenças sexualmente transmissíveis. In: **Temas de Direito Público (estudos de Direito Constitucional e Administrativo)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 227-250.

Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar

Daniela Mara Silva Campos

Graduanda do curso de Direito da Faculdade Kennedy de Minas Gerais

Ana Aparecida de Oliveira

Graduanda do curso de Direito da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. Com auxílio e apoio da Ex- Des. Maria Berenice Dias, Canadá: Parlamento Canadense e da Província Nova Scotia

Raquel Santana Rabelo

mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa, pós-graduada em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Católica de Minas Gerais, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS).

Resumo: Na contemporaneidade, a adoção homoafetiva é um assunto de grande repercussão sociocultural, produzindo reflexo e mudanças na estrutura da entidade familiar. O estudo versará sobre a igualdade de direitos dos casais heterossexuais e homoafetivos, no tocante à adoção, sobretudo considerando-se o reconhecimento da união estável homoafetiva como uma modalidade de família com direito à parentalidade por meio de adoção. Nesse escopo, o trabalho analisará se adoção homoafetiva seria também uma forma viável de garantir às crianças em abandono o direito de convívio familiar.

Palavras-chave: adoção, família, casais homoafetivos

Abstract: In contemporaneity homoaffective adoption is a subject of great sociocultural repercussion, producing reflection and changes in the structure of the family entity. The study will focus on the equality of rights of heterosexual and homosexual couples in relation to adoption, especially considering the recognition of stable homoaffective union as a family modality with the right to parenthood through adoption. In this scope, the paper will analyze whether homoaffective adoption would also be a viable way of guaranteeing children in abandonment the right to family life.

Keywords: adoption, family, homoaffective couples

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema principal a adoção homoafetiva e os desafios de uma nova concepção familiar, a partir da discussão sobre igualdade de direitos dos casais heterossexuais e homoafetivos, no tocante à adoção. Parte-se do reconhecimento da união estável homoafetiva como uma modalidade de família e, portanto, com direito à parentalidade por meio da adoção. A adoção nada mais é que, incluir no seio familiar, uma criança que se encontra em estado de abandono, trazendo para a vida dos envolvidos laços de afeto e amor. No entendimento de Dias, 2005. A adoção decorre de um ato de vontade; ela se efetiva no fator sociológico e não biológico. Entende-se que é um ato de amor por parte da pessoa que decide adotar e uma possibilidade para o adotando de ter um lar.

O foco desta pesquisa será, portanto, o estudo da adoção por casais homoafetivos, no que tange à sua regulamentação e repercussão na atual sociedade.

Desse modo, ao se considerar a hipótese da adoção homoafetiva, tem-se uma nova possibilidade de proteção a crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnera-

bilidade. A regulamentação da adoção homoafetiva possibilita a emissão de certidão de nascimento com os nomes dos pais adotantes, sejam hétero ou homoafetivos, o que constitui uma garantia aos direitos do menor adotado de ter sua filiação nos documentos que registram sua paternidade, como qualquer outro infante.

Uma das questões que norteou a realização deste estudo foi, com o reconhecimento da união homoafetiva como novo modelo de família contemporânea, como se dá a adoção por parte do casal nessa circunstância, no tocante ao registro do menor que é adotado, em todas as suas nuances. Com o intuito de buscar resposta a essa questão, a pesquisa ora apresentada tem como objetivo analisar adoção por parte de casais homoafetivos, de modo a verificar a ocorrência ou não de tratamento igualitário em relação aos casais heterossexuais.

Para o desenvolvimento da pesquisa, tendo em vista o objetivo proposto, buscou-se delinear os conceitos de família e adoção, apresentando um estudo sobre a evolução do conceito de família e suas formas de constituição, bem como realizou-se uma análise da legislação vigente no que diz respeito à adoção, e dos tratados internacionais de proteção à criança e ao adolescente, que tratam de questões relativas à adoção.

De inexorável relevância jurídico-cultural, a adoção homoafetiva é um assunto de grande repercussão nos dias atuais, haja vista sua capacidade de promover mudanças na estrutura da entidade familiar. Desse modo, como qualquer inovação de relevo na sociedade, desencadeia alterações e adaptações no ordenamento jurídico, tanto interno quanto internacional, por meio de novas regulamentações, que visam a conformar a norma positivada com a realidade vivida. Assim sendo, frente à relevância do tema na atualidade, faz-se necessária a análise tanto dos aspectos legais nacionais e internacionais quanto dos mecanismos práticos de operacionalização da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Conceito e evolução histórica de família

Desde os primórdios da existência humana, registrada pela história, a família desempenhou um papel preponderante na vida do indivíduo, uma vez que representava a forma pela qual ele se relacionava com o meio em que vivia. O vocábulo “família” deriva do latim *família*, que se origina de *famulus*, designando o servidor, o criado.

A família, na antiguidade, era entendida como lócus onde reinava o *pater*, abrigo, em seu âmago, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e servos. Nesse contexto, a família desempenhava funções políticas, de defesa do solo e de organização social. Funções econômicas, que lhe garantiam a sobrevivência, além de funções biológicas e psicológicas, muito se aproximando da sua formação natural. Ou seja, a família representava o instrumento social de preservação e desenvolvimento da espécie, atuando decisivamente na formação dos seus membros.

Em Roma, a família conheceu diversas formas. Na época clássica, apresentava uma estrutura tipicamente patriarcal, detendo o *pater familiae* o controle total da entidade familiar enquanto vivesse. Na lição de José Carlos Moreira Alves, dois eram os sentidos empregados para o termo “família” pelos juristas romanos: em sentido amplo, abrangia o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e sob cujo poder estavam caso ele estivesse vivo. Em sentido estrito, o termo era empregado para designar o complexo de pessoas que estavam sob a *potestas* do *pater familiae*.

Com Constantino, no século IV d.C, uma nova concepção de família penetrou na realidade romana - a concepção cristã. No lugar da grande família romana, veio a família formada por casal e sua prole, cuja coesão se fundamentava no sacramento do casamento. A introdução de uma concepção mais individualista, durante o século XIX valorizou, na Europa, o nascimento da família nuclear. E fez surgir, também, a família monoparen-

tal, fruto do instituto do divórcio e da filiação extramatrimonial, passando assim a coexistirem várias modalidades de família. No Brasil, a família, tal como é conhecida, sofreu influências da família romana, da família canônica e da família germânica e foi profundamente alterada pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O conceito de família, considerada célula *mater* da sociedade, segundo MALUF (2010, p.304):

[...] sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, diferindo-se das formas antigas em face das suas finalidades, composição e papel de seus componentes em seu seio, com a mulher adquirindo os mesmos direitos que o marido. Inovou a Constituição Federal de 1988 ao reconhecer como entidade familiar outras modalidades de família, como a oriunda da união estável e da monoparentalidade, conferindo-lhes um caráter de legitimidade. MALUF (2010, p.304).

Nessa perspectiva, a história das relações familiares, apresentada sinteticamente anteriormente, desemboca no quadro social familiar complexo que se observa atualmente. As liberdades individuais se apresentam cada vez mais fortes, ao mesmo tempo em que institutos que anteriormente eram relegados pelo Direito ganham proteção jurídica para atender às novas demandas da sociedade. Ou a demandas que já existiam, mas eram oprimidas em razão de algum mecanismo de dominação. Entre esses institutos, que agora são juridicamente tutelados, tem-se o afeto, que entrou no mundo do direito por intermédio das relações de filiação e, também, das relações homoafetivas. E a tomada de consciência de questões envolvendo os direitos fundamentais e o respeito ao futuro das próximas gerações. (MALUF, 2016.)

De acordo com Maria Berenice Dias, a família é um conjunto de pessoas que se encontram unidos por laços de parentesco. Esses laços podem ser de dois tipos: vínculos por afinidade, como o casal e consanguíneos, como a filiação entre pais e filhos. Entretanto, a família pode ser diferenciada segundo o grau de

parentesco existente entre seus membros. Assim, encontramos a família nuclear, formada somente pelos pais e pelos filhos; a família extensa, ou tradicional, que inclui os tios, primos e avôs; a família composta, que é formada quando um dos pais é o mesmo e o outro varia, sendo os filhos ligados pelo vínculo consanguíneo com algum desses pais em comum e, a família parental, na qual os filhos só vivem com um dos pais. Toda essa tipologia também sofre variações conforme a cultura específica da sociedade na qual estará inserida, inexistindo, portanto, qualquer uniformidade a ser designada.

A Constituição Federal de 1988 é fundada no princípio da igualdade de todos, sendo vedado qualquer tipo de discriminação. Em seu artigo 227, parágrafo 6º, a Constituição eliminou a distinção entre filhos adotivos e biológicos:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Seguindo essa mesma perspectiva, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, em seu preâmbulo, propugna que:

A família unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os membros e em particular das crianças deve receber a proteção e assistência necessários para que possa assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade. A criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão. (SANTOS, 2005, p.185)

Desse modo, a Constituição Federal veda qualquer menção discriminatória em relação à filiação, trazendo a legitimidade en-

tre todos os filhos, independentemente da origem de seu nascimento. A legislação emprega, ainda, o termo “família” tendo em vista o critério sucessório, de alimentos, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.

2.2 A nova concepção de família e seus desafios

A família em geral se organiza de diferentes formas, o que suscitou a necessidade de uma regulamentação, em lei, que lhe amparasse juridicamente. Ou seja, foram normalizadas as novas formas de relações entre familiares, compreendendo, inclusive, como família a união estável. Em outras palavras: “não há campo, pois, para a família universalmente considerada como modelo único, hermético, estanque e intocável”. (CURY, 2001, p.29)

Com o amadurecer da própria sociedade, por razões culturais, sociais, políticas, ideológicas, etc. - o afeto, o respeito, a vontade de seguir juntos e o tratamento igualitário, vêm se tornando o elo entre os componentes de uma família. Com efeito, o elo biológico ou genético, sozinho, não se sustenta nos dias de hoje, representando o afeto, portanto, um dos pilares da construção de uma relação familiar saudável. Segundo Dias (2008),

[...] é indispensável ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de entidade familiar os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontades, merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar. Por isso é necessário reconhecer que, independente da exclusividade do relacionamento ou da identidade sexual do par, as uniões de afeto merecem ser identificadas como entidade familiar, gerando direitos e obrigações aos seus integrantes. (DIAS, 2008, p.292)

A família é um meio social de se criar vínculos de afeto, organizada através de regras culturalmente elaboradas, que conformam modelos de comportamento e que mudam constantemente com a sociedade. Assim, a família é formada por indivíduos ligados entre si ancorados em fatos de ordem biológica ou de

ordem afetiva, tendo uma de suas finalidades a busca de alegria e felicidade. Nesse contexto, as regras culturais têm o papel de garantir a existência de grupos, que primeiramente serão marginalizados pela sociedade para depois serem aceitos e passarem a ser protegidos pelo Estado. É por isso que a família homoafetiva está sendo timidamente abraçada pela sociedade, haja vista a constante mudança dos seus pontos de vista. Apesar de ainda haver muito preconceito em relação ao homossexual, percebe-se um começo de evolução cultural.

Para Bühring e Michelon (2010),

O princípio da igualdade é suficientemente abrangente para recolher fatores que têm servido de base para não equiparações e preconceitos como a orientação sexual, fazendo com que as pessoas sigam sua orientação sexual. A orientação sexual não pode ser vista como forma de discriminação, visto que o princípio da igualdade serve como base de proteção da livre orientação sexual. (BÜHRING; MICHELON, 2010, p. 392)

Vale ressaltar que, sob a visão dos direitos e garantias constitucionais, como meio de resguardar os princípios da liberdade de orientação sexual, afetividade, igualdade e respeito às diferenças, os casais homoafetivos têm o direito de constituir e ser reconhecidos como família, independentemente do sexo ou da orientação sexual.

A inclusão social de todas as entidades familiares alicerçadas em laços de afeto, independentemente de matrimônio ou união estável, como a família homoafetiva, que é formada por duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de formar uma entidade familiar, visando à comunhão plena de vida e de interesses, de forma pública, contínua e duradoura, refletem o perfil da Constituição em proteger a família de maneira ampla.

Por livre exercício da homoafetividade, entende-se o direito de casais homoafetivos de se apresentarem à sociedade como casal, da mesma forma que os casais heteroafetivos, sem discriminações de qualquer natureza. Outro ponto de grande

relevância para as famílias homoafetivas é o reconhecimento de seu *status* familiar, pois assim vão deixar de ser tratadas no âmbito obrigacional e serão inseridas no Direito de Família. Já que, efetivamente, formam um vínculo familiar, conforme frisado pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, em 2011, decidiu pela equiparação da União Homoafetiva à União Estável, conforme descrito pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2002.

A proteção constitucional às entidades familiares deve ser entendida de maneira ampla, uma vez que todas as entidades familiares, independentemente de casamento civil ou de declaração de união estável ou de orientação sexual, são resguardadas pelos princípios da afetividade, igualdade e liberdade de orientação sexual, para a plena busca por felicidade.

Os Princípios de Yogyakarta, de 2006, são o documento internacional de maior relevância quanto aos direitos dos casais homoafetivos. Aqui, destaca-se o Princípio 24, *in verbis*:

Princípio 24. Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Menciona quais os deveres dos Estados-Membros:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não defi-

nidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração¹.

2.3 O instituto da adoção por casais homoafetivos

No Brasil, na vigência das Ordenações Filipinas, a adoção era um instituto pouco valorizado, sendo vetado ao adotado citar os nomes dos pais adotivos. Existiam duas espécies de adoção baseadas no direito romano. A adoção em sentido estrito, destinada aos incapazes, e a *ad rogatio*, destinada aos capazes. O Decreto de n.181/1890 amparou o instituto da adoção no país. E o Código Civil de 1916 disciplinou a adoção nos artigos 368 a 378. Valorizava-se o interesse do casal adotante, não o do menor. A adoção era vista como um corretivo para a impossibilidade de o casal gerar filhos naturais. Destaca-se uma forma de adoção popularmente conhecida como adoção à brasileira. Nesse tipo de adoção, o adotante tornava-se o pai de filho de outrem, simplesmente registrando-o como se fosse seu ascendente, sem obedecer aos trâmites legais.

Antes do Código Civil de 1916, somente os maiores de 50 anos poderiam adotar. Com a modificação advinda da Lei n. 3.133, de oito de maio de 1957, os maiores de 30 anos de idade passaram a ter o direito de adotar, e as pessoas casadas deveriam esperar o lapso de cinco anos. A Lei n. 4.655/65 estabeleceu uma relação sólida entre adotante e adotado, como filhos biológicos. Em 1979, o Código de Menores substituiu a legitimação adotiva pela plena, passando o adotado a integrar a família adotiva como filho biológico.

Na Constituição Federal de 1988, a concepção de adoção passou atribuir ao adotado a condição de filho, sem diferenciá-

¹ Princípio de Yogyakarta. Disponível em: <https://www.clam.org.br>. Acesso em 05 mar./2017

-lo dos filhos consanguíneos. A partir da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção passou a ser possível aos maiores de 21 anos, independentemente de estado civil, com ou sem prole e, ainda, reiterou o texto da Constituição, ao atribuir, em seu artigo 41, a condição de filho ao adotado, garantindo-lhe os direitos e deveres sucessórios e desligando qualquer tipo de vínculo com a família natural.

A adoção atualmente está intimamente ligada à afetividade e afinidade. É um meio pelo qual o ser humano passa a ter filhos, ou seja, é através da adoção que se dá pais a quem não os tem, criando assim um vínculo de filiação, no qual os adotantes trazem para sua família pessoas estranhas na condição de seus filhos, pois a paternidade/maternidade funda-se no desejo de amar e ser amado.

Com a referida equiparação da união homoafetiva à união estável, sendo a união estável reconhecida como necessária para a adoção conjunta, de acordo com artigo 42 do ECA, passou a existir o requisito formal que possibilita o deferimento do cadastro/adoção conjunta do casal homoafetivo. Sem prejuízo, caso a caso, deverá passar pelo crivo do juízo competente cada pedido específico, que, diante do caso, avaliará a possibilidade de concessão em pleito conjunto. Segundo os aspectos legais para adoção, não há na lei impedimento para adoção unilateral de pessoa com orientação homossexual. Ou seja, a orientação homossexual do adotante não impede a adoção do menor, o que os faz formar uma família monoparental.

Para Bezerra (2011), a doutrina que se mantém favorável à adoção de menores por homossexuais afirma que o sucesso da colocação da criança e do adolescente em família adotiva está ligado ao ambiente familiar e não à orientação sexual dos adotantes, que, por serem homossexuais, não perdem os sentimentos de paternidade e maternidade e não acarretam, aos adotados, prejuízos ao seu desenvolvimento psicológico.

Seguindo perspectiva semelhante, Dias (2009, p.214) resalta que:

Não há proibição acerca da adoção por casais do mesmo sexo, pois a faculdade de adotar é tanto do homem quanto da mulher e ambos em conjunto ou isoladamente, independentemente do estado civil. Não importando a orientação sexual do mesmo, devendo ter em vista sempre o bem-estar da criança e do adolescente. Não se deve negar a adoção de uma criança e adolescente tendo em vista a orientação sexual dos adotantes, pois o princípio da igualdade veda a discriminação por orientação sexual, e sim observar sempre o bem-estar e melhor interesse da criança. (Dias, 2009, p.214).

Assim sendo, quando se trata de adoção, deve prevalecer o bem-estar e o interesse da criança, e não a orientação sexual dos adotantes.

3. METODOLOGIA

A fim de elaborar uma análise coerente com a realidade da sociedade contemporânea e atingir os objetivos propostos, neste estudo, utilizou-se uma abordagem fenomenológica da adoção *lato sensu* e uma abordagem hipotético-dedutivo para avaliar as consequências, positivas e/ou negativas, da regulamentação da adoção por casais homoafetivos.

As técnicas utilizadas para a realização deste trabalho remetem às formas de pesquisa qualitativa no que se refere à classificação do problema, haja vista que o presente trabalho aborda o instituto da adoção e sua utilização por casais homoafetivos; explicativa quanto aos objetivos; e, no que se refere aos procedimentos, um sintético estudo comparativo entre ordenamentos jurídicos sobre a maneira que se dá a adoção por casais homoafetivos. Não obstante, considerando a natureza da legislação que trata sobre o tema proposto, delimitou-se o estudo ao direito brasileiro e sua forma de tratamento da adoção, inclusive tomando por referência decisões jurisprudenciais.

Com o intuito de nortear trabalhos futuros, a partir desta pesquisa, foram coletados dados por meio de questionário, que

demonstra, por amostragem, a opinião popular sobre a adoção por casais homoafetivos.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Não há lei que fale, literalmente, que casais homoafetivos podem adotar. Se for interpretado que são pessoas capazes de serem postulantes a adoção, independentemente da orientação sexual, o processo é o mesmo. “Ninguém vai deixar de adotar porque é separado, viúvo, solteiro, homossexual”, avaliou Fabiana Gadelha, do grupo de apoio Aconchego.

Partindo-se desse pressuposto, a advogada e especialista em Direito Público Danielli Gomes Lamenha e Silva² considera que, tanto homossexuais quanto heterossexuais podem ter condutas que agridam a formação moral e psicológica do menor. Por isso, é importante que, independentemente da orientação sexual do adotante, seja feita uma investigação e, comprovando-se a incapacidade, impeça-se a adoção. Ainda de acordo com a advogada, o princípio constitucional da igualdade deveria afastar qualquer forma de discriminação em relação à orientação sexual. A recusa à adoção de crianças e adolescentes por homossexuais deve fundamentar-se em motivos reais, e não em suposições, uma vez que recusar a adoção para os casais homoafetivos é sublinhar o preconceito.

Nesse sentido, Bordallo (2014) considera que

É notável a evolução dos processos de adoção, inclusive na forma do tratamento ao adotado. No presente, o filho adotivo não tem nenhuma diferença quanto a um filho biológico, pelo menos não em termos legais. É óbvio que aconteceu grande progresso das primeiras adoções, até o modo com que as crianças são inseridas nas famílias substitutas atualmente, porém se percebe que há tempos a sociedade já havia notado peculiaridades e vantagens em inserir a criança em uma nova família, na falta da biológica. (BORDALLO, 2014, p.264).

² Cartilha OAB.São Paulo de 04/08/11. Disponível site .[https://. www.oab.org.br](https://www.oab.org.br) <acesso dia 11 de março de 2017>

Atualmente, a adoção legal por homossexuais é buscada, na maioria das vezes, de forma individual. Existe o temor da recusa se o pedido for feito pelo casal, quando ficaria explicitada a homossexualidade. A adoção legal implica no estabelecimento de um vínculo de filiação irrevogável, unindo o adulto adotante e a criança adotada, com os direitos e deveres daí decorrentes. Um grande avanço para a adoção por casais homoafetivos foi a mudança do padrão da certidão de nascimento do tradicional “pai e mãe” para o termo “filiação”, em 2009, pelo Conselho Nacional de Justiça. Essa mudança possibilitou o registro de crianças por casais do mesmo sexo, garantindo à criança todos os direitos sucessórios e patrimoniais, inclusive em caso de separação ou morte de um deles.

4.1 Análises de Direito Comparado

Diversos países já têm previsão, em seu corpo legislativo, de casamento entre pessoas do mesmo sexo, como Bélgica, Holanda, Espanha, Portugal, Suécia, Noruega, Dinamarca, Canadá, África do Sul, Argentina e Chile. Além do próprio casamento civil, em muitos países instituiu-se a parceria civil, registrada entre pessoas do mesmo sexo; enquanto em outros, nota-se total discriminação em relação à homossexualidade.

No tocante à adoção, ao longo da realização deste estudo, verificou-se que em alguns países, entre eles, Espanha, Bélgica, Holanda, Canadá, Inglaterra, África do Sul e países escandinavos, permite-se a adoção aos casais homossexuais, tendo por base o entendimento de que nenhum dano psíquico decorrente da orientação sexual de seus pais é imposto à prole.

Na Espanha, o texto normativo que regulamenta a adoção por casais homoafetivos é a Lei N.º.13/2005. Essa lei modificou o Código Civil no que se refere ao direito de homossexuais contraírem matrimônio e realizar adoção ou inseminação artificial. O Direito alemão estabelece o *partenariat* como uma nova instituição de direito de família, *sui generis*, para inserir os casais formados por pessoas de mesmo sexo. Através da Lei da União

Estável homossexual (*Lebenspartnerschaftsgesetz*), criou-se, a partir de 2001, um instituto jurídico adequado à união estável homossexual. E, em 30 de junho de 2016, o Parlamento alemão aprovou um projeto de lei que legaliza o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Essa nova lei precisa ser ratificada pela Câmara Alta do Parlamento para entrar em vigor, o que deve acontecer até o final do ano. A lei concederá aos casais homossexuais o direito à adoção.³

No Canadá, há previsão legal do casamento homossexual. Em 28 de junho de 2005, foi aprovada a lei que reconhece o casamento homossexual por todo o território canadense - *Civil Marriage Act* -, que outorga aos casais homossexuais inclusive o direito de adoção conjunta. Com isso, a definição de parceiro de direito consuetudinário no **Family Maintenance Act** foi alterada, aplicando-se a qualquer pessoa que tenha vivido com outra pessoa, independentemente do sexo, em uma “relação conjugal” por pelo menos três anos. Uma mudança na Lei da Estatística Vital permitiu que os indivíduos se inscrevessem como “parceiros domésticos”, tornando-os elegíveis para a divisão legal de ativos em caso de ruptura.

O ordenamento jurídico canadense, assim como o ordenamento brasileiro, está se adaptando à nova concepção de família. Ou seja, os casais homoafetivos estão tendo reconhecidos o direito da união estável, o direito de constituir uma família e, também o direito à adoção. Cada província do Canadá tem uma legislação diferente. Em algumas delas, a legislação permite que os casais homoafetivos adotem em conjunto, enquanto em outras, a adoção só é permitida quando, no caso de filho biológico (por inseminação), o outro parceiro requeira a adoção isoladamente.

O processo de adoção, no Canadá, pode ser feito por meio de órgãos públicos, de agências e de advogados particulares, tendo em vista que cada província ou território tem suas próprias leis e procedimentos. A maioria das crianças mais velhas em situação de abandono é encaminhada pelo Estado para lares provisórios

3 Jornal eletrônico artigo Parlamento aprova casamento gay na Alemanha, do dia 30 de junho 2017. site [https:// www. G1.globo .com.br](https://www.G1.globo.com.br) . <acesso dia 30/06/2017>

(*foster cares*), enquanto os bebês recém-nascidos, normalmente, são colocados para adoção por agências privadas.

Segundo informações dos órgãos públicos canadenses, o tempo médio de espera por um recém-nascido saudável, por meio dos sistemas governamentais, é de oito anos. Essa longa espera explica a opção pela adoção privada, que tem um elevado custo. Segundo as estatísticas, o número de adoções privadas em todo o Canadá em 2004 foi inferior a 500, sendo que, destas, 172 aconteceram em Ontário. Em 2007, na mesma província de Ontário, pouco mais de cem bebês foram adotados.

As leis de adoção em vigor em British Columbia, desde 1996, permitem que casais do mesmo sexo façam pedidos de adoção conjunta por causa de referências “neutras em termos de gênero” para adoção por “dois adultos”.

Em 1999, o governo de Alberta, permitiu adoções privadas por homossexuais. Para esse fim, alterou-se a Lei de Bem-Estar Infantil, em vigor na época, de modo que a palavra “cônjuge” (conjunta) foi substituída pelo termo gênero neutro “padrasto”, nos artigos pertinentes da preferida lei. Essa mudança não se destinava a adoções públicas.

Em 1999, a Assembleia Legislativa de Ontário alterou o chamado Estatuto Lei Amendment Act devido à decisão do Supremo Tribunal do Canadá. O projeto de lei concedeu, aos casais do mesmo sexo, os mesmos direitos e responsabilidades reconhecidas por lei como de direito comum do sexo oposto, introduzindo o termo “parceiro do mesmo sexo” e mantendo a definição existente “cônjuge” ao sexo oposto. A legislação também fez provisões implícitas para parceiros homossexuais, adoção conjunta e adoção de um passo-pai do mesmo sexo, um direito reconhecido pela lei comum em Ontário desde 1995.

A Lei de Direito de Família de Terra Nova foi alterada no ano 2000 por uma definição do termo de gênero neutro “parceiro”, e em 2001, o mesmo Amendment Act alterou outros estatutos para “parceiros coabitantes” do sexo oposto ou do mesmo sexo, os direitos e obrigações relacionados com

questões de emprego e outras questões. Em 2002, as leis de Terra Nova e Labrador permitiram a adoção de crianças por casais homossexuais.⁴

Em Nova Scotia, os casais do mesmo sexo podem adotar conjuntamente desde 2001, quando o Supremo Tribunal da Nova Scotia decidiu que certas disposições da Lei de Adoção eram inconstitucionais. Desde então, ambos os casais do mesmo sexo e de sexos opostos podem adotar conjuntamente ou adotar o filho de seu parceiro. Após essa decisão, a Casa da Assembleia de Nova Scotia fez alterações às definições na Lei de Manutenção Familiar e na Lei da Estatística Vital. A definição de parceiro de direito consuetudinário no Family Maintenance Act foi alterada de modo a aplicar-se a qualquer pessoa que tenha vivido com outra pessoa, independentemente do sexo, em uma “relação conjugal” por pelo menos três anos. Uma mudança na Lei da Estatística Vital permitiu que os indivíduos se inscrevessem como “parceiros domésticos”, tornando-os elegíveis para a divisão legal de ativos em caso de ruptura, e o processo de registro de nascimento foi alterado, de modo a garantir o cumprimento da Carta dos Direitos e Liberdades.

Em Portugal, foi reconhecida a legitimidade da família formada por pessoas do mesmo sexo no ano de 2010. A lei que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo alterou os arts. 1.577,1.628 e 1.979 do Código Civil Português e deixou à

4 Tradução do ordenamento Parlamento Canadense: Les lois sur l'adoption en vigueur en Colombie-Britannique depuis novembre 1996 autorisent les couples homosexuels à présenter des demandes conjointes d'adoption, et ce, en raison de renvois sans distinction de sexe à l'adoption par « deux adultes ».

En 1999, Le gouvernement de l'Alberta a donné suite à l'engagement qu'il avait pris d'autoriser des adoptions privées chez les homosexuels. À cette fin, il a modifié la Child Welfare Act, en vigueur à ce moment-là, pour que le mot « conjoint » (spouse) soit remplacé par le terme sans distinction de sexe « beau-parent » (step-parent) dans les articles pertinents de cette loi. Ce changement ne visait pas les adoptions publiques.

En 1999, l'Assemblée législative de l'Ontario a adopté une loi modificative omnibus appelée Loi modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H. Cette loi a accordé aux couples de même sexe les mêmes droits et responsabilités reconnus par la loi qu'aux conjoints de fait de sexe opposé, en introduisant l'expression « partenaire de même sexe » dans ces lois tout en maintenant la définition existante de « conjoint » de sexes opposés. La mesure législative Ontario depuis 1995 (K. (Re)).

En 2000, la Family Law Act de Terre-Neuve a été modifiée par une définition sans distinction de sexe Du terme « partenaire », et en 2001, la Same Sex Amendment Act a modifié d'autres lois pour accorder aux « partenaires cohabitants » de sexe opposé ou de même sexe les droits et les obligations liés à de des questions concernant l'emploi et à d'autres questions. En 2002, des dispositions législatives de TerreNeuve-et-Labrador autorisaient l'adoption d'enfants par des personnes de même sexe. Disponible site <https://lop.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2008-49-f.htm> <acesso 30de maio de 2017>

margem de regulamentação a possibilidade de adoção pelos casais homossexuais⁵.

Em Portugal, os beneficiários da adoção plena conjunta são duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de fato, se ambas tiverem mais de 25 anos, de acordo com o art. 1979º, n. 1 do Código Civil português. Todavia, para derrubar a pretensão de casais homossexuais que desejem adotar conjuntamente, as alterações introduzidas pela mencionada lei não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas unidas pelo vínculo matrimonial, se pertencerem ao mesmo sexo⁶.

Somente em 2015 Portugal regulamentou a adoção por casais homoafetivos.

4.3 Pesquisas de opinião

Conforme discutido ao longo deste trabalho, a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos é assunto de vasto campo de debate e opiniões conflitantes no seio social. Para verificar a opinião popular e mensurar o posicionamento da sociedade acerca do tema proposto, realizou-se pesquisa de opinião⁷, na qual foram ouvidas 161 (cento e sessenta e uma) pessoas de diferentes faixas etárias, escolaridade e sexo.

A primeira e principal pergunta a ser respondida foi: “Você é a favor da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos?” Conforme pode-se visualizar no Gráfico 1, apresentado a seguir, verificou-se que 65% (sessenta e cinco por cento) dos entrevistados afirmaram ser favoráveis à adoção por casais homoafetivos. Enquanto 10% (dez por cento) não se posicionaram e 25% (vinte e cinco por cento) afirmaram não serem favoráveis à adoção por casais homoafetivos.

5 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso Direito de Família. 2.ed.São Paulo: Saraiva 2016.p.835

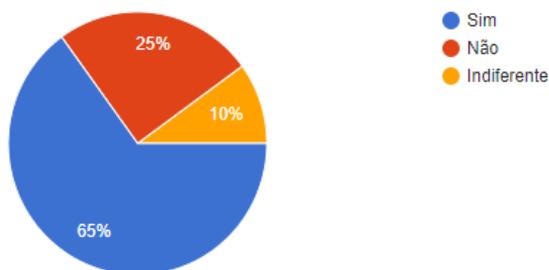
6 PORTUGAL, Código Civil, Artigo 1979 (Quem pode adotar plenamente). 1 - Podem adotar plenamente duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos.

7 Para o resultado completo da pesquisa, vide Apêndice, neste trabalho.

Gráfico 01: Você é a favor ou contra a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos?

Você é a favor da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos?

160 respostas



Fonte: Pesquisa realizada entre os dias 15 a 30 de outubro de 2017.

Ao cruzar os dados obtidos na resposta à primeira pergunta da entrevista com o sexo do entrevistado, verificou-se que 50% (cinquenta por cento) dos entrevistados do sexo masculino foram favoráveis à adoção por casais homoafetivos, 40% (quarenta por cento) foram contra e 10% (dez por cento) responderam ser indiferentes. Em relação às mulheres entrevistadas, verificou-se que 75% (setenta e cinco por cento) foram a favor da adoção por casais homoafetivos, 14% (quatorze por cento) contrárias e 11% (onze por cento) afirmaram ser indiferentes.

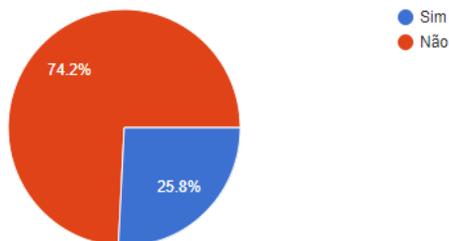
Nota-se que, de modo geral, os homens demonstraram maior resistência à adoção por casais homoafetivos quando comparados às mulheres, que tendem a ser mais tolerantes dentro do universo dos entrevistados para a realização deste estudo.

Outro questionamento apresentado na pesquisa de opinião foi: "A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos acarreta algum prejuízo ao adotado?".

Gráfico 02: A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos acarreta algum prejuízo ao adotado?

A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos acarreta em algum prejuízo ao adotado?

155 responses



Fonte: Pesquisa realizada entre os dias 15 a 30 de outubro de 2017.

De acordo com o Gráfico 2, percebe-se que 74,2% (setenta e quatro vírgula dois por cento) dos entrevistados que responderam à pergunta consideraram que o fato de crianças e adolescentes serem adotadas por casais homoafetivos não ocasiona qualquer problema ao adotado. Para 25,8% (vinte e cinco vírgula oito por cento), esse tipo de adoção causa prejuízos às crianças e aos adolescentes.

Logo após a segunda pergunta, foi proposto aos entrevistados que representam o universo daqueles que acreditam haver prejuízo na adoção por casais homoafetivos que descrevessem quais os prejuízos causados a essas crianças e adolescentes. As respostas foram as mais diversas. Dentre as quais: *“Falta de referência psicológica da mãe/pai”* (sic); *“Talvez, psicossociais. Por preconceitos e indiferenças de outras pessoas”* (sic); *“Ele vai ser induzido a ser gay e Deus não concorda com isso”*; *“Formação de um monstro”*; *“Interferência na vida sexual e afetiva da criança ou adolescente”*.

Ao longo da realização deste trabalho, verificou-se que, apesar da adoção por casais homoafetivos ser uma realidade cada vez mais aceita pela sociedade contemporânea, ainda há muita resistência. Principalmente quando se pressupõe que a criança ou adolescente adotado por casal homoafetivo pode sofrer algum tipo de dano ou prejuízo.

5. CONCLUSÃO

A adoção nada mais é que incluir no seio familiar uma criança que se encontra em estado de abandono, trazendo para a vida dos envolvidos laços de afeto e amor. A adoção decorre de um ato de vontade e se efetiva no fator sociológico, e não biológico. Entende-se que é um ato de amor por parte da pessoa que decide adotar e uma possibilidade para o adotando de ter um lar.

Nessa perspectiva, os integrantes de movimentos sociais lutam por direitos, principalmente para as minorias ou para aqueles que não se encaixam nos modelos impostos pela sociedade. Nesse contexto, a noção de família se modificou, integrando novos parâmetros de núcleo familiar. Com base na mudança da estrutura familiar ocorrida na sociedade contemporânea, o casamento e a construção de uma família homoafetiva com filhos adotivos se torna um tema relevante e um grande debate no cenário jurídico e educacional.

No Brasil, o sistema de adoção pelos casais homoafetivos não se encontra legalmente formalizado. O respaldo jurídico que atualmente tem vigorado no Brasil seria da jurisprudência que regulamenta a união estável homoafetiva e a adoção unilateral.

Nessa perspectiva, nota-se que o mundo globalizado encontra-se em transição de regulamentos. Percebe-se que o ordenamento brasileiro se encontra em fase de adaptação e complementação. Tanto que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4277 e ADPF 132, do mês de maio de 2011, decidiu pela equiparação da União Homoafetiva à União Estável. Essa decisão foi definida pelo artigo 1723 Código Civil, e, com essa equiparação, sendo a união estável reconhecida como necessária para a adoção conjunta, consoante com o artigo 42 do ECA, abriram-se caminhos para a adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais. De acordo com o que o artigo 1.625 do código Civil disciplina *in verbis*: “somente será admitida adoção que constituir efetivo benefício para o adotado; assim sendo, a orientação sexual dos adotantes não impede a adoção do menor”.

O ordenamento de Portugal adota, ainda, um modelo tradicional. Somente em 17 de maio de 2010 entrou em vigor a lei que aprova o casamento entre pessoas do mesmo sexo, alterando alguns artigos em seu Código Civil, mas deixando à margem de regulamentação a possibilidade de adoção pelos casais homossexuais. O Canadá vem se sobressaindo em relação à questão da adoção pelos casais homoafetivos, com uma visão moderna nas questões judiciais familiares e conjugais no que se refere a uma legislação específica como o *Civil Marriage Act*, que outorga aos casais homossexuais inclusive o direito de adoção conjunta. Se a lei de Manitoba deve refletir novas realidades familiares, a terminologia utilizada na legislação terá que ser reconsiderada. Os estatutos de registro de parentesco e nascimento devem garantir que as opções de terminologia neutra em termos de gênero sejam usadas em relação às pessoas envolvidas na concepção e no nascimento de uma criança sempre que possível.

Essa preocupação diz respeito a questões que envolvem a parentalidade do mesmo sexo e o fato de que uma criança pode ter mais de uma “mãe” e nenhum “pai”, ou mais de um “pai” e nenhuma “mãe”. A não inclusão dos dois adotantes na certidão de nascimento do adotado, viola a relação direta de direitos sucessórios do adotado. Com falecimento de uns dos pais terão seus direitos cerceados como de subsistência, de plano de saúde, em casos de separação a guarda compartilhada.

Os resultados obtidos pela pesquisa permitem afirmar que, apesar de existir uma legislação resguardando os direitos ao princípio da igualdade, tanto para adoção heterossexual quanto para os homoafetivos, ainda é uma questão complexa e controversa, que precisa, além de um ordenamento jurídico específico, vencer os preconceitos e as barreiras da sociedade.

Concluiu-se que o Brasil deveria seguir o exemplo do Canadá, onde várias províncias estabelecem uma legislação específica sobre a diversidade sexual. No Brasil, o ideal seria a criação do estatuto da diversidade sexual, assim como temos os estatutos do idoso, da criança e do adolescente. Esse estatuto da diversidade sexual traria benefícios tanto para os casais homoafetivos, que

estariam com seus direitos garantidos, como no caso de heranças e outros bens, quanto para os adotandos, que teriam em seus registros os nomes de seus pais ou mães, garantindo assim direitos provenientes desse ato.

Ressalta-se que, desde 2009, os casais homoafetivos conseguiram direito de fazer constar na certidão de nascimento dos filhos adotados “filiação”, e não “pais” ou “mães”, mesmo que para isso tenham que se utilizar de reiteradas jurisprudências.

O tema aqui tratado suscita vários questionamentos, dentre estes, destacam-se: O ordenamento brasileiro e os ordenamentos internacionais, diante de todo o aparato ideológico que o permeia, estabelecerão novos direitos ou permanecerão de alguma forma nos moldes tradicionais? Além de apontar caminhos para a realização de pesquisas mais aprofundadas sobre a temática e de pesquisas de opinião popular com uma maior abrangência. ❖

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Matheus Ferreira. **As Uniões Homoafetivas nos Tribunais Superiores Brasileiros: uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: (FAT). doc>. Acesso em: set./ 2017.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos** – 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2014. Vários autores. 2014, p.264-373

Brasil, Constituição da República Federativa do. 39. Ed. São Paulo: Saraiva,2006

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Declaratória de União Homoafetiva. Recurso Especial nº 820475/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Antônio Pádua Ribeiro. Relator para acórdão: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em: 02 set 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 06 out 2008; RDTJRJ, vol. 77, p. 97.

BÜHRING, Marcia Andrea; Michelon, Mariana. **Amor e afeto - o preconceito da adoção para casais homossexuais: a lacuna jurídica e social.** In: MARIA BERENICE DIAS; ELIENE FERREIRA BASTOS; NAIME MÁRCIO MARTINS MORAES. Afeto e estruturas familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Cartilha OAB. São Paulo de 04/08/11. Disponível site [.Https//www.oab.org.br](https://www.oab.org.br) <acesso dia 11de março de 2017>

Cartilha Manitoba: disponível site : <http://www.canlii.org/en/ns/nssf/doc/2001/2001nssf24/2001nssf24.pdf>

http://nslegislature.ca/legc/bills/58th_1st/3rd_read/b075.htm.

DIAS, Maria Berenice.:Artigo: Família além dos Mitos – site <https://direitohomoafetivo.com.br>

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O Companheirismo: Uma Espécie de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 29

HENRIQUES, Antônio, MEDEIROS, João Bosco. Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica. 9.ed. São Paulo: Atlas.2017

JORNAL ELETRÔNICO artigo Parlamento aprova casamento gay na Alemanha, do dia 30 de junho 2017. Site <https://www.G1.globo.com.br>. Acesso dia 30/06/2017.

Disponível site <https://lop.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2008-49-f.htm> <acesso 30de maio de 2017>.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 645

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso Direito de Família. 2.ed.-São Paulo: Saraiva 2016.p.835

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Atlas, 2010.p.304

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2016.p.835

Princípios de Yogyakarta. disponível site <https://www.clam.org.br> <acesso 05 de março 2017>

SANTOS, Romualdo Baptista dos. : **A tutela jurídica da afetividade: os laços humanos como valor da Criança e do Adolescente Comentado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros,2005,p.185

ZAMBRANO, E. et al. **Direito à Homoparentalidade: Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais**. Porto Alegre: Instituto Acesso a Justiça, 2006,p.135.

APÊNDICE A - Perfil dos entrevistados

PERFIL DO ENTREVISTADO	
SEXO	Quantidade de Respostas Obtidas
FEMININO	104
MASCULINO	55
Preferem não dizer	02
IDADE	Quantidade de Respostas Obtidas
19 a 35 anos	38
25 a 35 anos	42
26 a 35 anos	15
35 anos	66
CURSO	Quantidade de Respostas Obtidas
MÉDIO	33
SUPERIOR	128

Levando a Fungibilidade Recursal a Sério: Pelo Fim da “Dúvida Objetiva”, do “Erro Grosseiro” e da “Má-Fé” como Requisitos para a Aplicação da Fungibilidade e por sua Integração com o CPC/15

Felipe Barreto Marçal

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Substituto de Direito Processual da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor de Direito Processual da EMERJ e Oficial de Justiça do TJRJ, na função de assessoria de desembargador.

Resumo: O presente artigo visa demonstrar que os requisitos tradicionais da fungibilidade recursal (dúvida objetiva, ausência de erro grosseiro e de má-fé) não se mostra mais compatível com o ordenamento processual atual (CPC/2015), devendo ser relido a partir do princípio da primazia de resolução do mérito e do regime de invalidades e nulidades, além de ser conjugado com os dispositivos que tratam da conversibilidade recursal.

Abstract: This article aims to demonstrate that the classic requirements of the fungibility of appeals (diffuse doubt, lack of crass mistake and of bad faith) are not compatible anymore with the current legal procedural law (New Code of Civil Procedure/2015),¹ and that it should be read in light of the prin-

¹ CPC Brasileiro Traduzido para a Língua Inglesa. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim (Coords.) - Salvador: Ed. Jus-

principle of primacy of a judgment on the merits and the rules concerning the procedural annulment and nullities, alongside with the convertibility of appeals.

Palavras-chave: Fungibilidade recursal. Conversibilidade recursal. Invalidades processuais. Nulidades. Primazia de resolução do mérito.

Key-words: Fungibility of appeals. Convertibility of appeals. Procedural invalidities. Annulment. Nullity. Primacy of a judgment on the merits.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. A fungibilidade recursal “tradicional”. 2. Princípio da primazia de resolução do mérito. 3. Regime de invalidades e nulidades do CPC. 4. Releitura da fungibilidade recursal: o fim da “dúvida objetiva” e do “erro grosseiro”. 5. Conversibilidade recursal como alternativa à fungibilidade e como “fechamento do sistema”. CONCLUSÃO. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, a fungibilidade recursal permite que um recurso seja admitido no lugar de outro, como se ambos fossem aptos para impugnar determinado provimento judicial, sem qualquer adaptação necessária para seu conhecimento. Para que não se admitisse uma completa subversão do sistema recursal por meio da fungibilidade, foram criados dois requisitos para sua aplicação: “dúvida objetiva” ou inexistência de “erro grosseiro”, que funcionam como duas faces de uma mesma moeda; e ausência de má-fé.

Nesse sentido, até hoje, esses dois requisitos são sistematicamente aplicados pela jurisprudência, tanto no processo civil² quanto no processo penal.³ Entretanto, não se atentou para uma

podivm, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/34624029/TERESA_ARRUDA_ALVIM_FREDIE_DIDIER_JR._Traduzido_para_a_L%C3%ADngua_ingLesa_Traduzido_para_a_L%C3%ADngua_ingLesa. Acesso em: 17.06.18.

² “É impossível a aplicação do princípio da fungibilidade para que sejam os embargos de divergência convertidos em agravo interno diante da ausência de dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível, caracterizando-se, portanto, a ocorrência de erro grosseiro.” (STJ – AgInt nos EAREsp 1075528/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 24/09/2018)

³ “Hipótese em que a instância de origem decidiu que a interposição de recurso de apelação contra decisão que rejeita a denúncia configura erro grosseiro, razão pela qual não aplicou o princípio da fungibilidade para recebê-lo como recurso em sentido estrito.” (STJ – REsp 1739966/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)

profunda modificação da sistemática processual ao longo dos anos, fazendo com que a fungibilidade “tradicional” não possa mais ser aplicada à luz do CPC/2015.

Além disso, o CPC/2015 passou a prever expressamente a conversibilidade recursal – modificação do recurso interposto para adequá-lo à modalidade recursal entendida como correta pelo órgão julgador –, que atua no mesmo sentido da fungibilidade, mas com ela não confunde, prestigiando-se o julgamento do mérito.

Assim, o presente artigo visa demonstrar a absoluta incompatibilidade normativa desses requisitos da fungibilidade com o CPC/2015, que prestigia mais a jurisprudência defensiva do que os princípios e demais dispositivos do CPC, especialmente aqueles que tratam das invalidades e nulidades, bem como da conversão de recursos.

1.A FUNGIBILIDADE RECURSAL “TRADICIONAL”

Dentre os requisitos de admissibilidade dos recursos, se encontra o cabimento, que consiste na possibilidade de recorrer e na escolha adequada do tipo recursal para impugnar determinado provimento decisório,⁴ que pode variar, por exemplo, com a natureza da decisão (agravo/apelação), com o órgão prolator (agravo de instrumento/agravo interno), com o fundamento recursal (embargos de declaração/recursos especial e extraordinário). Trata-se, portanto, de opções legislativas acerca da *forma* recursal adequada.

Com isso, nosso sistema recursal pode ser considerado bastante complexo, bastando indicar que possuímos nove espécies recursais elencadas apenas no CPC/2015 (art. 994)⁵, além de sucedâneos recursais, como a reclamação, e demandas autônomas de impugnação, como o mandado de segurança e a ação rescisória.

4 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara. Rio de Janeiro, v. 19, 1968, p. 113-115. *Idem*. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 246-247 e 263. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 113-115.

5 Ainda é possível mencionar outros, como os “embargos infringentes” previstos no art. 34 da Lei 6.830/80 para sentenças proferidas em execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN.

Não se trata de tarefa fácil compreender esses mecanismos em sua inteireza – especialmente se levarmos em conta as leis especiais.⁶

Ciente dessa complexidade, desde o CPC/1939,⁷ o ordenamento processual já previa a fungibilidade recursal, de modo expresso, ressaltando as hipóteses de má-fé e de erro grosseiro,⁸ que não rendeu muitos frutos na prática.⁹

No CPC/1973, não foi repetida a referida regra, diante da suposta simplificação do regime recursal, com a redução do campo de “dúvida objetiva” entre as hipóteses de cabimento.¹⁰ Contudo, a doutrina e a jurisprudência continuaram aplicando o instituto, sem qualquer alteração nos requisitos então previstos no art. 810 do CPC/1939, demonstrando sua consolidação.¹¹⁻¹²

Por outro lado, ocorreu uma crescente confusão entre a fungibilidade recursal e a conversibilidade recursal,¹³ enfraquecendo

6 Recentemente, o STJ debateu o cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em processos de recuperação judicial (REsp 1722866), havendo bastante divergência acerca do cabimento desse recurso também no processo falimentar: TJRJ – AI nº 0055107-34.2017.8.19.0000 – Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA – Julgamento: 14/03/2018 – SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; Enunciado 69 da I Jornada de Direito Processual Civil, realizada em agosto de 2017 pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “[a] hipótese do art. 1.015, parágrafo único, do CPC abrange os processos concursais, de falência e recuperação”.

7 “Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.”

8 Para uma análise do referido dispositivo: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara. Rio de Janeiro, v. 19, 1968, p. 114-118.

9 “É certo que, para obviar aos inconvenientes da interposição errônea de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento pela instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (artigo 810). O Código consagrou, nesse preceito legal, a teoria do ‘recurso indiferente’ (Sowohl-als-auch-Theorie), como ensinam os autores alemães. Esta solução não serviu, porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do artigo 810 tem valor limitadíssimo.” (BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de processo civil de 1973*. 1972, Item 31. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30.09.16.) JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 316-317.

10 BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de processo civil de 1973*. 1972, Item 33. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30.09.16. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 318.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 249-251.

12 Barbosa Moreira expressamente critica a ausência de repetição da norma contida no art. 810 do CPC/1939: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 249.

13 Na fungibilidade, aceita-se o recurso errado pelo certo, sem qualquer adequação dele; na conversão, é concedida a oportunidade para adaptar o recurso errado de modo a preencher os requisitos do recurso

o potencial daquela, já que se passou a exigir a interposição do recurso no prazo daquele que seria considerado o correto como requisito para possibilitar a conversão.¹⁴ Além disso, não se pode deixar de mencionar que, apesar de a fungibilidade sempre ter sido exaltada, a doutrina tradicional jamais tentou se desvincular dessa ideia de “zona cinzenta” entre qual seria o recurso cabível.¹⁵

Seguindo a linha do CPC/1973, o CPC/2015 (infelizmente) não previu expressamente a fungibilidade recursal, o que não impediu que a doutrina sustentasse que “o princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício”.¹⁶ Nesse sentido, trata-se de prática louvável, mas que não se encontra verdadeiramente alinhada com a lógica que permeia o Código, enquanto não conseguimos desvinculá-la da “dúvida objetiva” e do “erro grosseiro”.¹⁷⁻¹⁸ Importante destacar que o único avanço legislativo acerca da matéria diz respeito à unificação do prazo recursal (art. 1.003, § 5º, do CPC), que reduz os freios à fungibilidade¹⁹ (que, a rigor, deveria dizer respeito à conversibilidade).

2. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DE RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Como se sabe, a doutrina tem apontado a existência de um novo princípio²⁰ no CPC/15: o da primazia de resolução do mé-

considerado correto. A conversibilidade, portanto, não dispensa a forma correta.

14 GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 24-25. Apontando o equívoco: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil: volume 2*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 74-76. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 328-329.

15 ALVIM, Teresa Arruda. *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Migalhas. Publicado em: 22.05.06. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+princípio+da+fungibilidade>. Acesso em: 30.09.18.

16 Enunciado nº 104 do FPPC.

17 Ainda apresentam os requisitos: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, vol. 3. 13ª ed. reform. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 109. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 499.

18 Só assim teremos uma verdadeira função instrumental do processo no campo recursal: ALVIM, Teresa Arruda. *O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo*. Revista dos Tribunais, n. 821, 2004.

19 TEMER, Sofia. NCPCC: Correção de vícios dos recursos. *Processualistas*. Publicado em 04.07.16. Disponível em: <http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dosrecursos?ref=home>. Acesso em: 07.10.18.

20 Para alguns, trata-se de uma regra, e não de um princípio: NUNES, Dierle. *Novo Código de Processo Civil*

rito, previsto no art. 4º do CPC (“As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”).²¹

Ainda que não houvesse menção a esse direito no art. 4º, o princípio seria igualmente extraído de diversos dispositivos que permitem a desconsideração de vícios formais (basta citar, por exemplo, o art. 282, § 4º, do CPC), bem como sua correção (art. 932, parágrafo único, do CPC).²²

Ou seja, a função desse princípio nada mais é do que determinar que o julgador resolva o mérito, *sempre que possível*, se valendo, para essa finalidade, de poderes de saneamento de vícios formais e processuais. Isso porque o processo tem como objetivo ótimo resolver o mérito²³ e cabe ao Estado-juiz e às partes cooperarem não só para um diálogo (meio de se chegar ao resultado), mas também para que uma decisão de mérito (fim almejado) seja alcançada, tal como expressamente estabelece o art. 6º do CPC (“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”).

Dessa forma, como se trata de um princípio, sua aplicação não deve ficar adstrita apenas às normas que expressamente consagram a possibilidade de correção ou de desconsideração de ví-

viabiliza hipóteses de fungibilidade recursal. Conjur. Publicado em 01.09.15. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/dierle-nunes-cpc-viabiliza-hipoteses-fungibilidade-recursal#_ftn2. Acesso em: 07.10.18.

21 CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentários ao art. 4º, in: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org.: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. exec.: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36-37. *Idem*. A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro, in: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ano XXVII, n. 128, jan./mar. 2016, p. 133-136. CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set./out. 2015, p. 42-50. *Idem*. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 9. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 136-137.

22 CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set./out. 2015, p. 50. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 136-137.

23 Não é por outro motivo que as sentenças terminativas são chamadas de “anômalas”. ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 462. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 425-426.

cios. Além disso, todo e qualquer dispositivo que trate do tema deve ser interpretado visando à resolução do mérito, especialmente nas hipóteses em que uma interpretação literal conduza ao resultado diametralmente oposto: uma decisão terminativa.

3. REGIME DE INVALIDADES E NULIDADES DO CPC

Diferentemente desse “novo princípio”, há muito tempo já se afirma na doutrina brasileira que as formas não podem prevalecer sobre o conteúdo dos atos processuais e que o processo não pode ser *formalista*,²⁴ devendo-se conciliar a segurança jurídica garantida pela forma com o objetivo pretendido pelo ato.²⁵

Nesse sentido, o ordenamento processual brasileiro (o CPC/1939 já tinha diversos dispositivos nesse sentido, em seu capítulo de nulidades – arts. 273 a 279) prevê que os vícios de forma (invalidades) possam ser relevados em diversas situações, sem a cominação de nulidades.

Relativamente ao CPC/2015, a primeira delas, trazida pelo art. 277 do CPC, trata da regra (para alguns, princípio) da instrumentalidade das formas,²⁶ segundo a qual não se pronuncia a nulidade se o ato alcançar sua finalidade. Nesse sentido, é possível verificar que há muitos vícios graves, como, por exemplo, qualquer invalidade relativa à citação (art. 280 do CPC),²⁷ que podem ser relevados, caso o objetivo pretendido pelo ato tenha sido alcançado por outro meio.

Contudo, essa finalidade (ou seja, a instrumentalidade das formas) não pode ser analisada isoladamente, devendo ser conjugada com as demais normas sobre nulidades. Importante destacar

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil : volume 1*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 279-280 e 291-292. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

26 CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 277, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 436-439. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 152-153. Fredie Didier Jr. entende que a instrumentalidade é uma variação da regra que exige prejuízo para a decretação da invalidade: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 404.

27 Classificando esse vício como o mais grave dentro do processo: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 412.

que “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais”. Além disso, deve-se verificar se da irregularidade resulta prejuízo para alguma das partes (arts. 282, §1º, e 283, parágrafo único, do CPC) ou se é possível decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade (art. 282, § 2º, do CPC).

Nota-se, portanto, uma tendência *inquestionável* do processo civil brasileiro de relevar os vícios de forma dos atos processuais, havendo quem fale em *validade prima facie* dos atos, como uma verdadeira preferência normativa nesse sentido.²⁸

Resta, então, analisar como as ideias expostas até agora – da primazia de resolução de mérito e da primazia de validade dos atos processuais praticados com forma diversa da estabelecida – conduzem a uma releitura da fungibilidade recursal.

4. RELEITURA DA FUNGIBILIDADE RECURSAL: O FIM DA “DÚVIDA OBJETIVA” E DO “ERRO GROSSEIRO”

Apesar de não prever expressamente a possibilidade de fungibilidade recursal, o CPC/2015 possui algumas situações de conversão de recursos:²⁹ embargos de declaração em agravo interno (art. 1.024, § 3º, do CPC)³⁰ e recursos extraordinário e excepcional (arts. 1.032 e 1.033).³¹

Não obstante as divergências entre os institutos, não há dúvidas de que ambos se ligam à primazia de resolução do mérito e visam justamente à superação de óbices formalistas ao conheci-

28 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

29 Diferenciando as situações: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 499 e 547.

30 Em sentido diverso, chamando de fungibilidade: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil : o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, vol. 3. 13ª ed. reform. – Salvador: JusPO-DIVM, 2016, p. 109-292. Aponta ambos como sinônimos: CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao art. 283, in: Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 447. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 325-327.

31 Tratando como conversibilidade, apesar de apontar ambos como derivados da mesma ideia: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 403-405.

mento recursal:³² como já dito, a opção por um ou outro recurso diz respeito à forma utilizada.

Nesse sentido, a opção inadequada de forma referente à interposição de recurso deve ser analisada sob o regime atual de nulidades, levando-se em conta: *i*) o alcance do fim pretendido; *ii*) a ausência de prejuízos e *iii*) a possibilidade de julgamento favorável ao recorrido do mérito recursal (que já se beneficiaria pelo não conhecimento do recurso). Dito de outro modo, a fungibilidade recursal deve caminhar lado a lado com a análise a partir das invalidades e nulidades.

Com relação ao fim pretendido, deve-se verificar se o recurso utilizado permite que se chegue ao mesmo resultado do recurso percebido como correto (na prática, pelo órgão recursal competente para o julgamento).³³ Por exemplo, a apelação e o agravo de instrumento se prestam à mesma finalidade: anulação ou reforma da decisão recorrida; por outro lado, recursos de fundamentação vinculada (especial e extraordinário) não possibilitariam que se ignorasse o erro de forma.

No que diz respeito à ausência de prejuízos, trata-se de requisito ligado precipuamente ao déficit de contraditório. Ou seja, a opção pelo recurso “inadequado” não pode gerar para o recorrido uma redução no potencial de influência sobre o resultado. Assim, não haveria qualquer prejuízo caso se valesse do agravo de instrumento no lugar do agravo interno contra decisão interlocutória de relator (equivoco facilmente concebido como “grosso” numa visão tradicional), pois ambos seriam levados ao mesmo órgão competente, no mesmo prazo e com igual oportunidade de discussão da decisão recorrida.

Há situações, no entanto, em que as matérias ventiladas e a

32 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 499. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 283, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 447. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 403-405.

33 Não se pode confundir a hipótese ensejadora de fungibilidade com aquela na qual nenhum dos dois recursos é possível. Por exemplo, uma decisão interlocutória que não seja impugnável por agravo de instrumento não é também recorrível imediatamente por apelação, de modo que, antes do momento adequado para utilização da apelação, a fungibilidade recursal entre ambos não é possível.

extensão do efeito devolutivo são diversas – como no confronto entre agravo de instrumento e apelação –,³⁴ o que pode ter reflexos no contraditório (quais matérias podem ser discutidas para obter o resultado pretendido) e, até mesmo, na ampla defesa (possibilidade de produção de novas provas).³⁵ Da mesma forma, há outros elementos que podem ser analisados para se chegar à fórmula do prejuízo, como a duração razoável do processo, merecendo destaque o fato de que, em alguns casos, a interposição errônea pode, até mesmo, acelerar o processo (bastando pensar que o agravo de instrumento é imediatamente dirigido ao juízo *ad quem*, sem submissão ao juízo *a quo*, momento de grande atraso para o processo;³⁶ enquanto a opção inversa pode ser suficiente para impedir a fungibilidade a partir da lógica de prejuízo).

Assim, a partir da própria lógica das invalidades processuais – e, num espectro mais amplo, da instrumentalidade processual –, não é possível o sacrifício do contraditório para se privilegiar a liberdade de formas, o que impede a fungibilidade recursal.

Como último requisito, caso seja possível decidir o mérito recursal a favor do recorrido, o art. 282, § 2º, do CPC estabelece que as invalidades devem ser relevadas, de modo que não se pronunciará a nulidade – no caso dos recursos, não se deixará de conhecê-los.

34 Para Alexandre Câmara, tendo em vista que a teoria da causa madura é norma excepcional, não pode ser aplicada irremissivelmente ao agravo de instrumento, mas apenas àqueles que versem sobre mérito do processo (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 520. TJRJ – AI nº 0027013-76.2017.8.19.0000 – Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 25/10/2017 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL). Caso se adote a ideia de Fredie Didier Jr. e de Leonardo Carneiro da Cunha, de utilização da causa madura a qualquer hipótese de agravo (DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil : o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, vol. 3. 13ª ed. reform. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 241-242.), não há que se falar em qualquer prejuízo referente ao efeito devolutivo.

35 Novamente, há divergências acerca da possibilidade de produção de provas *novas* em grau recursal, no agravo de instrumento, em razão da supressão de instância: a favor desse entendimento: MAZZOLA, Marcelo. É cabível prova técnica simplificada em agravo de instrumento. Conjur. Publicado em: 06.06.18. Disponível em: <https://wvvw.conjur.com.br/2018-jun-06/marcelo-mazzola-cabe-prova-tecnica-agravo-instrumento>. Acesso em: 07.10.18. Em sentido contrário, entendendo não ser possível produção de provas novas no agravo de instrumento: TJRJ – AC nº 0012138-67.2018.8.19.0000 – Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 28/03/2018 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

36 No sentido de que há aceleração do processo quando o juízo de admissibilidade é feito diretamente pelo tribunal *ad quem* (como no agravo de instrumento): SOUZA, Gisele. Mudar juízo de admissibilidade pode trazer mais rapidez ao processo, diz Luiz Fux. Conjur. Publicado em: 19.10.15. Publicado em: <https://wvvw.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processo-fux>. Acesso em: 07.10.18.

Nesse sentido, impõe-se destacar que a aplicação dessas premissas está absolutamente alinhada com a primazia de resolução do mérito, uma vez que não há qualquer sentido em privilegiar a inadmissibilidade recursal, quando existe um Código que estabeleceu – de forma pioneira – um princípio que busca privilegiar a análise do mérito (art. 4º do CPC).

Ademais, esses parâmetros tornam (quase) irrelevante a análise de má-fé na aplicação da fungibilidade, pois ela nos diz pouco acerca do aproveitamento do recurso equivocadamente interposto, já que, mesmo que a escolha tenha sido feita propositalmente com intuito incompatível com a boa-fé processual, é possível que não ocorra qualquer prejuízo às partes.³⁷

Com efeito, não se pode trabalhar a fungibilidade recursal da mesma forma que ela surgiu em 1939, sob pena de reconhecermos que 80 anos de desenvolvimento da dogmática processual, pautada em grande parte a partir da instrumentalidade das formas, e a criação de novos princípios (além da primazia de resolução do mérito, pouco se falava acerca da economia e da eficiência processual em 1939).

A partir disso, deve-se mudar os paradigmas de análise da fungibilidade recursal, para que se abandone os revogados pressupostos do art. 810 do CPC/1939 (erro grosseiro e má-fé), obsoletos e contrários aos princípios do Código, e se utilizem os parâmetros supracitados, previstos no CPC/15 e compatíveis com os princípios que o regem.

5. CONVERSIBILIDADE (OU CONVERTIBILIDADE) RECURSAL COMO ALTERNATIVA À FUNGIBILIDADE E COMO “FECHAMENTO DO SISTEMA”

Explicitadas as razões pelas quais deve ocorrer uma imediata mudança dos parâmetros da fungibilidade recursal, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da conversibilidade recursal.

Como dito no tópico anterior, haverá situações nas quais, mesmo com essa nova visão da fungibilidade, ela não será aplicá-

³⁷ Chega à mesma conclusão: JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 320.

vel, já que os requisitos não estarão preenchidos. Nesses casos, não se pode, ainda, preferir a inadmissibilidade do recurso equivocado.

Na verdade, o próprio CPC traz dispositivos que priorizam a conversão do recurso equivocado no recurso correto – em hipóteses de fundamentações vinculadas, em que seria praticamente impossível a fungibilidade entre ambos –, o que mostra sua preferência pela conversão à inadmissibilidade, demonstrando sua compatibilidade com a primazia de resolução do mérito.

Dessa forma, esses dispositivos nos dizem muito mais do que aparentam e devemos interpretá-los de modo a extrair um verdadeiro princípio da conversão³⁸ (de aplicação expansiva, e não restrita àqueles recursos específicos): quando não for possível a fungibilidade recursal, devemos nos valer da conversibilidade recursal, e não somente nas hipóteses expressamente previstas (agravo interno e embargos de declaração; recursos especial e extraordinário).

Além disso, não há qualquer referência nesses dispositivos a “erro grosseiro”, a “dúvida objetiva” ou a “má-fé”, o que indica sua desnecessidade para que os recursos sejam conhecidos independentemente da forma escolhida, sem que enfrentemos qualquer congestionamento processual.

Portanto, de forma supletiva (ou complementar) à fungibilidade, impõe-se reconhecer que a conversão do recurso equivocado no recurso entendido como correto se mostra preferível à sua inadmissibilidade, de forma consentânea com a primazia de resolução do mérito, além de servir de reforço ao abandono dos requisitos clássicos da fungibilidade recursal, que já não estão previstos nos arts. 1.024, § 3º, 1.032 e 1.033 do CPC.

CONCLUSÃO.

Conforme apontado, não é mais possível tratarmos da fungibilidade recursal da mesma forma que surgiu no ordenamento

³⁸ Se referindo ao fenômeno da conversibilidade como princípio: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 499. CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao art. 283, in: Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 447.

jurídico brasileiro, pelo CPC/1939, pois se operou uma evolução da dogmática processual, que não mais prioriza as formas ao conteúdo e à finalidade pretendida, sob pena de priorizarmos a jurisprudência defensiva que se formou no Judiciário.³⁹

Além do regime de invalidades, temos a consagração expressa do princípio da primazia de resolução do mérito (art. 4º do CPC), que vem no mesmo sentido, a fim de afastar qualquer tentativa de manutenção da prática de jurisprudência defensiva.

A partir dessas premissas, buscou-se demonstrar que os tradicionais requisitos da fungibilidade recursal – ausência de erro grosseiro (dúvida objetiva) e de má-fé – não são mais compatíveis com a principiologia e com a sistemática (especialmente das invalidades) do CPC/2015, já que privilegiam a forma (recurso cabível) ao conteúdo e à finalidade.

Como alternativa, sugere-se a utilização dos parâmetros do regime de invalidades e nulidades do próprio CPC, que se mostra mais atual e consentâneo com o regime processual atual, levando-se em conta: *i*) se o fim pretendido foi alcançado; *ii*) a ausência de prejuízos e *iii*) a possibilidade de julgamento favorável ao recorrido do mérito recursal (que já se beneficiaria pelo não conhecimento do recurso).

Da mesma forma, as previsões no CPC/2015 de conversão de recursos também reforçam o abandono das premissas tradicionais da fungibilidade e criam outro princípio, da conversibilidade recursal, que deve ser aplicado de forma complementar, evitando-se, ao máximo, a inadmissibilidade.

Portanto, espera-se contribuir um pouco para que se dê mais um passo no estudo do tema, para que alcancemos uma interpretação mais adequada da fungibilidade e da conversibilidade recursais com o CPC/2015. ❖

³⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, *in: Temas de direito processual – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. TEMER, Sofia. NCPC: Correção de vícios dos recursos. Processualistas, principalmente nota de rodapé nº iv. Publicado em 04.07.16. Disponível em: <http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dos-recursos?ref=home>. Acesso em: 07.10.18.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, Teresa Arruda. *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Migalhas. Publicado em: 22.05.06. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+princípio+da+fungibilidade>. Acesso em: 30.09.18.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista dos Tribunais*, n. 821, 2004.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de processo civil de 1973*. 1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30.09.16.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 277, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Comentários ao art. 283, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *Lições de direito processual civil : volume 1*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Lições de direito processual civil : volume 2*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set./out. 2015.

CPC Brasileiro Traduzido para a Língua Inglesa. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim (Coords.) - Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/34624029/TERESA_ARRUDA_ALVIM_FREDIE_DIDIER_JR._Traduzido_para_a_L%C3%ADngua_ingLesa_Traduzido_para_a_L%C3%ADngua_ingLesa. Acesso em: 17.06.18.

CUNHA, Leonardo Carneiro. A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro, *in*: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ano XXVII, n. 128, jan./mar. 2016.

_____. Comentários ao art. 4º, *in*: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org.: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. exec.: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZOLA, Marcelo. É cabível prova técnica simplificada em agravo de instrumento. *Conjur.* Publicado em: 06.06.18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-06/marcelo-mazzola-cabe-prova-tecnica-agravo-instrumento>. Acesso em: 07.10.18.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, v. 19, 1968.

_____. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, *in: Temas de direito processual – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Sobre pressupostos processuais, *in: Temas de Direito Processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUNES, Dierle. Novo Código de Processo Civil viabiliza hipóteses de fungibilidade recursal. *Conjur.* Publicado em 01.09.15. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/dierle-nunes-cpc-viabiliza-hipoteses-fungibilidade-recursal#_ftn2. Acesso em: 07.10.18.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SALLES, Carlos Alberto de. Comentário ao art. 76, *in: Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)*. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

SATO, Priscila Kei. *Translatio iudiciumo direito processual civil brasileiro*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=187304>. Acesso em: 27.07.16.

SOUZA, Gisele. Mudar juízo de admissibilidade pode trazer mais rapidez ao processo, diz Luiz Fux. *Conjur.* Publicado em: 19.10.15. Publicado em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processo-fux>. Acesso em: 07.10.18.

TEMER, Sofia. NCPD: Correção de vícios dos recursos. Processualistas. Publicado em 04.07.16. Disponível em: <http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dosrecursos?ref=home>. Acesso em: 07.10.18.

Fundamentos Filosóficos, Históricos e Jurídicos do Uso de Algemas e Vestes Estigmatizantes por Réus Presos nos Tribunais do Júri Brasileiros ¹

Divo Augusto Cavadas

Professor Efetivo DES-II de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Mestrando em História pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, PUC GOIÁS, Brasil.

RESUMO

O presente artigo científico pretende expor os fundamentos do uso de algemas e vestes estigmatizantes (como uniformes prisionais) no processo penal brasileiro – com ênfase no rito especial do júri –, sob a ótica filosófica, historiográfica e jurídica, tecendo críticas a respeito da prática à luz da Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal, a fim de se evitar uma influência negativa nos membros do Conselho de Sentença.

Palavras-Chave: direito; história; filosofia; processo; penal; júri; algemas.

ABSTRACT

The scientific article intends to expose the basis of the use of handcuffs and stigmatizers clothes (such as prison uniforms)

¹ Registre-se no trabalho de pesquisa para elaboração deste artigo científico a indispensável colaboração do eminente Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Dr. Eduardo Mayr, que contribuiu não apenas no aspecto técnico deste estudo, mas na orientação e transmissão de sua experiência profissional e pessoal, significativamente relevante para o resultado final das pesquisas.

on the Brazilian criminal procedural law – with an emphasis in the special procedural of the Jury Criminal Court –, under the philosophical, historiographical and juridical lens, weaving critical comments of this subject in the light of the binding precedent n. 11 of the Supreme Court of Brazil, in order to avoid a negative influence on the members of the jury.

Keywords: law; history; philosophy; procedure; criminal; jury; handcuffs.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito processual penal possui evolução dogmática recente na ciência jurídica, ao contrário do que ocorre com o direito penal, cujas raízes modernas deitam-se nos trabalhos de filósofos e juristas que despontaram no período histórico iluminista, com destaque para Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794).

O direito adjetivo criminal, como forma de materialização do *jus puniendi*, foi destinatário de influxos teóricos significativos da doutrina comparada norte-americana, em especial dos Estados Unidos da América (EUA). Contudo, o sistema penal existente em semelhante República possui diversas notas distintivas em relação às elucubrações aventadas por sua comunidade científica jurídica – notadamente, no que tange à rigidez da atividade policial, manifestada de forma mais ostensiva a partir do *Movimento Lei e Ordem*, em expansão desde a década de 1980.

Nada obstante semelhante realidade manifestada no plano fenomênico, é cediço que o direito processual penal é fruto não somente do jusnaturalismo humanista florescido a partir do período iluminista, mas principalmente do positivismo jurídico na releitura teórica do século XX, como forma de sobrelevar o objetivo de limitação do arbítrio em um Estado Democrático e Social de Direito.

Ao desenvolver-se no âmbito dogmático e científico, o direito processual penal tenciona adotar o modelo acusatório, com rígida separação entre as atividades de investigar, acusar, julgar e executar a pena, de forma a garantir o corolário da imparciali-

dade e aplicar o princípio constitucional do juízo natural (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, XXXVII e LIII). Nesse desiderato, a maioria dos procedimentos em matéria criminal restam circunscritos pelo sistema de valoração probatória do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, com supedâneo no art. 155 do Decreto-Lei Federal n. 3.689/1941 (Código de Processo Penal – CPP/1941).

Entretanto, subsiste no direito processual penal um rito de natureza especial em que o julgamento entre comuns prevalece sobre a apreciação técnica de juiz togado, que no Brasil é investido em sua função pela via meritocrática do concurso público: trata-se do procedimento (ou rito) do júri, composto perante órgão jurisdicional conhecido por Tribunal do Júri.

Nesse órgão, a apreciação do caso penal é submetido a sete jurados, escolhidos dentre o povo segundo requisitos determinados no CPP/1941, fomentando ao máximo a democratização do julgamento de crimes dolosos contra a vida, nos termos do art. 5º, XXXVIII, da Constituição Brasileira de 1988, que traz os princípios aplicáveis ao rito, a saber: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para julgar crimes dolosos contra a vida.

Os jurados, ao contrário dos juízes togados, não dispõem de rigoroso conhecimento jurídico para apreciar casos penais; a fim de deslindar o referido obstáculo, permeiam regras e princípios especiais no rito do júri. Uma das orientações de maior significado é a aplicação do sistema de valoração probatória da íntima convicção no Tribunal do Júri. Nesses termos, a decisão tomada pelos jurados prescinde de motivação ou fundamentação, julgando crimes dolosos contra a vida exclusivamente conforme sua consciência.

Soluciona-se grave controvérsia, mas não se exime o procedimento especial do júri de um profundo debate crítico, em especial acerca da possibilidade de se influenciar a decisão dos jurados, ainda mais considerando-se o princípio da plenitude de defesa (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, XXXVIII, “a”)

- que, em uma leitura *a contrario sensu*, permite que a acusação sustente a condenação com base em elementos extrajurídicos da mesma forma que a defesa pode deles se valer para pleitear a absolvição ou a redução de pena.

A influência supramencionada poderá ser positiva ou negativa, a depender dos elementos de persuasão manejados pela acusação ou pela defesa. Aduz-se ao fato ora constatado o sistema de fixação do veredicto pelo corpo de jurados no ordenamento brasileiro (maioria, ao contrário da prática no direito comparado norte-americano, que se baseia no julgamento pela unanimidade), o que gera novos debates na doutrina pátria, especialmente quanto ao polêmico resultado “4x3” - fruto de prolífero embate na comunidade jurídica nacional, que certamente desbordaria os lindes do presente trabalho.

Nesse sentido, situações como o uso de algemas e de uniforme do estabelecimento penal onde está encarcerado o acusado podem abalar sobremaneira o estado anímico dos jurados, influenciando decisivamente o veredicto em prol da condenação em flagrante violação à imparcialidade que deve existir no julgamento de casos penais.

Outrossim, o pesosamento de interesses como a segurança e incolumidade física de todos os atores do rito especial do júri (juiz, promotor público, jurados, advogado e ouvintes na plateia) é de fundamental importância, principalmente quando há risco de fuga ou de uso da violência por parte do acusado. Os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser levados em consideração, ao menos quanto ao uso de algemas durante as audiências em que houver a presença do acusado no procedimento do júri, seja na fase do *judicium accusationis*, seja na fase do *judicium causae*.

Ainda assim, não são raras as hipóteses em que os representantes da acusação exploram ao máximo os elementos de persuasão que circunscrevem o acusado no momento da audiência, o que certamente vulnera de morte o princípio da ampla defesa em seus múltiplos aspectos, conforme prelecionado pelo art. 5º, LV, da Constituição Brasileira de 1988.

Este estudo tem por temática o sistema da íntima convicção no procedimento especial do júri e sua manifestação no âmbito do conselho de sentença, com especial destaque para a influência negativa que determinados elementos de persuasão exercem no estado anímico dos membros do conselho de sentença, elencando-se como exemplos paradigmáticos o uso de algemas e de uniformes de estabelecimentos penais pelos acusados no momento das audiências do rito do júri.

Embora os elementos de persuasão aferidos sejam variados, não apenas no rito especial do júri, mas também na processualística penal como um todo, destacam-se dois que possuem notável interesse nas atividades hodiernas do Tribunal do Júri: o uso de algemas e o uso de uniformes do estabelecimento penal onde se encontra encarcerado o acusado.

A seleção dos exemplos – e estudos de caso correlatos – leva em consideração não apenas serem recorrentes no mundo fenomênico, mas também terem sido objeto de profunda análise da jurisprudência dos tribunais pátrios – principalmente o uso de algemas, objeto da Súmula Vinculante n. 11 do egrégio Supremo Tribunal Federal (STF).

O objetivo geral do presente trabalho é promover uma abordagem sistemática do rito do júri sob a égide do sistema de valoração probatória da íntima convicção – que também pode ser reconhecido como princípio aplicável ao julgamento pelo conselho de sentença – e de que forma o uso de algemas e uniformes influencia a opinião dos jurados. Embora sistemático, este trabalho não olvidará do rigor científico necessário, considerando o histórico e atividade exercidos por seus autores.

O objetivo específico, por sua vez, envolve uma profunda análise dos referidos elementos de persuasão, aptos a influenciar negativamente o conselho de sentença – estudo que não se limitará apenas no âmbito jurídico, mas filosófico e sociológico, também com supedâneo na formação acadêmica e prática dos autores.

As fontes manejadas na presente obra serão essencialmente bibliográficas, também reputando-se pertinente a apresentação

de pesquisas na área da criminologia e da sociologia criminal acerca do uso de algemas e vestes estigmatizantes no rito especial do júri, dotado de significativa historicidade no direito processual penal brasileiro.

A metodologia aplicada ao presente estudo é calcada na pesquisa qualitativa do levantamento bibliográfico *supra*. Ademais, as ilações de natureza dedutiva serão constantes, na medida em que o estudo da dogmática jurídica processual penal deve ser realizado inicialmente nas matrizes teóricas para que se desenvolvam reflexões de ordem prática, ainda mais em um estudo que contemple o sistema de valoração probatória típico do rito do júri, de significativa inserção social e, por vezes, apelo midiático – feliz ou infelizmente.

A prudência recomenda que o método dedutivo seja adequado ao direito processual penal, a fim de que suas bases teóricas encontrem guarida no mundo fenomênico. A sociedade brasileira, de matriz cultural latina, colonial e escravocrata, influenciou de forma ostensiva o direito processual penal, considerando que o principal diploma de ritos fora publicado durante o período histórico ditatorial conhecido como *Era Vargas* (1930-1945). Logo, o rigor científico da processualística penal é de fundamental relevância para que sua prática não tergiverse das bases teóricas limitadoras do arbítrio estatal, gerando um verdadeiro *direito processual penal simbólico*.

O presente estudo reputa-se em um diálogo reflexivo que não olvida da teoria filosófica crítica, elucubrada pela *Escola de Frankfurt* nos estudos neomarxistas publicados por essa corrente de pensamento ao longo do século XX. O direito processual penal recebe os influxos da superestrutura estatal capitalista, bem como da matriz autoritária já existente desde a origem de seu principal diploma a partir de 1941, conforme se verá nos capítulos subsequentes.

Nesse desiderato, o abuso de elementos de persuasão pelos representantes da acusação no Tribunal do Júri com o fito de promover influência negativa nos jurados que compõem o conselho

de sentença – tais como o uso de algemas e as vestes estigmatizantes (como uniformes de estabelecimentos penais) durante as audiências designadas no procedimento –, quando há coação explícita ou velada no acusado, constitui-se em violação a regras dispostas em tratados internacionais de direitos humanos, conforme sustenta este trabalho.

Aduz-se à vulneração da imparcialidade como pressuposto da fase decisória do rito especial do júri a violação das regras de importantes tratados internacionais de direitos humanos, muitos dos quais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), bem como documentos internacionais relevantes, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela), que ao contemplarem o princípio constitucional da dignidade humana no tratamento de reclusos do sistema prisional, por via de consequência não o tornam estigmatizado perante os jurados no momento da audiência em plenário do Tribunal do Júri.

Logo, o estudo não apenas se limitará a uma abordagem estanque do direito processual penal brasileiro, mas buscará no direito comparado e no direito internacional dos direitos humanos o manancial necessário para se promover uma reflexão crítica acerca do uso de algemas, uniformes e outros artifícios estigmatizantes em acusados perante o Tribunal do Júri, intentando um diálogo sobre os abusos cometidos pelos representantes da acusação ao manipular tais elementos em favor da condenação.

Aliando a experiência e histórico acadêmico dos autores a uma abordagem científica de fenômeno sociológico ocorrido na prática do rito especial do júri, a presente obra introduz debate que certamente restará prolífero, principalmente no espectro de uma *teoria discursiva do direito processual penal*, baseada nos estudos desenvolvidos pela mencionada *Escola de Frankfurt*, mormente pelo filósofo germânico Jürgen Habermas.

Embora de elevada densidade teórica, este trabalho busca inserção prática, na medida em que a manipulação da psiquê dos jurados é uma infeliz realidade no mundo fenomênico, e por vezes resulta em sentenças posteriormente anuladas em segundo grau de jurisdição. Além disso, a influência midiática aliada aos elementos de persuasão estigmatizantes, como os que se reputam objeto deste estudo, exerce significativo abalo na decisão final do conselho de sentença, que resta vulnerada por considerações de natureza subjetiva, que deveriam ser contidas ao máximo no âmbito do Tribunal do Júri, conquanto seja admissível em tal procedimento o sistema de valoração probatória da íntima convicção.

Enfim, sustenta-se que o abuso na manipulação do uso de algemas, vestes estigmatizantes e outros elementos de persuasão negativos perante os jurados que compõem o conselho de sentença reputa-se em grave violação aos direitos humanos do acusado, devendo ser afastado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri ainda que execrável o delito cometido – consideração esta de ordem estritamente pessoal e não condizente com a imparcialidade do juiz presidente –, por ser corolário de um patamar civilizatório típico do Estado Democrático e Social de Direito.

O debate sobre direitos humanos no Brasil jamais pode ser considerado açodado, ainda que o país registre altos índices de criminalidade – dependentes de variados fatores que não podem ser reduzidos à posição midiática sobre a matéria. A proteção dos direitos humanos dos acusados existe não somente por sua intrínseca humanidade, mas para evitar que o arbítrio estatal atinja também o povo, o cidadão hodierno, o *homem médio e prudente*. Esse, para além do objetivo científico, é o objetivo social desta abordagem.

2. INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS HISTÓRICO-ETIMOLÓGICOS

A abordagem etimológica e histórica sobre o uso de algemas, vestes estigmatizantes (como os uniformes típicos do sistema prisional) e outros elementos negativos de persuasão em

acusados no processo penal é de suma importância para que se estude de que forma a manipulação de tais elementos pelos representantes da acusação (Ministério Público e assistente de acusação) pode se reputar significativa na formação do veredicto lavrado pelo conselho de sentença.

O uso de algemas, mais que um requisito de manutenção da incolumidade física e segurança dos atores envolvidos no sistema penal, de terceiros e do próprio acusado, subsiste como ostensivo artifício estigmatizante do sujeito passivo do *jus puniendi*, principalmente quando o acusado é coagido a usar algemas no principal ato processual da fase instrutória: a audiência de instrução – no procedimento bifásico do júri, cindida em audiência perante o juiz presidente no *judicium accusationis* e perante o plenário do júri no *judicium causae*.

Logo, uma abordagem jurídico-filosófica e crítica do uso de algemas e sua evolução na história do direito processual penal como símbolo do cárcere é fundamental para a compreensão de sua indiscriminada exigência em audiências do rito especial do júri defronte ao conselho de sentença – considerando que o objeto deste estudo é a influência negativa que semelhante prática exerce sobre o julgador leigo².

Para tanto, há que se calcar essa exposição na experiência histórica, jurídica, filosófica e sociológica de outras nações, que certamente influenciaram a matriz cultural brasileira, com destaque para os países da Europa continental e os EUA, que a partir do século XX passaram a assumir a posição deixada pelo Reino Unido quando do término do *concerto europeu* (1815-1914)³.

2 Nada obstante, infelizmente vê-se com frequência na prática forense a influência que o uso de algemas, vestes estigmatizantes e outros elementos negativos de persuasão exercem sobre julgadores togados no processo penal. Contudo, a presente obra ater-se-á à influência exercida sobre os julgadores leigos do tribunal popular, pois crê-se firmemente ser mister aos julgadores togados, juízes de direito, recorrerem à formação jurídica e humanística necessária para o exercício da jurisdição, a fim de sua imparcialidade não restar comprometida por semelhantes práticas dos representantes da acusação. Outrossim, o uso de algemas e uniformes do sistema prisional somente deveriam ser exigidos quando estritamente necessário, observando-se o teor da Súmula Vinculante n. 11 do e. STF acerca do uso de algemas. Por isso, a fim de não se desbordar o objetivo da obra, consigna-se essa crítica, a fim de que os juízes de direito detentores de competência criminal reflitam prudentemente sobre a efetiva necessidade de réus presos apresentarem-se em audiência ostentando algemas, condição esta que poderá provocar abalos no estado anímico aptos a contaminar a imparcialidade até mesmo da mais impassível das mentes.

3 No espectro da história do direito internacional público e na teoria das relações internacionais, o Congresso de Viena em 1815 inaugurou período de equilíbrio do poder político na sociedade internacional

3. ETIMOLOGIA E HERMENÊUTICA JURÍDICO-PENAL

Preliminarmente, sustenta-se que a etimologia muito tem a contribuir no estudo de instituições jurídicas e fenômenos sociais. A construção histórico-cultural do significado nas sociedades contemporâneas influencia sobremaneira a utilidade que estas conferem ao objeto do significado, bem como a função que os Estados Soberanos também delimitam para referido objeto.

Na filosofia pós-moderna, o professor Jürgen Habermas, filósofo da *Escola de Frankfurt*, desenvolveu a chamada *teoria da ação comunicativa* (ou do *agir comunicativo*), elaborando ao longo de sua carreira acadêmica uma nova filosofia da linguagem (HABERMAS, 2011). Transpondo semelhante tese, *mutatis mutandis*, para o direito penal, afirma-se a incidência de uma *teoria da ação significativa* na abordagem do conceito analítico de delito.

Sobre a filosofia de Habermas e seus influxos na ciência jurídica e no direito penal, expõe-se didático escólio doutrinário (GALVÃO, 2013, pp. 35-36 e 45-46), *in verbis*:

Em sua Teoria da ação comunicativa, publicada na Alemanha em 1982, Habermas reconstruiu os pressupostos racionais implícitos na linguagem, ressaltando que em todo o ato de fala o falante manifesta aos ouvintes uma pretensão de validade (expectativa de que o que se diz é verdadeiro ou correto) ao mesmo tempo em que a submete à crítica, o que oferece uma possibilidade para a sua reformulação. Habermas ainda distinguiu a ação

conhecido como *concerto europeu*. Capiteado pelo Reino Unido, que ao longo do imperialismo ou neocolonialismo vigente no século XIX instituiu uma verdadeira *pax britânica* conforme estudos jusinternacionalistas, tal período findou-se com a eclosão da I Grande Guerra, em 1914. Durante o *concerto europeu*, o tabuleiro das relações internacionais tinha no Reino Unido seu principal ator econômico e político. Contudo, após a I Grande Guerra, os EUA passaram a exercer cada vez mais influência na sociedade internacional, mormente nos países latino-americanos. Tal ingerência não se limita apenas aos aspectos econômicos e políticos, mas também aos jurídicos, adotando o Brasil grande parte das teorias desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência comparadas norte-americanas, em detrimento do sistema romano-germânico adotado pelos países da Europa continental. Semelhante conflito entre os sistemas da *civil law* (romano-germânico) e *common law* (anglo-saxão) atingiu significativamente o direito processual penal brasileiro, com a crescente influência da teoria dos precedentes centrada nos julgamentos proferidos pelos egrégios Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelas teorias de inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (como a *teoria dos frutos da árvore venenosa – fruits of the poisonous tree*), pelos modelos de instrução probatória (como a arguição direta na produção de prova oral por meio do modelo de *cross examination*, em contraposição do tradicional modelo presidencialista de instrução processual penal), dentre outros exemplos que serão ofertados na presente obra. Para maior aprofundamento na temática jusinternacionalista correlata, cf. GUERRA, 2017; REZEK, 2008; SHAW, 2008; SEITENFUS, 2004.

comunicativa, em que o falante manifesta a intenção de comunicar uma opinião e entender-se com os demais participantes da comunidade de comunicação sobre as coisas comuns do mundo da vida, da ação teleológica (estratégica), em que o falante busca intervir na sociedade para a realização de um determinado fim, como é o caso da persuasão da opinião alheia e a imposição de normas de conduta. Em ambas as manifestações há uma pretensão do falante de que o saber que é expresso por meio da manifestação seja válido e isso quer dizer: verdadeiro para a ação comunicativa e correto para a ação teleológica. (...) A evolução crítica das teorias sociais e, conseqüentemente, das teorias do Direito e da Justiça indicaram a necessidade de mudar o paradigma tradicional da racionalidade prática (cognitiva instrumental) que influenciou as elaborações dogmáticas tradicionais do Direito Penal. A racionalidade prática se desenvolve por um sujeito que pensa o mundo a partir de si mesmo e, com base em sua própria consciência sobre os fatos sociais, produz a norma jurídica. Essa racionalidade permite o estabelecimento de um Direito Penal de índole antidemocrática que deve ser superado. A racionalidade comunicativa, por outro lado, promove uma intervenção menos utilitarista e mais procedimental do Direito, na medida em que a ordem normativa se orienta menos pelo conhecimento ou sua aquisição e mais pela forma com que os sujeitos capazes de linguagem e ação fazem uso do conhecimento.

Semelhantemente, propõe-se neste estudo uma abordagem do uso de algemas nas audiências do rito especial do júri que leve em preliminar consideração seu significado no plano linguístico, a exercer apriorística influência nos jurados enquanto atores sociais. Nesse sentido, essencial aferir o significado da expressão em comento para obtemperar sobre seu impacto na sociedade contemporânea e, por via de consequência, no estado anímico dos integrantes do conselho de sentença.

A expressão “algema” é oriunda do árabe *al-djama’a* (“pulseira”). No dicionário do professor Antônio Houaiss, a palavra tem por significado a exata definição do objeto ou artifício que a corporifica: “*Espécie de argola de ferro provida de fechadura, que serve para prender uma pessoa pelo pulso*” (HOUAISS, 2018).

Contudo, por vezes o significado de uma palavra não se limita ao objeto que ela pretensamente designa. Nesse sentido, o dicionário do professor Cândido de Figueiredo atribui ao vocábulo “algema” à seguinte definição: “*Instrumento de ferro, com que se prende alguém pelos pulsos. Cadeia; grillheta. Opressão*” (FIGUEIREDO, 1913, p. 82). Ao trazer a opressão como um dos significados da palavra “algema”, o filólogo lusitano demonstra que semelhante petrecho inspira no imaginário humano a ideia do arbítrio. As algemas são, nesse sentido, o maior símbolo do cárcere.

A natureza das algemas como símbolo do cárcere perfaz-se nas sociedades modernas especialmente por meio do uso midiático em operações policiais de grande repercussão nacional. Em um processo penal de modelo supostamente acusatório, como ocorre no Brasil, a fase de investigação preliminar deveria manter-se destacada da instrução processual penal; contudo, a prática demonstra que tal proposição não se sustenta no mundo fenomênico.

Casos emblemáticos da jurisprudência criminal brasileira do rito do júri – cite-se, de forma ainda perfunctória, o *caso Eliza Samudio* (Ministério Público do Estado de Minas Gerais v. Bruno Fernandes de Souza), que será abordado mais detidamente ao longo desta obra – revelam que a influência midiática exerce desde logo um grave e negativo abalo no estado anímico dos integrantes do conselho de sentença. A exposição na mídia escrita, virtual e televisiva do acusado ostentando algemas – ainda que não ofereça risco a si mesmo e a terceiros – já o estigmatiza mesmo que o direito processual penal brasileiro adote o princípio constitucional da presunção de inocência (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, LVII).

Sustenta-se no presente estudo que a aplicação das algemas como elemento de convicção negativa para os julgadores leigos é intensificada pela manipulação midiática de tal objeto como símbolo do cárcere, de um *prejulgamento* ao acusado que ainda não teve sequer sua culpa formada após trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴.

Ademais, embora a doutrina nacional sustente que o processo penal brasileiro é informado pelo modelo acusatório, de rígida separação entre as funções de investigar, denunciar, julgar e executar a pena – e de fato verifique-se esse fenômeno na formalidade dos atos de persecução penal, com a existência de órgãos autônomos de Polícia Judiciária, Ministério Público e juízes destacados para a fase de conhecimento e de execução penal –, a prática também demonstra que diversos postulados típicos do modelo acusatório de processo penal são olvidados no transcurso da fase cognitiva, especialmente quanto à separação que deveria existir entre as ilações contidas no relatório do inquérito policial e a fundamentação das sentenças penais condenatórias em primeiro grau de jurisdição.

Apenas o fato de os autos de inquérito policial fazerem parte integrante e plenamente acessível dos autos processuais já demonstra a fragilidade do modelo acusatório praticado no Brasil, na medida em que caberia ao Ministério Público, em sua denúncia, reproduzir fielmente o disposto no relatório de inquérito policial, sendo este dispensável segundo remansoso entendimento pretoriano.

Na investigação de crimes dolosos contra a vida, em que por vezes há maior exposição midiática, a cautela por parte do juiz togado presidente e dos julgadores leigos membros do conselho de sentença deveria ser ainda maior em não se permitirem

4 Nada obstante, o e. STF formou precedente, em 2016, sobre a possibilidade de cumprimento provisório da pena após sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição, nos termos do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 (rel. min. Teori Zavascki). Sustenta-se neste estudo que tal entendimento, *data venia*, encontra-se inadequado dada a redação do art. 5º, LVII, da Constituição Brasileira de 1988, que atende aos princípios estabelecidos em tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica) – em seu art. 8, item n. 2 – e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 – em seu art. 14, item n. 2.

contaminar pelas ilações consubstanciadas nos autos de inquérito policial, considerando que os arts. 478 e 479 do CPP/1941⁵, ao trazerem rol taxativo de limitações à leitura de documentos pelos jurados, não incluem os autos do inquérito policial, que trazem considerações promanadas por sujeito parcial da persecução penal – a autoridade policial.

Logo, os representantes da acusação podem lançar mão de documentos constantes no inquérito policial, cujo desenvolvimento as mais das vezes fora fortemente marcado pela influência midiática no curso da investigação preliminar. Por mais que as regras *supra* vedem considerações sobre o uso de algemas nas alegações orais despendidas pelos representantes da acusação, as referências estigmatizantes inclusas nos autos de inquérito policial, ao alcance dos jurados e do juiz presidente do Tribunal do Júri, preliminarmente exercem o efeito negativo e violam o modelo acusatório. Esse e outros exemplos terminam por ensejar que parte da doutrina sustente ter o Brasil adotado um modelo misto⁶ ou *acusatório flexível*⁷.

5 Decreto-Lei n. 3.689/1941 (Código de Processo Penal). Art. 478. *Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.* Art. 479. *Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.*

6 Esta é a posição, dentre outros, do professor Guilherme de Souza Nucci. Relevante o excerto doutrinário de obra da lavra do referido estudioso, *in verbis*: “O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas, etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitória (...). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP/1941) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitória, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que se estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP/1941) evidencia o sistema misto” (NUCCI, 2012, p. 126).

7 Esta é a posição, dentre outros, do professor Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2016). O professor Fernando da Costa Tourinho Filho, membro aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo, também aparenta filiar-se a essa corrente de pensamento, nos termos do escólio doutrinário de sua lavra que segue, *in verbis*: “No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes. Na verdade, pode o Juiz requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP/1941), decretar de ofício prisão preventiva (art. 311 do CPP/1941), conceder habeas corpus de ofício (art. 654, §2º, do CPP/1941), ser destinatário da representação (art. 39 do CPP/1941), ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, II, do CPP/1941), ouvir outras

Portanto, verifica-se em primeiro lugar que a manipulação semântica e discursiva das algemas como símbolo do cárcere e de uma apriorística culpa já é apta a formar no espírito dos julgadores do rito especial do júri – juiz presidente e jurados integrantes do conselho de sentença do Tribunal do Júri – uma convicção negativa sobre o acusado que ostenta semelhante objeto durante as audiências de instrução, ainda que seu uso não seja justificado nos termos da Súmula Vinculante n. 11 do e. STF.

4. TRAJETO HISTÓRICO NAS SOCIEDADES OCIDENTAIS

O uso de algemas em réus presos como forma de se impedir a fuga ou atentado à incolumidade física própria e de terceiros encontra-se imbricado na história das civilizações humanas desde priscas eras. Seu manejo como símbolo do cárcere e presunção de culpa deita raízes especialmente nas sociedades ocidentais, objeto de pesquisa desta parte do estudo.

Há que se distinguir, em abordagem preliminar, o uso de algemas – considerando a etimologia da palavra, já aferida *supra* – do uso de outros artifícios criados para subsidiar o cárcere nas penas privativas de liberdade, sejam elas provisórias ou definitivas.

Nesse sentido, podem ser destacados três objetos com finalidades distintas, a saber: as algemas, objeto específico deste trabalho; o *marca-passo*, nome popular conferido às algemas para pés, tendo caráter ainda mais carregado de simbolismo estigmatizante, sustentando-se ser uma flagrante violação a normas protetivas dos direitos humanos; e os grilhões, que para fins do presente estudo podem ser considerados as algemas ou *marca-passo* dotados de mecanismos aflitivos, divergindo portanto de sua finalidade protetiva para resultar em instrumento de tortura⁸.

testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP/1941) e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (§1º do art. 209 do CPP/1941), etc” (TOURINHO FILHO, 2012, pp. 79-80).

⁸ Existem estudiosos que aproximam os conceitos de *marca-passo* e grilhões, na medida em que também se constituem em método aflictivo de cerceamento da liberdade, no espectro psicológico. Posto isso, definem o agrilhoamento contemporâneo como o uso de *marca-passo* em réus presos provisória ou definitivamente, em seus ocasionais deslocamentos para o ambiente externo ao estabelecimento penal. Cf. a obra de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, em referenciado trecho que segue: “*Já quanto ao uso de grilhões, ou seja, peças metálicas para prender os tornozelos, estes se revelam nitidamente desproporcionais, sendo sua utilização injustificada*” (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 828). Ressalte-se que, no Brasil, o caso “Ministério Público Federal v. Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho”, derivado da atuação da Polícia Federal

A Antiguidade clássica e pós-clássica apresenta o largo uso de grilhões no tratamento destinado a presos temporários e definitivos, dado o processo penal primitivo da época, que estimulava a pena de escravidão temporária para determinadas categorias delitivas – em especial devido à ausência de rígida separação entre o direito penal e o direito civil, por existirem à época ilícitos civis que resultavam em punições de natureza corporal tipicamente ligadas ao direito penal, como ocorria por ocasião da inadimplência de obrigações civis.

Outrossim, o agrilhoamento na antiguidade correspondia à natureza aflagante de tal artefato, dada a subsistência da ideia de *vingança privada* existente em determinadas civilizações (como a babilônica e hebraica) e mesmo da ideia de *vingança pública* trazida a lume pela sociedade romana.

Uma melhor compreensão sobre de que forma a natureza vingativa da pena desenvolvia-se na Antiguidade pode ser obtida no magistério de BITENCOURT (2018, pp. 82-84), cujo didático excerto doutrinário segue adiante, *in verbis*:

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. (...) Esta fase, que se convencionou denominar fase da vingança divina, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. (...) Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a lei de talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção

na chamada “Operação Calicute”, foi marcado pela exposição midiática do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral ostentando marca-passo na qualidade de preso provisório, o que se sustenta ser grave violação aos direitos humanos de acusado que não oferecia risco objetivo à incolumidade física própria e de terceiros ao longo do processo, sendo totalmente injustificado o agrilhoamento do ponto de vista do direito processual penal democrático e contemporâneo, considerando a natureza econômica do delito imputado ao acusado. Sobre a distinção entre crimes econômicos em sentido amplo e em sentido estrito, cf. CAVADAS, 2018.

criminal. A lei de talião foi adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos). (...) Finalmente, superando as fases da vingança divina e da vingança privada, chegou-se à vingança pública. Nesta fase, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo intimidatório. (...) De qualquer sorte, em nenhuma dessas fases de vingança houve a liberação total do caráter místico ou religioso da sanção penal, tampouco se conheceu a responsabilidade penal individual, que somente a partir das conquistas do Iluminismo passou a integrar os mandamentos mais caros do Direito Penal.

O uso de algemas para os réus presos no transcurso do julgamento, ainda que na Antiguidade clássica fossem mais céleres que a prática forense atual, já denunciava o abuso inquisitivo e estigmatizante do referido artefato. Com especial interesse a partir da Idade Média, período histórico em que o direito germânico mesclou-se às instituições romanas e canônicas da nascente igreja cristã romana, o agrilhoamento e a adoção das algemas muçulmanas, mais funcionais e menos custosas para fabricação (então em escala artesanal), passam a ser procedimentos hodiernos de apresentação de réus encarcerados para julgamento, havendo apenas a experiência helênica, mormente ateniense, no que concerne ao julgamento por tribunal popular – sendo ainda mais comum o modelo presidencialista de juízo singular, baseado na prática franco-germânica.

Outrossim, o próprio encarceramento decorrente da pena de prisão, da qual o uso de algemas pode ser considerado maior símbolo, apresenta cerceamento do direito de liberdade ambulatorial comparável a forma de tortura, ainda que aparentemente branda. Nesse sentido, a pena de prisão pode ser considerada uma evolução das penas corporais de outrora. Assim opina o professor e sociólogo francês Michel Foucault sobre a superação dos suplícios corporais em favor da pena de prisão,

quando afirma que “a punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal”⁹.

Mesmo com a adoção da pena privativa de liberdade como substituta dos vetustos suplícios corporais, o uso de algemas – bem como, em determinados casos, a imoral permanência do uso de grilhões, como mencionado *supra* e conforme ainda adotado na prática de execução penal dos Estados Unidos da América no transporte de presos – ainda representa um resquício dos antigos suplícios¹⁰, especialmente no âmbito das prisões provisórias, nas quais a culpa sequer foi estruturada¹¹.

9 Cf. excerto de obra referenciada do eminente historiador e sociólogo francês, *in verbis*: “A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias conseqüências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada à seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor” (FOUCAULT, 1999, p. 13). A existência de um Museu da Tortura em Amsterdã, nos Países Baixos, vem apenas a corroborar a institucionalização de semelhante prática ao longo de toda a Idade Média e início da Idade Moderna, somente vindo a ser gradativamente erradicada no aspecto formal das execuções penais a partir do século XVIII. Nada obstante, por lamentável ainda se observa a prática da tortura nas relações intramuros das instituições penitenciárias, mormente latino-americanas, que por meio da limitação de direitos fundamentais exercem suposto controle social informal da população carcerária.

10 Destaque-se o entendimento do professor e jurista italiano Mario Losano acerca da evolução do direito penal na Europa continental, em didático escólio doutrinário com o qual ilustra sua posição valendo-se do *feixe de lictor*, instrumento de tortura usado pelo império romano – curiosamente, símbolo do regime fascista em vigor na Itália de 1922 a 1945 EC. Segue o excerto, *in verbis*: “Entre tortura e pena existe uma mistura parcial, pois tortura não tem apenas uma função probatória, mas antecipa também no todo ou em parte a punição do culpado. A alegoria da Justiça de Bruegel, o Velho, representa um mundo judiciário em que a inexistência de garantias processuais não permite distinguir quem, entre os torturados, está sofrendo uma pena e quem está fornecendo uma prova. Até o final do século XVIII, de fato, a pena é essencialmente física. Na latinidade clássica, o símbolo do poder punitivo do Estado referia-se apenas às penas corporais: o feixe de lictor era efetivamente composto de varas para as punições menores e do machado para a punição capital. Não era diferente a situação dos ilícitos que hoje chamaríamos de civis: os credores insatisfeitos podiam vingar-se no corpo do devedor inadimplente, de forma que com o termo *obligatio* (em latim, ligare é atar) designa-se originariamente tanto uma obrigação jurídica, quanto um vínculo físico” (LOSANO, 2007, p. 116). Incrivelmente, as instituições religiosas durante séculos exerceram significativo estímulo na execução de penas cruéis e infamantes.

11 Sobre a natureza excepcional das prisões provisórias, bem como da maior excepcionalidade do uso de algemas para apresentação de presos provisórios em audiências de custódia ou instrutórias ao longo do processo-crime, v. a abalizada opinião do professor Fauzi Hassan Chouk, no excerto dos comentários que seguem, *in verbis*: “Assim, há nítido contraste entre a CR [Constituição da República] e a CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos] com a tópica do Código [de Processo Penal] quanto ao tratamento do relacionamento liberdade-prisão, pois a legislação infraconstitucional concebe esta última como instrumento essencial do modelo persecutório, e aloca a liberdade num plano de exceção em relação àquela. Tais bases são facilmente encontradas nas locuções empregadas pela jurisprudência e pela doutrina dominantes, que utilizam expressões como ‘conceder-se’ ao se referir à liberdade, ‘benefício’ ou ‘benesse’ para o tema das contracautelas pessoais, notadamente a ‘liberdade provisória’, esta última expressão bem emblemática do tratamento do tema, aliás, pois dela se extrai que provisória não é a prisão, mas sim a liberdade. A lógica do sistema inquisitivo persiste, não apenas no plano normativo, mas também no plano cultural” (CHOUKR, 2010, p. 452). Ao longo deste estudo científico, retornar-se-á à temática dos modelos de processo penal, com ênfase na distinção entre o modelo inquisitivo e o modelo acusatório, sustentando-se que o uso de algemas nas audiências instrutórias do rito especial do júri representa vínculo

Entendido o uso de grilhões, e posteriormente de algemas, como autêntica forma de suplício corporal – o primeiro, físico, e ambos, psicológicos –, verifica-se que a estruturação do processo penal a partir do período iluminista, notadamente a partir do século XIX, resultou no abandono formal dos suplícios corporais explícitos como espécies de sanção penal; contudo, sustenta-se que a estigmatização provocada pelo uso indiscriminado de algemas por presos provisórios ao longo do procedimento especial do júri representa uma prévia sanção penal, na medida em que a exposição desnecessária do acusado algemado (e, em alguns casos, algemado e agrilhado ou submetido também ao marca-passo) promove uma prévia incriminação e ilegal culpa apriorística, sem que sequer tenha sido lavrada sentença penal condenatória correspondente.

A necessidade de estigmatização da figura do criminoso, real ou suposto – na medida em que o objeto deste estudo é o uso de algemas por réus presos provisoriamente quando de sua apresentação em audiências do rito do júri –, é inerente a um modelo científico-positivo de criminologia, conforme propugnado na origem científica desta disciplina, no século XIX.

A criminologia positiva foi estruturada cientificamente pelo estudioso italiano Cesare Lombroso, na conhecida obra *O Homem Delinquente*, que estrutura sua teoria antropológica do delito e do criminoso. Segundo o criminólogo novecentista, o delinquente ostentaria características biológicas que o tornariam propenso à conduta delitativa, tese que condizia com a ascensão do determinismo nas correntes filosóficas do período, embaladas pelos estudos evolucionistas do naturalista britânico Charles Darwin, que cambiaram nas ciências humanas e sociais aplicadas para o fenômeno pseudocientífico do *darwinismo social*. Infelizmente, as ideias propugnadas por Lombroso contribuiriam para o aparato ideológico de governos totalitários na Europa, como o nacional-socialismo alemão e o fascismo italiano.

O entendimento de que o delinquente era um ser nato e propenso ao crime, nesse sentido, encontra azo em uma *criminolo-*

ao anacrônico modelo inquisitivo de processo penal.

logia positiva e antropológica como primeira escola de pensamento significativa dessa nova ciência, ligada ao direito penal, mas dele independente, o que leva juristas como o professor lusitano Jorge de Figueiredo Dias a vindicarem a existência de uma *ciência total do direito penal*, a englobar os estudos da dogmática jurídico-penal, da criminologia e da política criminal (DIAS, 2012).

Acerca da escola de criminologia positiva e seus impactos no Brasil, pertinente o seguinte escólio doutrinário, da lavra de MAÍLLO e PRADO (2013, p. 95), em obra conjunta e comentando a posição de C. Carvalho Junior, *in verbis*:

Com o lastro anteriormente dito, pode-se considerar que a criminologia positiva já havia nascido na Europa em meados do século XIX ou pouco antes. Contudo, sua consolidação somente tem lugar no final do mesmo século, em 1872, com a obra de Lombroso (*O homem delinquente*) e, em menor medida, com a de Ferri (*Sociologia criminal*) e Garofalo (*Criminologia*), o que se conhece como a escola positiva ou italiana. Na sequência do movimento europeu, o positivismo no Brasil emerge nos dois polos culturais que dominavam a vida jurídica naquele momento histórico – especialmente na segunda metade do século XIX – Olinda (Recife) e São Paulo. Em síntese: nele ‘predominava um subconsciente positivista na mentalidade brasileira que se expressou de forma variada e em diversos campos de atividades. Não havia, entretanto, uma consciência do positivismo como fenômeno cultural que nascera de uma construção tão idealizada e apriorística quanto o sistema que pretendia combater, tão sujeito a dogmas, preceitos, exco-munhões quanto a ideologia que procurara contestar. A intelectualidade brasileira do fim do século conhecia o positivismo, sabia-o bem, mas não o entendia por completo. Via-o como uma força revolucionária quando na verdade, era essencialmente conservador. Porém, para aquele Brasil despossuído, pré-científico, escravagista, que quase sucumbira ao desafio militar de uma peque-

na nação meio indígena, o conhecimento da ciência, o manuseio de uma linguagem técnica mais precisa, muito mais que o comportado sistema de Comte, revestia-se da sedução e da temeridade de um programa revolucionário completo, o que eclipsava os notórios aspectos conservadores e mecanicistas da doutrina positivista'. A Escola Positiva atingiu aqui seu apogeu no final do século XIX e início do século XX, com os trabalhos e projetos de Código Penal.

A escola positiva de criminologia, de matriz italiana, influenciou sobremaneira a ciência do direito penal brasileira, a ponto de se constituir em manancial teórico para a elaboração da Consolidação das Leis Penais de 1890 e mesmo do Código Penal de 1940, ainda em vigor no país, oriundo do autoritário governo de Getúlio Vargas.

Na criminologia atual, o estudo do criminoso passou a ser apenas um de seus pilares, cabendo destaque ao estudo da vítima, que recebe o nome de vitimologia. Uma das razões do recente desenvolvimento da vitimologia, ciência que estuda a vítima quanto à sua personalidade, inter-relação com o vitimizador, causas da vitimização, prevenção e reparação, e demais aspectos biopsicossociais, deve-se à transferência dos estudos da vertente firmada entre criminoso e vítima para uma outra, voltada à abordagem causal dos fenômenos jurídicos e psicossociais, em que o conhecimento da *dinâmica vitimal* e do processo de vitimização individual ou coletiva possam ser aferidos, com explicações e soluções. Passa-se do *quid juris* para o *quid facti* (MAYR, 1990a e 1990b).

Todavia, o fato é que, por ser manifestamente estigmatizadora, a escola positiva de criminologia estimulava o encarceramento dos indivíduos rotulados de *delinquentes*, posteriormente denominados de *desviantes* pela moderna criminologia – o que, sustenta-se, não alterou o etiquetamento social deferido a acusados de delitos que podem, ao longo de um processo criminal, ser absolvidos no aspecto jurídico, mas permanentemente condenados no seio do convívio social.

O uso de algemas, nesse sentido, justificado enquanto consectário da pena privativa de liberdade como meio menos gravoso que os antigos suplícios medievais permanece, sob o ponto de vista sustentado na presente obra, como método de indigitado etiquetamento social do preso provisório e definitivo, principalmente no tocante ao primeiro, cujo indiscriminado uso de algemas em audiências do rito especial do júri constitui-se em objeto deste estudo, bem como o uso de vestes estigmatizantes como formas de se influenciar negativamente o corpo de jurados do conselho de sentença.

5. ESCORÇO HISTÓRICO DA IMPOSIÇÃO NO USO DE ALGEMAS E VESTES ESTIGMATIZANTES NO BRASIL

O uso de algemas e vestes estigmatizantes (elementos de um conceito mais amplo que se sustenta denominar de *signos inquisitivos*, realidade no processo penal brasileiro que transcende os lindes do presente trabalho) em presos provisórios e definitivos no Brasil acompanhou, *mutatis mutandis*, o desenvolvimento histórico mundial, considerando o uso de tais aparatos nas sociedades ocidentais para se destacar e etiquetar o preso do restante da população – destacamento este que se torna, por vezes, mancha indelével a acompanhar o indivíduo mesmo quando se torna egresso do sistema prisional, o que dificulta uma das modernas funções da pena, qual seja, a ressocialização.

No âmbito da criminologia, o uso de tais elementos de convicção no momento das audiências, por ocasião do juízo de pronúncia e nas sustentações em plenário do júri, reforça o modelo calcado no que os estudos anglo-saxões denominam *labelling approach*¹².

12 A teoria do *labelling approach* ou *enfoque do etiquetamento*, nada obstante ser merecedora de críticas pela criminologia contemporânea de matriz crítica, ainda é considerada referencial seguro nos estudos sobre o crime e o criminoso, exercendo influência relevante na aplicação das formas de controle social. Nesse sentido, oportuno apresentar a opinião dos professores Luiz Regis Prado e Alfonso Serrano Maíllo sobre a matéria, *in verbis*: “O enfoque do etiquetamento chama a atenção sobre a importância que a reação tem para o delito. O enfoque do etiquetamento quer dizer basicamente duas coisas. Em primeiro lugar, que não existe quase nenhum ato que seja delitivo em si mesmo, mas delitivo ou desviado e aquilo que se define como tal pela comunidade ou pelos órgãos do sistema de Administração da Justiça. A chave para que algo seja delitivo, portanto, não reside tanto em suas características intrínsecas, mas no etiquetamento que dele se faça. Por exemplo, um grupo de jovens que perambula pela rua e atira pedras em um carro ou pega frutas de uma banca pode ser definido como um bando de delinquentes juvenis ou como garotos normais fazendo arruaças. Isso pode acontecer inclusive em delitos graves como o homicídio e as agressões sexuais. Assim se percebe como a reação que provoca um fato na comunidade ou no grupo é decisiva

Ademais, conforme já referido em momentos anteriores deste trabalho, tal situação a que se submete o acusado perante o conselho de sentença viola sistematicamente os preceitos legais contidos em tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, bem como documentos correlatos.

Verifica-se que semelhante afronta a direitos inerentes à dignidade humana é cediça no ordenamento pátrio, em virtude da herança trazida ainda por ocasião das Ordenações Filipinas, que traziam severas disposições acerca do procedimento de apuração criminal e normas penais incriminadoras, enquanto reminiscência do antigo regime das ordálias, comuns no período medievo, mas que permaneceram adaptadas à realidade brasileira durante todo o período colonial até a publicação do Código Criminal do Império¹³.

O tratamento dispensado aos acusados no processo penal brasileiro, fruto de uma matriz cultural latina, colonial, escravocrata e autoritária, difere do desenvolvimento histórico observado nas

para que seja definido como delitivo, desviado ou como algo normal acerca do qual não é preciso fazer nada. O delito, nessa perspectiva, já não pode ser visto simplesmente como um fato com determinadas características próprias que o definem e o distinguem dos fatos ilícitos: a reação provocada inclusive por fatos praticamente iguais é essencial para sua qualificação como delito ou não” (MAÍLLO e PRADO, pp. 319-320).

13 Ainda no ano de 1870, Candido Mendes de Almeida, em apresentação à edição brasileira das Ordenações Filipinas, já consideradas documento jurídico histórico no Direito brasileiro, apontava suas graves violações ao *direito natural*, antecessor dos atuais direitos humanos, frente à ordem constitucional inaugurada pela Carta Imperial de 1824, e ainda tecia importante crítica ao Código Criminal de 1830, nos seguintes termos, *in verbis*: “O nosso Legislador constituinte fez ao Paiz no art. 179 §18 da Constituição a solemne promessa de, quanto antes, dota-lo com dous Codigos, um Criminal, e outro Civil, fundados nas solidas bases da justiça e equidade. A primeira parte desta obrigação foi logo satisfeita com a Lei de 16 de Dezembro de 1830, que decretou o Código Criminal vigente, o trabalho mais importante da primeira Legislatura. Não obstante, não deixa de ser deficientíssimo, e exhibe em si a prova de que foi elaborado com pressa, e sem a madureza que taes commettimentos demandão; maxime depois dos abalos por que o Paiz acabava de atravessar. Havia em verdade justificado motivo no açodamento do Legislador. Vigorava ainda o Código Penal do antigo regimen, a Ord. do liv. 5º, cuja penalidade, sobre modo aspera e anachronica, dava largas ensanchas ao arbitrio do Juiz; mas que ainda seria supportavel, se não fosse acompanhada do respectivo processo, inquisitorial, vexatorio, e avêso ás doutrinas que a Constituição inaugurava” (ALMEIDA, 1870, p. V). Sobre as ordálias, embora norteado para o direito processual civil, interessante abordagem no âmbito da teoria geral do processo é realizada pelo professor Jônatas Luiz Moreira de Paula, *in verbis*: “A influência religiosa na Idade Média, associada à recepção dos costumes romanos pelos bárbaros, incrementou a utilização das ordálias. Contudo, havia uma conotação ideológica na sua utilização, pois a prova por meio das ordálias, essencialmente formalista, não visava a formação da consciência do juiz a respeito da verdade. Tinha por finalidade fazer a afirmação da existência de Deus diante de um povo recém-cristianizado, uma vez que a verdade aparecia com a vontade de Deus, como expressão do justo, do certo e do errado. (...) Também na Idade Média, em razão do desuso do juramento, surge a figura do combate judiciário ou duelo, institucionalizado sob o uso da força, uma vez que se evitava que os indivíduos não jurassem sobre fatos obscuros e não perjurassem sobre fatos certos. Apenas os litigantes se enfrentavam e a vitória no duelo representava vitória na demanda. A despeito de as Ordálias e os Juízos de Deus receberem maior atenção na Idade Média, sobretudo do Direito Germânico, o fato é que, desde o Direito Antigo, têm-se notícias de sua aplicação. É o que se pode encontrar no duelo-ordálio, procedimento comum a todos os povos da Antiguidade, presente no direito hebraico, grego e romano” (PAULA, 2003, p. 27).

sociedades ligadas ao tronco cultural anglo-saxão, que adotaram o modelo de sistema jurídico da *common law*, fortemente marcado pela teoria dos precedentes judiciais e da construção evolutiva do ordenamento jurídico por meio do entendimento pretoriano.

O acusado, visto como objeto do processo penal, era dissociado da figura de sujeito detentor de direitos ao longo do procedimento, impondo-lhe condição meramente passiva, prejudicando de forma indelével seu direito de defesa, hoje consubstanciado pelo princípio constitucional da ampla defesa (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, LV).

A autodefesa enquanto consectário da hoje consagrada ampla defesa era deveras prejudicada no período imperial e ao longo de grande parte do Brasil República, bem como limitada a defesa técnica pelo modelo presidencialista de audiência, que embora tenha sido substituído pela adoção do modelo anglo-saxão do *cross examination* nos albores do século XXI, ainda encontra resistência por parte de determinados atores do Poder Judiciário, ciosos da manutenção do *status quo* autoritário que foi imposto ao direito processual penal pátrio nos últimos setenta anos.

Nesse sentido, tornou-se gradativamente lugar-comum ao longo do século XX a imposição de algemas e vestes estigmatizantes para apresentação de réus presos em audiência nos variados procedimentos criminais, mormente no âmbito do Tribunal do Júri. Outrossim, o direito processual penal ao longo dos séculos XIX e XX era abordado do ponto de vista acadêmico como mero apêndice do direito penal material, sendo então denominado *direito penal judiciário* ou mesmo *direito penal adjetivo* (Cf. AZEVEDO, 1958)

Entretanto, a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 representou marco histórico de fundamental importância para um novo paradigma científico no estudo do direito processual penal pátrio. Essa nova visão, calcada em um Estado Democrático de Direito pluralista e observador dos ditames de justiça social e de normas de proteção internacional dos direitos humanos, impactou a persecução criminal, efetivando a regra segundo a qual o acusado é sujeito do processo penal, não meramente um

objeto, conforme pode ser aferido segundo interpretação sistemática dos arts. 185 a 196 do CPP/1941¹⁴.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, pois, que o uso de elementos estigmatizantes para fins de persuasão negativa do conselho de sentença no rito especial do júri – aqui exemplificados pelo uso de algemas e vestes estigmatizantes, como o uniforme da instituição prisional onde se encontra encarcerado o réu preso – trata-se de fenômeno dotado de profundo significado histórico e jurídico, divergindo do modelo acusatório de processo penal.

A distinção entre os modelos inquisitivo e acusatório, bem como a consideração de que o Brasil adotaria um *modelo misto* (a nosso ver, tão somente uma forma de se escamotear a matriz autoritária de processo penal vigente no país), é de profundo interesse para que se compreendam as razões pelas quais as personagens do sistema penal ignoram – e por que não dizer, por vezes estimulam – o abuso no uso de algemas em contraposição ao assentado pelo Pretório Excelso em sua Súmula Vinculante n. 11.

O uso de grilhões, algemas ou qualquer outro meio de constrição da liberdade ambulatorial deve ser considerado como ato excepcional, não apenas por imperioso preceito da jurisprudência pátria, mas também pela observância de tratados internacionais de direitos humanos e documentos conexos, como a própria Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (Resolução n. 217-A-III, de 10 de dezembro de 1948).

Quanto aos aspectos jurídicos, afirma-se que a proibição do uso indiscriminado de algemas é mais tangível que a vedação ao uso obrigatório de vestes estigmatizantes frente aos membros do conselho de sentença – afinal, esta primeira já se encontra assentada em súmula jurisprudencial de caráter vinculante inclusive para órgãos públicos do Poder Executivo.

14 Os referidos dispositivos legais disciplinam o *interrogatório do acusado* como prova em espécie. Nada obstante tal capítulo do CPP/1941 tenha sua redação originária norteada a uma hermenêutica de submissão do acusado enquanto objeto do processo, as alterações legislativas promovidas pelas Leis n. 10.792/2003 e 11.900/2009 tencionaram excluir essa verdadeira *coisificação* do acusado, integrando-o ao processo como sujeito detentor de direitos.

A tese sobre a proibição de vestes estigmatizantes, contudo, é mais ligada a aspectos da sociologia criminal que da dogmática jurídico-penal, pois inexistente no ordenamento jurídico brasileiro norma ou preceito jurisprudencial que vede semelhante proceder. Especialmente na prática forense, verificam-se as hodiernas condutas de integrantes do sistema penal, de forma notável no âmbito da execução penal, em constantemente impedir réus presos de trocarem suas roupas antes de se dirigirem às audiências.

Os réus presos são, em suma, conduzidos a usarem a roupa da instituição prisional, sob as mais diversas justificativas: falta de tempo, risco à segurança própria e de outrem – como se uma simples peça de vestuário pudesse oferecer semelhante risco –, dentre outras razões que não se justificam no mundo fenomênico, fruto, cremos, da matriz autoritária de processo penal que se instalou no Brasil desde a publicação do CPP/1941 e que não sofreu significativa mudança mesmo após as variadas alterações legislativas pelas quais passou o diploma brasileiro de ritos penais.

Injustificável, contudo, o uso indiscriminado de algemas, ou sua determinação pelo juiz presidente do Tribunal do Júri sem declinar especificadamente os fundamentos fáticos e jurídicos nos quais repousa sua decisão de apresentar o réu algemado perante o conselho de sentença. É providência salutar, fruto da determinação constitucional encastelada no art. 93, IX, da Constituição Brasileira de 1988, que o juiz togado fundamente todas as suas decisões judiciais; e especialmente nos feitos criminais, deve o juiz apresentar de forma exaustiva os fundamentos fáticos e jurídicos de decisões que limitem os direitos e garantias fundamentais do réu, cuja inocência reputa-se até prova em contrário, também por determinação da *Lex Mater* (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, LVII).

Quando o réu preso não oferece riscos à segurança própria e de terceiros, constatado por regular exame criminológico, que deve (ou deveria) ser realizado a cada encarceramento, não existem razões para que seja apresentado a julgadores leigos ostentando elementos que conduzam à intelecção de que possa ser culpado. É a completa perversão do referido princípio constitu-

cional da presunção de inocência, transmutando-se em presunção de culpa por uma estratégia que, embora do ponto de vista estritamente jurídico seja frágil, para o leigo e do ponto de vista sociológico e filosófico-simbólico por vezes é de grande influência para se determinar a condenação após votação do conselho de sentença que, por ostentar como princípio constitucional a soberania de seus veredictos, gera maior dificuldade para a defesa do réu em anular a consequente sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D'El-Rey D. Philippe I.** 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Curso de Direito Judiciário Penal.** 2 v. São Paulo: Saraiva, 1958.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAVADAS, Divo Augusto. **Da distinção ontológica entre crimes econômicos em sentido amplo e estrito.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5624, 24 nov. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69741>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral, Tomo I – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime.** v. 1. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2012.

FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** Lisboa: Editora Portugal Brasil Limitada – SOC, 1913.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões.** 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 2 v.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário *Online* de Português**. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/algema/>. Acesso em: 14 jun 2018.

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução: Marcela Varejão e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em Debate**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MAYR, Eduardo. **A Vitimologia, Hoje**. Suplemento Jurídico do D.O./Poder Judiciário RJ: agosto, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAULA, Jônatas Moreira de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III. 2. ed. Barueri: Manole, 2003.

REZEK, Francisco José. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2004.

SHAW, Malcolm M. **International Law**. 6. ed. Reino Unido: Cambridge University Press, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Os Novos Desafios do Poder Judiciário em Reconhecer a Isenção do Imposto Causa Mortis aos Hipossuficientes Frente ao Direito Constitucional de Acesso à Herança (Art. 5 ,Inciso XXX, CRFB/88)

**Flávio Souto Meirelles An-
chino Moreira Miguel**

Advogado. Pós-graduando em Direito das Famílias e Sucessões (UCAM/IBDFAM/Tríade). - Graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O presente artigo analisa a possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer a isenção do imposto *causa mortis* aos hipossuficientes em situação de penúria, ainda que sem previsão legal, a fim de garantir o direito de herança, traçando breves considerações sobre o referido imposto no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, bem como enfrentando o entendimento da Súmula 297 TJRJ.

Abstract: The article herein analyses the possibility of the Judicial Power acknowledges the exemption of *causa mortis* tax charged upon people in need facing a severe situation of structural shortage, even whether there is not any legal provision stating that, in order to guarantee their right to inheritance, setting up brief considerations on the referred tax throughout the State

of Rio de Janeiro, yet going against the understanding of Precedent 297 of TJRJ.

Palavras chaves: Direito Civil. Direito Constitucional. Direito Tributário. Inventário. Isenção do Imposto *causa mortis* (ITCMD) por Hipossuficiência Econômica. Direito de Herança.

Key words: Civil Law. Constitutional Law. Tax Law. Inventory. Exemption of *causa mortis* tax upon people in need facing a severe situation of structural shortage. Inheritance rights.

SUMÁRIO

I – Introdução; II – Art. 5, inciso XXX, CRFB/88 – Direito de Herança como Direito Fundamental; III – O imposto *causa mortis* – ITD; III.1 – Breves considerações sobre fato gerador, base de cálculo e alíquota na Lei 1.427/89 x Lei 7.174/15; III.2 – Das isenções tributárias, bem como o seu reconhecimento pela autoridade fazendária e pelo Poder Judiciário nos inventários pelo rito convencional, em vista do princípio consagrado no art. 5, inciso XXXV da Constituição Federal (inafastabilidade de jurisdição). (Lei 1.427/89 x Lei 7.174/15); III.3 – Da gratuidade de justiça na Lei 1.060/50 e na Lei 13.015/2015 (Novo Código De Processo Civil); IV – A problemática da súmula 297 do TJRJ; V – Da necessidade do reconhecimento da isenção do imposto *causa mortis* a certos hipossuficientes, ainda que sem previsão legal, a fim de tornar efetivo o acesso à herança, direito constitucionalmente garantido; VI – Conclusão; VII – Referências Bibliográficas

I – INTRODUÇÃO

Cada vez mais o Poder Judiciário tem uma tarefa ímpar em garantir direitos constitucionalmente previstos. Essa necessidade surge em razão de o legislador infraconstitucional não conseguir prever todas as situações em lei.

Dentre os diversos casos que ocorrem no dia a dia do Judiciário, merece destaque quando o direito de herança é obstaculizado com o pagamento do imposto *causa mortis*, sendo o responsável pelo seu pagamento uma pessoa hipossuficiente em vias de miserabilidade.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o referido imposto era regulado pela Lei 1.427/89, que posteriormente foi revogada¹ pela Lei 7.174/15. A nova lei trouxe inovações, algumas benéficas, como a criação de outros tipos de isenção tributária, aproximando a realidade atualmente vivida, vez que a antiga lei foi promulgada no ano de 1989, momento distinto da história e da economia, e outras nem tão boas assim, como é o caso do aumento da alíquota mínima em 0,5%, passando a valer 4,5% ou 5%, dependendo dos casos, em substituição aos 4% da antiga lei.

Note-se que nenhuma das duas leis fez essa previsão de isenção aos hipossuficientes. Além disso, apesar de tal isenção ser possível como vem entendendo a Corte Superior e o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, este editou a Súmula 297, que, apesar de não possuir efeito vinculante às decisões proferidas, serve como orientação, sugestão, traçando, assim, um caminho perigoso que esbarra em certos direitos, criando verdadeiro obstáculo de acesso à herança. Dessa forma, conforme será analisado, pode o magistrado, diante do caso concreto, tomar decisões, com vistas a tornar efetivo o direito constitucionalmente garantido.

II – ART. 5 INCISO XXX CRFB/88 – DIREITO DE HERANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 é estruturada em 3 partes, contendo um preâmbulo, nove títulos (corpo) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O presente item abordará o corpo da Constituição, mais especificamente o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I “ Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, Art. 5 , inciso XXX (direito de herança).

O referido capítulo, em seu Art. 5 , *caput*² e incisos, garante alguns direitos e deveres individuais e coletivos, como, por

¹ A partir de 01.07.2016, esta Lei foi revogada pela Lei Estadual n.º 7.174/2015, vigente a partir de 29.12.2015, com efeitos a contar de 01.07.2016; 2 - A partir de 28.03.2016, o artigo 3.º, os incisos I e II do *caput* do art. 11 e o art. 17 foram revogados pela Lei Estadual n.º 7.174/2015, vigente a partir de 29.12.2015, com efeitos a contar de 28.03.2016.

² 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:

exemplo, a igualdade³ (Art. 5 *caput* e inciso I); o direito de propriedade⁴ (Art. 5 , inciso XXII); o direito de herança⁵ (Art. 5 , inciso XXX); a inafastabilidade de jurisdição⁶ (Art. 5 , inciso XXXV), entre outros.

No que tange ao direito de herança, a Constituição Federal garante proteção expressa. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, “o texto constitucional brasileiro confere proteção expressa ao direito de herança (art. 5º, XXX) enquanto garantia institucional — é garantido o direito de herança — e enquanto direito subjetivo”.⁷

Indo além, o Professor e Defensor Público Luiz Paulo Vieira de Carvalho, em sua excelente obra⁸, cita:

Impende ratificar que, em nosso atual ordenamento, o Direito de Herança, situa-se no patamar de direito fundamental, prescrevendo o art. 5 , inciso XXX, da Constituição da República, *verbis*: “é garantido o direito à herança.”

Assim, esse primordial direito, situado como cláusula pétreia e corolário do direito de propriedade individual, é, em regra, resguardado a favor dos sucessores legais (herdeiros ou voluntários (herdeiros testamentários e/ou legatários) do morto (...).

Nesse mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka apresenta como fundamento pertinente para o Direito das Sucessões a necessidade de alinhar o Direito de Família ao direito de propriedade, uma vez que “o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupan-

3 I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

4 XXII - é garantido o direito de propriedade;

5 XXX - é garantido o direito de herança;

6 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

7 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. Ver. E atual - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 425.

8 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 22.

ça, o trabalho e a economia, mas ainda e principalmente no ‘fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família’⁹. Importante, também, a visão trazida por Flávio Tartuce, na qual o autor não se limita a alinhar o direito sucessório ao direito de propriedade e sua função social. Para ele, “a sucessão *mortis causa* tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme o Art. 1, III e o Art. 3 I da Constituição Federal de 1988”¹⁰.

Desse modo, resta claro que o direito de herança tem proteção garantida pela Constituição Federal, devendo ser analisado a partir de uma ótica diferenciada, na medida em que tem implicação em diversos ramos do direito, conforme será visto.

III – O IMPOSTO *CAUSA MORTIS* – ITD

O ITCMD, imposto de transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direito, também conhecido como ITD, tem previsão na Constituição Federal no Art. 155, I, sendo de competência dos Estados e Distrito Federal a sua instituição.

No Estado do Rio de Janeiro, foi promulgada, em 13 de fevereiro de 1989 a Lei 1.427/89, que regulava o ITD, sendo revogada¹¹ pela Lei 7.174/2015, de 28 de dezembro de 2015. Contudo, é fundamental a análise em conjunto das duas leis, tendo em vista a ultratividade da Lei 1.427/89 para os fatos geradores ocorridos em sua vigência.

III.1 – Breves Considerações sobre Fato Gerador, Base de Cálculo e Alíquota na Lei 1.427/89 x Lei 7.174/15.

Quanto aos fatos geradores, o Código Tributário Nacional, em seus Arts. 114 e 115¹², traz o conceito de fato gerador para as

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução: In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 5.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil volume único*. 5. Ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015, p. 1347.

¹¹ A partir de 01.07.2016, esta Lei será revogada pela Lei Estadual n.º 7.174/2015, vigente a partir de 29.12.2015, com efeitos a contar de 01.07.2016; 2 - A partir de 28.03.2016, o artigo 3.º, os incisos I e II do *caput* do art. 11 e o art. 17 serão revogados pela Lei Estadual n.º 7.174/2015, vigente a partir de 29.12.2015, com efeitos a contar de 28.03.2016.

¹² Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente

obrigações principais e acessórias, respectivamente. Sendo assim, respeitando o previsto no CTN, a Lei 1.427/89 definia a sua ocorrência nos Arts. 1¹³ e 2¹⁴. Já a Lei 7.174/15 trouxe uma redação mais clara e ampla, conforme exposto nos Arts. 2¹⁵ e 3¹⁶. A inovação aqui trazida pela nova lei foi a previsão expressa na hipótese de abertura de sucessão provisória nas declarações de ausência, ficando assegurada, inclusive, a restituição do imposto nos casos de retorno do ausente, em que pese a antiga Lei, em seu Art. 18, inciso II¹⁷, mencionar o prazo para o pagamento na sucessão provisória.

Superado esse ponto e não havendo dúvidas quanto à definição e a ocorrência do fato gerador, a Lei 1.427/89 trazia em seus Arts. 10 e seguintes o critério adotado para definir a base de cálculo. No mesmo sentido, mas com algumas modificações, a Lei 7.174/15 fez tal previsão nos Arts. 14 e seguintes.

à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

13 Art. 1.º O imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e por Doação, de quaisquer Bens ou Direitos, tem como fato gerador:

I - a transmissão da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia e as servidões prediais;

III - a transmissão de títulos, créditos, ações, quotas, valores e outros bens móveis de qualquer natureza, bem como os direitos a eles relativos.

IV - a aquisição de bem ou direito em excesso pelo herdeiro, cônjuge ou companheiro, na partilha, em sucessão *causa mortis*, dissolução de sociedade conjugal ou alteração do regime de bens.

(redação do Inciso IV, do Artigo 1.º, alterado pela Lei n.º 5.440/2009, publicada em 06.05.2009, vigente a partir de 05.06.2009).

§ 1.º - Para efeito deste artigo, considera-se doação qualquer ato ou fato não oneroso que importe ou se resolva em transmissão de bens ou direitos.

§ 2.º - Nas transmissões *causa mortis* e doações, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.

14 Art. 2.º - Não se considera existir transferência de direito na renúncia à herança ou legado, desde que se efetive dentro das seguintes circunstâncias concorrentes:

1. seja feita sem ressalva, em benefício do monte;

2. não tenha o renunciante praticado qualquer ato que demonstre a intenção de aceitar a herança ou legado.

Parágrafo único - É tributável, a título de doação, a renúncia manifestada por herdeiro ou legatário em favor de pessoa determinada ou determinável.

15 Art. 2.º O imposto tem como fatos geradores:

I - a transmissão *causa mortis* de quaisquer bens ou direitos; e

II - a doação de quaisquer bens ou direitos.

Parágrafo único. Nas transmissões *causa mortis* e doações, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os beneficiários, usufrutuários, cessionários, fiduciários, herdeiros, legatários ou donatários.

16 Art. 3.º A transmissão *causa mortis* ocorre em todos os casos de sucessão de bens e direitos, inclusive a provisória.

§1.º - Na transmissão *causa mortis*, o fato gerador ocorre na data da abertura da sucessão.

§2.º - No caso de aparecimento do ausente, fica assegurada a restituição do imposto recolhido em decorrência de sucessão provisória.

§3.º - Incide o imposto relativo à sucessão legítima ou testamentária, ainda que gravados a herança ou o legado.

17 Art. 18 - O imposto será pago antes da realização do ato ou da lavratura do instrumento, público ou particular, que configurar a obrigação de pagá-lo, com exceção dos casos adiante especificados, cujos prazos para pagamento são os seguintes:

II - na sucessão provisória, 6 (seis) meses depois de passar em julgado a sentença que determinar a sua abertura;

Ressalte-se que, como não é o propósito do presente artigo fazer uma abordagem exaustiva sobre fato gerador e base de cálculo, foram feitas apenas breves considerações, assim como acontecerá a seguir com a alíquota. Tais considerações são importantes, a fim de entender como é calculado o imposto *causa mortis*, pois o seu valor final terá implicação direta no que tange ao pedido de isenção aos hipossuficientes.

Indo adiante nas breves considerações, nos termos do art. 17 da Lei 1.427/89, a alíquota do imposto *causa mortis* corresponderia a 4% sobre o valor apurado como base de cálculo.

Por outro lado, a Lei 7.174/15 prevê significativa mudança na alíquota, aumentando o valor da alíquota mínima em 0,5% em relação à antiga lei, passando a adotar, ainda, o regime de alíquotas progressivas, sendo de 4,5% e 5%, dependendo do valor adotado na base de cálculo, conforme disposto no Art. 26:

Art. 26 -O imposto é calculado aplicando-se, sobre o valor fixado para a base de cálculo, considerando-se a totalidade dos bens e direitos transmitidos, a alíquota de:

I - 4,5% (quatro e meio por cento), para valores até 400.000 UFIR-RJ;

II - 5% (cinco por cento) para valores acima de 400.000 UFIR-RJ.

§ 1º - Em caso de sobrepartilha que implique a mudança de faixa de alíquotas, será cobrada a diferença do imposto, com os acréscimos legais, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 37, caso não comprovados os requisitos previstos no Código de Processo Civil.

§ 2º - Aplica-se a alíquota vigente ao tempo da ocorrência do fato gerador. (grifo nosso)

Importante ressaltar que, no final do ano de 2017, a Lei 7.786/2017 trouxe nova mudança nas alíquotas, começando em 4% e indo até 8%, passando a incidir a partir de 16/02/2018, conforme segue:

Art. 26 - O imposto é calculado aplicando-se, sobre o valor fixado para a base de cálculo, considerando-se a totalidade dos bens e direitos transmitidos, a alíquota de: I – 4,0% (quatro por cento), para valores até 70.000 UFIR-RJ;

II – 4,5% (quatro e meio por cento), para valores acima de 70.000 UFIR-RJ e até 100.000 UFIR-RJ;

III – 5,0% (cinco por cento), para valores acima de 100.000 UFIR-RJ e até 200.000 UFIR-RJ;

IV – 6% (seis por cento), para valores acima de 200.000 UFIR-RJ até 300.000 UFIR-RJ;

V – 7% (sete por cento), para valores acima de 300.000 UFIR-RJ e até 400.000 UFIR-RJ;

VI – 8% (oito por cento) para valores acima de 400.000 UFIR-RJ

Para facilitar a visualização de quando passou a incidir cada alíquota, importante observar o quadro demonstrativo extraído do *site*¹⁸ da Secretaria de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro:

Lei n° 1.427/89	Lei n° 7174/15	Lei n° 7786/2017	
Alíquotas vigentes	Alíquotas vigentes	Alíquotas vigentes	Alíquotas vigentes
Até 28/03/2016	De 29/03/2016 a 31/12/2017	De 01/01/2018 a 15/02/2018	A partir de 16/02/2018
4% (quatro por cento), para todos os valores	4,5% (quatro e meio por cento), para valores até 400.000 UFIR-RJ	4,0% (quatro por cento), para valores até 70.000 UFIR-RJ	4,0% (quatro por cento), para valores até 70.000 UFIR-RJ;
		4,5% (quatro e meio por cento), para valores acima de 70.000 UFIR-RJ e até 400.000 UFIR-RJ	4,5% (quatro e meio por cento), para valores acima de 70.000 UFIR-RJ e até 100.000 UFIR-RJ
			5,0% (cinco por cento), para valores acima de 100.000 UFIR-RJ e até 200.000 UFIR-RJ
			6% (seis por cento), para valores acima de 200.000 UFIR-RJ e até 300.000 UFIR-RJ
		7% (sete por cento), para valores acima de 300.000 UFIR-RJ e até 400.000 UFIR-RJ	
5,0% (cinco por cento), para valores acima de 400.000 UFIR-RJ	5,0% (cinco por cento), para valores acima de 400.000 UFIR-RJ	8% (oito por cento) para valores acima de 400.000 UFIR-RJ	

OBS.: Aplica-se a alíquota vigente ao tempo da ocorrência do fato gerador.

18 SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Tabela Alíquotas**. Disponível em: http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/menu_structure/servicos/navigationContribuinte/folder21/menu_servico_itd/ITD-maisOpcoes?_afLoop=21111146459610291&datasource=UCMServer%23&DocName%3AWCC207437&_adf.ctrl-state=18yg87ew34_75. Acesso em: 18 jun. 2019.

III.2 - Das Isenções Tributárias, Bem como o seu Reconhecimento Pela Autoridade Fazendária e pelo Poder Judiciário nos Inventários pelo Rito Convencional, em Vista do Princípio Consagrado no Art. 5 , Inciso XXXV, da Constituição Federal (Inafastabilidade de Jurisdição). (Lei 1.427/89 x Lei. 7.174/15)

Outro ponto que merece mais atenção é o relativo à isenção do ITD e o seu reconhecimento pela autoridade fazendária, bem como pelo Poder Judiciário. Isso posto, primeiramente, é importante observar o que dispõe o Art. 176 do CTN no que tange à isenção tributária:

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Conforme será abordado em seguida, “conquanto o art. 176, do CTN, de fato, condicione a isenção tributária à previsão legal, não podem os diplomas tributários contraporem-se aos princípios e garantias inscritos na Constituição Federal”¹⁹.

Feita tal observação, cumpre observar que a Lei 1.427/89 apresentava em seu Art. 3 diversas hipóteses de isenção, dentre as quais merecem maior atenção aquelas previstas nos incisos VIII²⁰, IX²¹ e XII²².

Na nova Lei 7.174/15, assim como ocorreu com a alíquota do imposto, houve significativa modificação no que concerne às

19 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (17ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n 2008.002.07577**. Agravo de Instrumento. Inventário. Decisão que declara isenção do imposto de transmissão *causa mortis* por serem os herdeiros beneficiários da gratuidade de justiça. Hipótese que, embora não prevista na Lei Estadual nº 1427/89, não é de se sobrepor a direitos e garantias constitucionalmente assegurados, pelo que pode o magistrado conceder a isenção para garantir o direito à herança dos herdeiros financeiramente hipossuficientes. Decisão mantida. Agravo improvido. Estado do Rio de Janeiro e Espólio de José Dias Medeiro. Relatora: Des. Maria Inês da Penha Gaspar, 02 jul. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00038D902E3254ED4F33E0205CF14369B BC2E3C402095A59&USER=>. Acesso em: 23 mar. 2016.

20 Art. 3 Lei 1.427/1989: VIII - a transmissão *causa mortis* de bens e direitos integrantes de monte-mor cujo valor total seja inferior a 5.000 (cinco mil) UFIRs-RJ, vigente à data da avaliação, judicial ou administrativo;

21 IX - a doação, em dinheiro, de valor que não ultrapasse a quantia equivalente a 1.200 (um mil e duzentas) UFIRs-RJ por ano;

22 XII - a transmissão *causa mortis* de imóvel de residência cujo valor não ultrapassar 25.800 (vinte e cinco mil e oitocentos) UFIRs-RJ, desde que os herdeiros beneficiados nele residam e não possuam outro imóvel.

hipóteses de isenção, tendo sido alargado o rol da antiga lei e alterado o valor da isenção em algumas hipóteses já previstas. Talvez uma que deva ter um destaque maior, digna de aplausos ao legislador, é a isenção prevista no inciso XI²³ do Art. 8. Tal isenção veio em excelente hora, vez que a hipótese prevista no inciso XII da antiga lei já estava ultrapassada, pois a mesma havia sido editada em momento distinto da história e da economia, tendo sua aplicabilidade reduzida. Não menos importante e que também merecem destaque são as hipóteses previstas nos incisos VII²⁴, VIII²⁵, XII²⁶, XV²⁷ e XVI²⁸ do Art. 8 da nova lei do ITD.

Feita à abordagem do rol de isenções previstas nas antiga e nova lei do ITD, surge a necessidade de saber quem pode reconhecer tal isenção. Nesse ponto, a Lei 1.427/89 consagrava em seu Art. 29²⁹ que:

Art. 29 - O reconhecimento de imunidade, não-incidência, isenção e suspensão será apurado em processo, mediante requerimento do interessado à autoridade fazendária competente para decidir e expedir o respectivo certificado declaratório.

23 Art. 8 Lei 7.174/2015: XI – a transmissão *causa mortis* de imóveis residenciais a pessoas físicas, desde que a soma do valor dos mesmos não ultrapasse o valor equivalente a 100.000 (cem mil) UFIRs-RJ;

24 VII – a transmissão *causa mortis* de bens e direitos integrantes de monte-mor cujo valor total não ultrapasse a quantia equivalente a 13.000 (treze mil) Unidades Fiscais de Referência do Estado do Rio de Janeiro (UFIRs-RJ);

25 VIII – a doação, em dinheiro, de valor que não ultrapasse a quantia equivalente a 11.250 (onze mil, duzentas e cinquenta) UFIRs-RJ por ano civil, por donatário;

26 XII – a transmissão *causa mortis* de um único imóvel para residência própria, por única vez, quando feita a herdeiros necessários de policiais militares e civis, e agentes penitenciários mortos comprovadamente em decorrência do desempenho da atividade profissional;

27 XV – a doação de um único imóvel para residência própria, por uma única vez, quando feita pela vítima de violência praticada por agente de Estado, quando transitada em julgado a sentença condenatória;

28 XVI – a doação de um único imóvel para residência própria, por uma única vez, quando feita a pensionistas de policiais militares e civis, e inspetores de segurança da administração penitenciária, mortos em serviço ou em decorrência dele.

29 Conforme expõe o Art. 46, Parágrafo Único, incisos I e II da Lei 7.174/15, o Art. 29 da Lei 1.427/89 somente será revogado no dia 01 de julho de 2016.

Art. 46. Ficam revogadas as seguintes leis e disposições:

[...]

Parágrafo único. A produção de efeitos da revogação da Lei nº 1.427, de 1989 se dará em dois momentos, da forma seguinte:

I – a revogação do art. 3º, dos incisos I e II do *caput* do art. 11 e do art. 17 da Lei nº 1.427, de 1989 produzirá efeitos no ano subsequente ao da publicação desta Lei e após decorrido o prazo de 90 (noventa) dias;

II – a revogação dos demais dispositivos da Lei nº 1.427, de 1989 produzirá efeitos em 1º de julho de 2016.

Em que pese a previsão legal, a Carta Magna determina em seu Art. 5, inciso XXXV “a apreciação pelo Judiciário de qualquer ameaça ou lesão de direito.” Sendo assim, diante de tal garantia constitucional, resta claro que não é necessário o ingresso prévio na via administrativa para a apreciação do direito postulado, podendo o magistrado, no momento de julgar o cálculo do imposto, e depois de ouvidas as partes e a Fazenda Pública, reconhecer a isenção, conforme dispunha o Art. 1.013, § 2^o, do CPC/73 e o que dispõe o Art. 638, § 2^o, do NCPC/15.

Nessa direção, inclusive, vem se manifestando o Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil e Tributário. Inventário. Imposto de Transmissão *causa mortis*. Isenção Reconhecida na homologação dos Cálculos. CTN, art. 179. CPC, arts. 984 e 1013 e § 2º. Lei Estadual nº 1427/89 (art. 29). 1. Competindo ao Juiz do inventário julgar o cálculo do imposto, apreciando questões de direito e de fato, permite-se-lhe declarar a isenção. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso não provido”. (REsp 143.542/RJ, Rel. Ministro MILTON LUIZ)

No mesmo sentido da antiga lei do ITD, a Lei 7.174/2015 trouxe no *caput* do Art. 9 o seguinte:

Art. 9º O reconhecimento de imunidade, não incidência, isenção, ou suspensão do pagamento do imposto será realizado pela autoridade fiscal, na forma estabelecida pelo Poder Executivo, sendo expedido, nos casos previstos na legislação, o respectivo certificado declaratório.

Importante ressalva a ser feita é que diferente do que acontecia com a antiga lei, a nova trouxe previsão expressa no Art. 9,

30 Art. 1.013. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública.

§ 2º Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto.

31 Art. 638. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório, e, em seguida, a Fazenda Pública.

§ 2º Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do tributo.

§ 2 não havendo mais discussão quanto à possibilidade ou não do reconhecimento da isenção pelo Poder Judiciário:

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos VI e VII do *caput* do art. 8º, quando o inventário se processar sob o rito convencional ou em caso de requerimento autônomo de alvará, o reconhecimento das isenções se dará no âmbito do processo judicial, não se aplicando o disposto no *caput* deste artigo.

Diante do apresentado, no que se refere à aplicação ultrativa na Lei 1.427/89, é indubitável que o magistrado pode e deve, *concessa venia*, reconhecer a isenção do imposto *causa mortis* ao julgar o cálculo do imposto.

III.3 – Da Gratuidade de Justiça na Lei 1.060/50 e na Lei 13.015/15 (Novo Código de Processo Civil)

A abordagem sobre gratuidade merece ser feita, vez que, como será visto, guarda estreita relação com a problemática Súmula 297, editada pelo E. TJRJ. Sendo assim, diferente da inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, Lei 13.015, de 16 de março de 2015, em vigor desde 18/03/2016³², na qual é destinada uma seção ³³ inteira para definir e regulamentar a gratuidade de justiça, no antigo Código de Processo Civil de 1973, não havia tal previsão, sendo a mesma regulada por meio da Lei 1.060/50.

A Lei 1.060/50 trazia em seu Art. 2, parágrafo único³⁴, o conceito de necessitado econômico, ou seja, “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

32 O Pleno do STJ, em sessão administrativa, interpretou o art. 1.045 do CPC 2015 e afirmou que o novo CPC entrou em vigor no dia 18/03/2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-mar%C3%A7o. Acesso em: 24 mar. 2016.

33 Livro III, Capítulo II, Seção IV, Art. 98 e seguintes da Lei 13.015/15.

34 Revogado pelo Art. Art. 1.072, III da Lei 13.015/15

Art. 1.072- Revogam-se:

III - os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950;

Diante de uma simples análise do texto normativo, verifica-se que o conceito de hipossuficiência econômica não guarda sinonímia com o conceito de miserabilidade; o reconhecimento do estado de necessidade, para efeito da outorga da gratuidade de justiça e da assistência jurídica gratuita, dispensa a demonstração do estado de extrema penúria ou pobreza franciscana.³⁵ Apresentados os sujeitos que faziam jus a gratuidade de justiça pela antiga lei, importante definir o que englobava tal gratuidade. Isso era apresentado no Art. 3 :

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - das taxas judiciárias e dos selos; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

V - dos honorários de advogado e peritos. (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

35 ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014., p. 141.

VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

Analisados os dispositivos já revogados, valendo apenas o registro, a presunção da hipossuficiência era relativa, ou seja, bastava a mera declaração de que a pessoa era hipossuficiente, conforme previa o Art. 4 da Lei 1.060/50. Porém o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em diversos precedentes, manifestou “expressamente sua simpatia pela corrente comprovaacionista, tendo inclusive editado a Súmula nº 39, consagrando ser admissível “ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF)”³⁶, sendo certo que o entendimento do TJRJ era o mais utilizado.

No âmbito do Novo Código de Processo Civil, a gratuidade de justiça é disciplinada nos Art. 98 e seguintes. O Art. 98, *caput*, (assim como fazia o Art. 2, parágrafo único, da Lei 1.060/50), traz o conceito de necessitado econômico, ou seja, “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

Percebe-se que, novamente, o conceito de necessidade econômica não está ligado ao conceito de miserabilidade, não sendo necessária, portanto, a comprovação de extrema pobreza para fazer jus a gratuidade de justiça.

36 ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 145

Em linha com a sistemática do já revogado Art. 3 da Lei 1.060/50, o Art. 98, § 1, do Novo Código de Processo Civil prevê em seus incisos as importâncias que estão compreendidas na concessão da gratuidade de justiça. Ressalta-se, desde já, que não obstante a inovação do Novo Código ao trazer tal previsão em seu próprio corpo, não houve modificações significativas em seu conteúdo:

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou

qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

IV - A PROBLEMÁTICA DA SÚMULA 297 DO TJRJ

Feitas tais considerações e distinções quanto ao reconhecimento da isenção tributária pelo Poder Judiciário e à gratuidade de justiça, é importante destacar a Súmula 297, editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³⁷, com a seguinte redação:

Súmula 297 TJRJ “O beneficiário da gratuidade de justiça não tem direito à isenção do imposto de transmissão *causa mortis* ou doação, sem que se preencham os demais requisitos da lei específica.

A proposta de edição da súmula visava a afastar, em definitivo, o entendimento de alguns magistrados que consideram ser viável a concessão de isenção tributária sem lei específica. Não há que se confundir gratuidade de justiça e isenção de imposto, pois as espécies tributárias são inteiramente distintas. Não cabe ao juiz criar isenção, mas apenas declará-la.³⁸ A proposta, de fato, foi nobre, pois não se pode confundir o instituto da isenção tributária, mais especificamente do imposto *causa mortis*, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, com o instituto da gratuidade de justiça, isso é indiscutível. Inclusive, o Art. 3 da Lei 1.060/50, revogado, e o Art. 98, § 1, da Lei 13.015/15 (Novo Código de Processo Civil) não englobam o referido imposto *causa mortis* no rol de gratuidade. Em outras palavras, a isenção do ITD não é extensão da gratuidade de justiça.

Se fosse esse o sentido da Súmula, não teria problema algum. Contudo, ao condicionar a isenção do imposto de trans-

37 Referência: Processo Administrativo nº. 0063260-66.2011.8.19.0000. Julgamento em 03/06/2013. Relator Desembargador Sérgio Verani. Votação unânime.

38 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Súmula 297. O beneficiário da gratuidade de justiça não tem direito à isenção do imposto de transmissão *causa mortis* ou doação, sem que se preencham os demais requisitos da lei específica. Processo Administrativo nº 0063260-66.2011.8.19.0000. Diário de Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 07 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/71563/sumula-tjerj-anotada.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

missão *causa mortis* ao preenchimento dos demais requisitos previstos em lei específica, neste caso, as Leis 1.487/89 e 7.174/15, sob a justificativa de que “não cabe ao juiz criar isenção, mas apenas declará-la”, a referida súmula esbarra em situações que nem mesmo o legislador previu, não podendo tal isenção ficar condicionada a previsão legal, sob o risco de excluir de análise certas situações e ir ao desencontro de determinados direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, como por exemplo, o direito de herança. (Art. 5 , XXX, CF).

V - DA NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DA ISENÇÃO DO IMPOSTO CAUSA MORTIS PARA CERTOS HIPOSSUFICIENTES, AINDA QUE SEM PREVISÃO LEGAL, A FIM DE TORNAR EFETIVO O ACESSO À HERANÇA, DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO

Conforme visto, a hipossuficiência econômica a fim de garantir a gratuidade de justiça não pode ser confundida com a hipossuficiência em vias de pobreza, miserabilidade, penúria, que deve ser utilizada, *concessa venia*, para reconhecer a isenção do ITD em certos casos concretos. Tal isenção pode e deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

Bem verdade, tal entendimento não pode ser utilizado em todos os casos de hipossuficiente em vias de miserabilidade, sob o risco de haver a banalização do instituto.

Exemplificando: João, hipossuficiente em vias de miserabilidade, mora em um casebre e recebe menos de um salário-mínimo, tendo sido contemplado com uma casa avaliada em R\$ 5 milhões de reais. É óbvio que, nesse caso, seja considerando a alíquota de 4% da Lei 1.427/89, ou a alíquota de 4,5% ou 5% (dependendo do valor da UFIR-RJ) da nova Lei 7.174/15, ou, ainda, a alíquota de 4% a 8% (dependendo do valor da UFIR-RJ) da alteração trazida pela Lei 7.786/2017, João não teria a mínima condição de pagar o ITD. Ainda assim, não seria razoável e proporcional conferir a referida isenção a João, pois, mesmo sendo hipossuficiente, miserável, a medida cabível seria a alienação do imóvel e o pagamento do ITD com o produto da venda. É importante notar que, nesse

caso, o pagamento do imposto não importaria em um obstáculo ao acesso à herança, uma vez que o saldo remanescente possibilitaria ao herdeiro auferir os benefícios decorrentes do patrimônio que lhe foi destinado. Ainda que tenha ocorrido uma redução no valor a ser recebido, tal diminuição não teria o condão de impossibilitar uma melhora na sua situação econômica.

Por outro lado, poderíamos ter José, hipossuficiente miserável, que reside com seu pai e filhos em um casebre, recebendo pouco mais de um salário-mínimo. Imaginemos que, com o “boom” imobiliário, o imóvel que valia R\$50 mil sofra uma valorização, passando a ser avaliado em mais de R\$300 mil. A partir de então, o imóvel, que pertencia a seu pai, passou a não mais figurar no rol de isenções previsto na antiga e na nova lei do ITD.³⁹ Percebe-se que, mesmo com a alta do preço do imóvel, a casa em que José mora não deixou de ser um casebre, mantendo as mesmas condições após o falecimento de seu pai. Portanto, José, que era o único herdeiro, de fato não teria condições de pagar o ITD.

Diferentemente do ocorrido no primeiro exemplo, o personagem José, do segundo exemplo, não conseguiria auferir os benefícios do patrimônio recebido através do falecimento de seu genitor. O direito constitucional de acesso à herança estaria totalmente obstaculizado. Haveria o risco de ser colocada uma família na rua, tendo sua renda voltada para o pagamento do imposto *causa mortis*, o que comprometeria sua sobrevivência e a dos demais membros da família que dependem dele. Tudo isso somente para contribuir com os anseios arrecadatários do Estado, caso não haja a intervenção do Poder Judiciário com o reconhecimento da isenção do ITD por hipossuficiência em vias de miserabilidade do herdeiro.

Por isso, mesmo não tendo efeito vinculante, a Súmula 297 TJRJ traça um perigoso caminho ao dizer que a isenção, para ser

³⁹ O valor arbitrado foi somente a título de exemplo, pois como o valor da UFIR/RJ varia a cada ano e a Lei 7.174/15 inovou com o inciso XI, que prevê a isenção na transmissão *causa mortis* de imóveis residenciais a pessoas físicas, desde que a soma do valor dos mesmos não ultrapasse o valor equivalente a 100.000 (cem mil) UFIRs-RJ, poderíamos ter, dependendo do valor, um caso de isenção legal, e não por hipossuficiência. O mesmo se enquadra na alteração trazida pela Lei 7.786/2017, que alterou o inciso XI, reduzindo para 60.000 (sessenta mil) UFIRs-RJ o valor da isenção.

conferida, deve preencher os requisitos da lei específica, não cabendo ao juiz criar isenção, somente declará-la.

Em que pese a referida Súmula, o próprio E. TJRJ já se manifestou em sentido contrário, em sede de juízo de admissibilidade na Terceira Vice-Presidência, reconhecendo a isenção por miserabilidade dos herdeiros, segundo a orientação do STJ, conforme segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. ISENÇÃO. HERDEIROS HIPOSSUFICIENTES. COMPETÊNCIA DO JUIZ DO INVENTÁRIO. DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio de Janeiro com o intuito de reformar decisão que inadmitiu recurso especial intentado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 58):

INVENTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS - ITD. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE CONCEDE ISENÇÃO AOS AUTORES. AGRAVO. NÃO FERE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, QUANDO, *IN CASU*, ANTE A HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA DOS HERDEIROS, PODE O JUÍZO CONCEDER A ISENÇÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. DIREITO À HERANÇA GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE DE FORMA INTEGRAL.

CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.184.789 - RJ (2009/0073618-6), julgado em 14 de dezembro de 2009, Rel. Desembargador ANTONIO JOSE AZEVEDO PINTO (Terceiro Vice-Presidente).

Em outro julgado interessante do E. TJRJ, sendo aqui de suma relevância citar a ementa e o voto, em vez de apenas a

ementa do agravo de instrumento n 2008.002.07577, de relatoria da Des. Maria Inês da Penha Gaspar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

INVENTÁRIO. Decisão que declara isenção do imposto de transmissão *causa mortis* por serem os herdeiros beneficiários da gratuidade de justiça. Hipótese que, embora não prevista na Lei Estadual nº 1427/89, não é de se sobrepor a direitos e garantias constitucionalmente assegurados, pelo que pode o magistrado conceder a isenção para garantir o direito à herança dos herdeiros financeiramente hipossuficientes. Decisão mantida. Agravo improvido.

VOTO.

O recurso não merece prosperar. Com efeito, entendeu o *decisum* que por serem os herdeiros beneficiários da gratuidade de justiça, estariam desobrigados do pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*, acabando por declarar a isenção do tributo (ITD).

Contudo, como bem salientou a ilustre Procuradora de Justiça (fls. 29) “Conquanto o art. 176, do CTN, de fato, condicione a isenção tributária à previsão legal, não podem os diplomas tributários contraporem-se aos princípios e garantias inscritos na Constituição Federal; Do momento em que a Carta Magna assegura a todos o direito à herança (art. 5º, XXX) e a apreciação pelo Judiciário de qualquer ameaça ou lesão de direito (art. 5º, XXXV), pode o magistrado, diante do caso concreto, tomar decisões, com vistas a tornar efetivo o direito constitucionalmente garantido; A lei estadual 1.427/89, em seu art. 29, estabelece a competência da autoridade administrativa para o pedido de isenção, entretanto, diante da garantia constitucional alinhada no já referido inciso XXXV, do art. 5º,

da CF, resta claro que não é necessário o prévio ingresso na via administrativa para a apreciação do direito postulado; A par disto, o § 2º, do art. 1013, do CPC, estabelece que após a manifestação dos interessados e da Fazenda Pública sobre o Cálculo, o juiz o julgará, ocasião em que, segundo jurisprudência maciça do E. STJ, poderá o magistrado conceder a isenção.”

(...)

Vale ressaltar, como deduzido nas informações (fls. 19) que “...foi exigida a apresentação de documentos comprobatórios de rendimentos mensais, objetivando a verificação da hipossuficiência alegada, restando configurada a necessidade de deferimento do pedido formulado. Vale lembrar, finalmente, que o não acolhimento do pedido de isenção do ITD inviabilizaria o acesso à herança, direito constitucionalmente assegurado, tornando inócua a tentativa de prestação da tutela jurisdicional, razão da existência do Poder Judiciário e de todo o sistema legal.”

Julgado do Superior Tribunal de Justiça, mostrando a orientação a ser seguida:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. ART. 179 DO CTN. COMPETÊNCIA PARADECLARAR ISENÇÃO.

1. “Cabe ao juiz do inventário, à vista da situação dos herdeiros, miseráveis na forma da lei, por isto ao apanágio da Justiça Gratuita, declará-los isentos do pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*” (REsp n. 238.161/SP, Rel.Min. Eliana Calmon). Outros precedentes.

2. “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ).

3. Recurso não conhecido. (REsp 138.843/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2005, DJ 13/06/2005) (grifo nosso)

Em outro julgado da mesma Corte Superior em igual sentido:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS (ART. 179 DO CTN).

1. Cabe ao juiz do inventário, à vista da situação dos herdeiros, miseráveis na forma da lei, por isto ao apanágio da Justiça Gratuita, declará-los isentos do pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*.

2. Providência que independe de burocrático requerimento na esfera administrativa para o reconhecimento judicial.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 238.161/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 09/10/2000)

Nesse ponto, fica claro observar que cabe ao Poder Judiciário reconhecer a isenção em tais casos, ainda que não esteja prevista em lei específica, devendo cada caso ser analisado com critério razoável e proporcional, não podendo, por motivos óbvios, ser reconhecida a isenção automática com o deferimento da gratuidade de justiça, por não importar em extensão de um instituto ao outro.

Acrescenta-se que a isenção por hipossuficiência aqui discutida e que predomina na corte Superior, em que pese a edição da Súmula 297 TJRJ, deve ser vista com cautela em cada caso, quando visa a atingir o direito constitucional de acesso à herança (Art. 5, inciso XXX, CF), devendo primar, conforme já mencionado, não apenas pela continuidade patrimonial, ou seja, pela manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente pelo “fator de pro-

teção, coesão e de perpetuidade da família”⁴⁰, bem como pela valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme o Art. 1, III e o Art. 3 I, da Constituição Federal de 1988⁴¹.

VI- CONCLUSÃO

Restou claro que a Lei. 7.174/2015 trouxe importantes inovações em relação à Lei 1.427/89, como a ampliação e modificação do rol das isenções, como a prevista no inciso XI⁴² do Art. 8. A nova Lei também acabou com a discussão acerca da possibilidade ou não do reconhecimento das isenções pelo Poder Judiciário, conforme expressa previsão do Art. 9, §2. Além das boas inovações, também houve aumento da alíquota em 0,5% e a criação da alíquota progressiva, dependendo do caso, em 4,5% e 5%, ou de 4% a 8%, tendo em vista alteração trazida pela Lei 7.786/2017, devendo ser observada a data do fato gerador.

Além disso, também foi observado que a edição da Súmula 297 TJRJ, que visava a afastar, em definitivo, o entendimento de alguns magistrados que consideravam ser viável a concessão de isenção tributária sem lei específica, não se confundindo a gratuidade de justiça e isenção de imposto, pois as espécies tributárias são inteiramente distintas, não cabendo ao juiz criar isenção, mas apenas declará-la⁴³, acaba por esbarrar em situações que nem mesmo o legislador previu, não podendo tal isenção ficar condicionada a previsão legal, sob o risco de excluir de análise certas situações e ir ao desencontro de determinados direitos

40 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução: In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito das Sucessões**. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 5.

41 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil volume único**. 5. Ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015. ., p. 1347.

42 XI – a transmissão *causa mortis* de imóveis residenciais a pessoas físicas, desde que a soma do valor dos mesmos não ultrapasse o valor equivalente a 100.000 (cem mil) UFIRs-RJ;

*XI – a transmissão *causa mortis* de imóveis residenciais a pessoas físicas, desde que a soma do valor dos mesmos não ultrapasse o valor equivalente a 60.000 (sessenta mil) UFIRs-RJ. * (Nova redação dada pela Lei 7786/2017).

43 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. O beneficiário da gratuidade de justiça não tem direito à isenção do imposto de transmissão *causa mortis* ou doação sem que se preencham os demais requisitos da lei específica. Processo Administrativo n 0063260-66.2011.8.19.0000. Diário de Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 07 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/71563/sumula-tjerj-annotada.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

e garantias fundamentais, como, por exemplo, a declaração de isenção a certos hipossuficientes miseráveis, que deve ser analisada com razoabilidade em cada caso concreto. ❖

VII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 mar.2016.

BRASIL. Lei n 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para concessão de assistência jurídica aos necessitados. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 13 de fevereiro de 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm. Acesso em: 24 mar. 2016.

BRASIL. Lei n 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 out. 1966, e retificado em 31 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 23 mar. 2016.

BRASIL. Lei n 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 24 mar. 2016.

BRASIL. Lei n 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n 1.184.789-RJ**. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. ISENÇÃO. HERDEIROS HIPOSSUFICIENTES. COMPETÊNCIA DO JUIZ DO INVENTÁRIO. DECISÃO Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio de Janeiro com o intuito de reformar decisão que inadmitiu recurso especial intentado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas

Gerais, assim ementado (fl. 58). Estado do Rio de Janeiro e Paulo Reginaldo Mendes de Freitas – Espólio. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 28 ago. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=6123846&num_registro=200900736186&data=20090914&formato=PDF. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial n 138.843-RJ**. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. ART. 179 DO CTN. COMPETÊNCIA PARA DECLARAR ISENÇÃO.1. “Cabe ao juiz do inventário, à vista da situação dos herdeiros, miseráveis na forma da lei, por isto ao apanágio da Justiça Gratuita, declará-los isentos do pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*” (REsp n. 238.161/SP, Rel.Min. Eliana Calmon). Outros precedentes. 2. “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ). 3. Recurso não conhecido. Estado do Rio de Janeiro e Francisco dos Santos – Espólio. Relator: Ministro Castro Meira, 08 mar. 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=532255&num_registro=199700461394&data=20050613&formato=PDF. Acesso em: 24 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1ª Turma). **Recurso Especial n 143.542-RJ**. Processual Civil e Tributário. Inventário. Imposto de Transmissão *causa mortis*. Isenção Reconhecida na homologação dos Cálculos. CTN, art. 179. CPC, arts. 984 e 1013 e § 2º. Lei Estadual nº 1427/89 (art. 29). 1. Competindo ao Juiz do inventário julgar o cálculo do imposto, apreciando questões de direito e de fato, permite-se-lhe declarar a isenção. 2. Precedentes jurisprudenciais.3. Recurso não provido. Estado do Rio de Janeiro e Oswaldo Marques da Silva. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira, 15 fev. 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=226646&num_registro=199700561003&data=20010528&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma) **Recurso Especial n 238.161-SP**. TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS (ART. 179 DO CTN). 1. Cabe ao juiz do inventário, à vista da situação dos herdeiros, miseráveis na forma da lei, por isto ao apanágio da Justiça Gratuita, declará-los isentos do pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*. 2. Providência que independe de burocrático requerimento na esfera administrativa para o reconhecimento judicial. 3. Recurso especial provido. Diogenes Pereira e Casimiro Pereira Primo – Espólio. Relatora: Ministra Eliana Calmon, 12 set. 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=73803&num_registro=199901028728&data=20001009&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2016.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões: introdução**: In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito das Sucessões**. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. Ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n 1.427, de 13 de fevereiro de 1989. Institui o imposto sobre transmissão *causa mortis* e por doação, de quaisquer bens ou direitos. **Diário Oficial do Estado**, Rio de Janeiro, RJ, 14 fev. 1989. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/541098e046aa07b7032565540066df22?OpenDocument>. Acesso em: 23 mar.2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n 7.174, de dezembro de 2015. Dispõe sobre o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (ITD), de competência do Estado do Rio de Janeiro. **Diário Oficial do Estado**, Rio de Janeiro, RJ, 29 dez. 2015. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov>.

br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/38c6d405d5c89fd83257f1f006deb65?OpenDocument&Highlight=0,7174. Acesso em: 16 abr. 2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (17ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumentos n 2008.002.07577**. Agravo de Instrumento. Inventário. Decisão que declara isenção do imposto de transmissão *causa mortis* por serem os herdeiros beneficiários da gratuidade de justiça. Hipótese que, embora não prevista na Lei Estadual nº 1427/89, não é de se sobrepor a direitos e garantias constitucionalmente assegurados, pelo que pode o magistrado conceder a isenção para garantir o direito à herança dos herdeiros financeiramente hipossuficientes. Decisão mantida. Agravo improvido. Estado do Rio de Janeiro e Espólio de José Dias Medeiro. Relatora: Des. Maria Inês da Penha Gaspar, 02 jul. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00038D902E3254ED4F33E0205CF14369BBC2E3C402095A59&USER=>. Acesso em: 23 mar. 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. O beneficiário da gratuidade de justiça não tem direito à isenção do imposto de transmissão *causa mortis* ou doação sem que se preencham os demais requisitos da lei específica. Processo Administrativo n 0063260-66.2011.8.19.0000. **Diário de Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro, RJ, 07 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/71563/sumula-tjerj-annotada.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Tabela Alíquotas**. Disponível em: http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/menu_structure/servicos/navigation-Contribuinte/folder21/menu_servico_itd/ITD-maisOpcoes?_afLoop=21111146459610291&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC207437&_adf.ctrl-state=18yg87ew34_75. Acesso em: 18 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil volume único**. 5. Ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

Mudanças no paradigma do Acesso à Justiça: A Mediação de Conflitos por Meio das Serventias Extrajudiciais

Larissa Águida Vilela Pereira de Arruda

Graduada em Direito pela Universidade de Cuiabá, pós-graduada em Direito do Estado com ênfase em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Cândido Rondon, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Fundação Escola do Ministério Público. Mestranda em Direito pela Universidade Portucalense - UPT. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Atualmente é Tabeliã, Registradora Civil e Professora.

Resumo: O presente artigo visa propor uma análise das recentes alterações verificadas no âmbito do acesso à Justiça, trazendo o método extrajudicial como uma via alternativa à pacificação de conflitos, avaliando especificamente a mediação no contexto das serventias extrajudiciais, instituto disciplinado pelo Provimento n. 67/2018, do Conselho Nacional de Justiça. Isso porque a Lei n.13.105/2015 (Código de Processo Civil) considerou a solução consensual dos conflitos uma ferramenta adequada na promoção da tutela jurisdicional que deve ser prestada pelo Estado. Assim, o presente buscará elucidar o contexto teórico e prático do instituto da mediação no âmbito das serventias extrajudiciais, abordando para isso os elementos que giram em torno do seu campo de aplicabilidade. Resultante disso, buscar-

-se-á identificar e apresentar a mudança paradigmática ocorrida no âmbito do acesso à Justiça, sobretudo por ser ele um direito constitucionalizado e que por isso exige que os profissionais das ciências jurídicas devam estar cognoscíveis à implementação de novas ferramentas que possam ampliá-lo e efetivá-lo. A exemplo, traz-se os mecanismos concretizados através da denominada “Justiça Multiportas”, que pode ser vista, inclusive, como um novo nicho para o desenvolvimento dos serviços que são prestados nas serventias extrajudiciais.

Palavras-chave: Desjudicialização. Justiça multipor-tas. Serventias extrajudiciais. Acesso à Justiça. Provimento n. 67/2018/CNJ.

Abstract: The present article aims to propose an analysis of the recent alterations verified in the scope of access to Justice, bringing the extrajudicial method as an alternative way to pacify conflicts, specifically evaluating mediation in the context of extrajudicial services, an institute disciplined by Provision no. 67/2018, of the National Council of Justice. This is because Law no. 13.105 / 2015 (Code of Civil Procedure) considered the consensual solution of conflicts as an appropriate tool in the promotion of judicial protection that must be provided by the State. Thus, the present will seek to elucidate the theoretical and practical context of the mediation institute within the scope of extrajudicial services, addressing for this the elements that revolve around its field of applicability. As a result of this, we will seek to identify and present the paradigmatic change that occurred within the scope of access to Justice, mainly because it is a constitutionalized right and that for this reason requires that professionals in the legal sciences must be aware of the implementation of new tools that can expand it and make it effective. For example, we bring the mechanisms implemented through the so-called “Multiport Justice”, which can even be seen as a new niche for the development of services that are provided in extrajudicial services.

Keywords: Judicialization. Multiport justice. Extrajudicial services. Access to justice. Provision no. 67/2018/CNJ.

INTRODUÇÃO

Considerando a crescente difusão do acesso à Justiça nas últimas décadas, que implementou a possibilidade concreta de aplicação da jurisdição por parte do seu órgão competente, o Poder Judiciário, os direitos de acesso à Justiça viabilizaram a busca populacional pela tutela jurisdicional, visto que os princípios constitucionais assim lhes garantiam.

Contudo, o excesso de ações que passaram a ser protocoladas e processadas no Poder Judiciário cresceu em quantidade desproporcional à sua capacidade em prestar seus serviços de maneira efetiva, gerando morosidade e, com isso, insatisfação por parte de seus tutelados.

Os meios consensuais de resolução de conflitos apresentam-se como métodos eficientes e adequados para compor os litígios, pois, diante de uma cultura adversarial e demandista, verifica-se verdadeira crise instalada no Poder Judiciário, causando congestionamento processual e impedindo que os direitos que dão pleno acesso à jurisdição restassem por essa razão suprimidos.

Deste modo, a busca por soluções harmoniosas, adequadas e principalmente eficazes no que tange à solução pacífica dos conflitos tornou-se um desafio para o Estado, como no caso da adoção da Justiça Multiportas, ferramenta utilizada no intento de auxiliar o Poder Judiciário no alcance da efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse contexto, é objetivo do presente artigo compreender a aplicabilidade dos métodos compositivos de controvérsias que foram concebidos como instrumentos efetivos de pacificação social, verificando quais são as possibilidades de contribuição dos cartórios extrajudiciais na efetividade de prestação de seus serviços com vistas à instauração da justiça.

Além de obras jurídicas, fez-se necessário o uso de outras Ciências Sociais, tendo em vista a interdisciplinaridade que, sem dúvida, é um fator relevante para a solução alternativa de conflitos, na medida em que permite a construção de uma cultura de efetivação dos direitos humanos e valorização da pacificação social.

1. CONFLITOS, JURISDIÇÃO E A “CRISE” DO PODER JUDICIÁRIO

Muito se tem questionado se o Poder Judiciário seria a única fonte de acesso à Justiça. O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil declara que um dos objetivos do Estado Democrático é assegurar o direito à Justiça como um valor supremo. Em seu artigo 2º, a Constituição Federal de 1988 preceitua que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Conforme os ensinamentos de Capelleti e Garth¹, as palavras “acesso à Justiça” não são reconhecidas com facilidade, mas elas servem para se concentrar em dois propósitos básicos do sistema jurídico pelo qual as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver suas disputas sob os auspícios gerais do Estado. De acordo com os autores, primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, deve levar a resultados que são individual e socialmente justos.

De fato, uma das premissas básicas do conceito é a de que a justiça social, conforme buscada pelas sociedades modernas, pressupõe acesso efetivo em honra aos princípios democráticos que foram constitucionalizados mediante as transformações que se deram após as grandes revoluções e guerras, acesso este que nos últimos anos tem sofrido grande pressão social em razão de uma problemática que se desenvolveu no seu contexto: a morosidade. Essa morosidade prejudica a efetividade da famigerada tutela jurisdicional.²

Mas sob o prisma da tutela jurisdicional, o que seria o conflito? Para Fernanda Tartuce³, o conflito é sinônimo de embate entre fatos, coisas ou pessoas, onde se verifica a existência de entrechoque de ideias ou interesses. Nas palavras da autora, podem haver diversas nomenclaturas para o conflito, podendo ser sinônimo de controvérsia, disputa, lide ou litígio. Nas

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 4.

2 *Ibidem*, p. 4.

3 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 21.

relações pessoais, a existência do conflito é recorrente, pois ele é dissenso e decorre de expectativas, interesses e valores que se confrontam.⁴ Embora essa contingência seja algo intrínseco à condição humana, o que se pode entender como algo natural, numa disputa de interesses as partes tendem a se enxergar como inimigas ou infieis.⁵

Nesse cenário controvertido, os interessados concentram todo elemento racional e probatório com a finalidade de ressaltar a sua própria posição unilateral, na tentativa de destituir os argumentos levantados pela outra parte. Assim, a polaridade estabelecida entre elas dificulta a percepção do interesse comum.

É nesse momento que o Estado manifesta seu *jurisdictio*, cuja função é típica do Poder Judiciário⁶, de modo a pacificar as controvérsias que se desenvolvem no contexto social e que a ele são submetidas.

Pedro Lenza⁷ conceitua jurisdição como sendo uma das funções estatais, onde o Estado chama para si a titularidade dos interesses das partes para que, de forma imparcial, dite qual o melhor direito que foram postos em conflito, mediante um processo de onde se proferirá uma sentença de mérito que externa a expressão imperativa do Estado sobre determinada questão. Decidida a lide, as partes serão obrigadas a cumpri-la mesmo que através de uma execução forçada.

Resumindo tais argumentos, cabe ao Poder Judiciário, como um dos poderes instituídos, compor os conflitos de forma a manter a convivência pacífica entre as pessoas, dizendo o direito aos casos que são submetidos ao seu crivo e efetivando a tutela que é constitucionalmente assegurada a todos os indivíduos.

Ocorre que, com o passar dos anos, com apoio do movimento constitucionalista⁸, o Poder Judiciário tem sido o prota-

4 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, 5ª ed. rev., atual., e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 19.

5 *Ibidem*, p. 20.

6 De acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

7 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1232.

8 De acordo com John Stuart Mill, o constitucionalismo moderno possui grande influência dos ideais bus-

gonista na efetivação de uma amplitude de direitos, o que levou a população a acreditar que somente através do seu poder imperativo poderia compor seus litígios e resguardar seus direitos. Esse fenômeno pode ser compreendido como judicialização, onde Barroso⁹ aponta como principais causas a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Face ao grande número de processos que progressivamente são postos à apreciação do Poder Judiciário, bem como ao alto grau de recorribilidade das decisões, ao alto custo do processo, do crescimento populacional, dos benefícios de gratuidade de justiça, à insuficiência de magistrados e servidores, além de outros fatores, verificou-se o abalroamento das Varas e Tribunais em várias esferas, declinando-o a uma situação de estagnação que pode ser entendida como uma crise de variados precedentes e que gera intensos reflexos na efetividade da tutela pretendida pela sociedade.

Abarrotado de processos, o Poder Judiciário passou a enfrentar problemas na aplicabilidade da Justiça célere, vendo-se mais lento, dando ensejo ao caos judicial e à ineficiência na prestação jurisdicional, com processos demasiadamente morosos, em detrimento da lei e também da própria Constituição Federal, que determina que os processos devam ter um prazo razoável de modo a não prejudicar os direitos postos em deliberação da jurisdição contenciosa.

Nesse contexto, surge o fenômeno da desjudicialização, provocando uma mudança de paradigmas no acesso à Justiça e à cultura da judicialização dos litígios. Possibilitou-se, deste modo, o aparecimento de formas alternativas de resolução de controvérsias. Com o viés de proporcionar a diminuição no volume de demandas, esses mecanismos paralelos à jurisdição

cados pela dignidade da pessoa humana, através da filosofia e do movimento utilitarista, considera-se que as impressões sociais, sobre temas como minoria, saúde, corrupção e outros do campo particular e coletivo, devem sempre guardar relação com a consideração e respeito da jurisdição constitucional, que, a cada dia, passa a tomar decisões mais impactantes no intuito de efetivar o bem-estar social.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 3-4. Disponível em <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/ file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)> Acesso em 25 jan. 2020.

contenciosa tendem a desobstruir o Poder Judiciário e auxiliá-lo na prestação da tutela jurisdicional, utilizando-se, inclusive, a via extrajudicial.

A desjudicialização guarda seu significado na possibilidade de facultar às partes a composição, a estruturação e a organização de seus interesses fora da esfera judicial, desde que atendidos alguns requisitos, como a capacidade civil e a disponibilidade do objeto da lide, onde se busca soluções além da tramitação habitual dos fóruns e tribunais¹⁰, que atualmente pode ser considerada morosa em face dos precedentes acima expostos.

2. MUDANÇA DE PARADIGMAS NO ACESSO À JUSTIÇA: OS MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Como já trazido, o Brasil é um país aculturado pela judicialização, e a implementação dos meios alternativos de conflitos importa em um rompimento de paradigmas tanto dos aplicadores do direito, quanto dos advogados e das partes.

Se baseia na mudança da mentalidade, de conceitos pré-formulados e da cultura construída ao longo dos anos, até mesmo por sermos um país baseado no *civil law*.

A cultura do direito brasileiro baseado no *common law* teve origem com a edição do Novo Código de Processo Civil em 2015, que trouxe importante reforma com relação ao sistema dos precedentes proferidos pelas Cortes Superiores, que passaram a ter força vinculativa, de forma que todos os demais juízes devam julgar conforme o já decidido no caso concreto pelo órgão judiciário superior.

Essa mudança de paradigma importa na concepção de que o acesso à Justiça possa ser realizado pelos meios alternativos de conflitos, oportunizando aos cidadãos o acesso à Justiça com dignidade, liberdade e efetiva participação das partes. Até porque, conforme os ensinamentos de Capelletti e Garth acima expostos, o centro do acesso à Justiça é a possibilidade de que ela possa ser efetivada no contexto que se insere a sociedade. Não se trata

10 HELENA, Eber Zoehler Santa. *O fenômeno da desjudicialização*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7818>>. Acesso em: 23 jan. 2020

somente da oportunidade que se dá à sociedade de ir à corte reclamar seus direitos, mas sim de salvaguardar a imparcialidade na análise dos casos controversos e ao tratamento isonômico que é merecido por todo cidadão.¹¹

Segundo Fernanda Tartuce,¹² os obstáculos que implementam de maneira mais ampla os modelos consensuais de abordagem de conflitos são variados, destacando como óbices:

- a) a inexistência de fomento nas academias acerca da temática;
- b) a falta de informação sobre a existência de tais práticas para a composição dos litígios;
- c) o receio da perda do poder encontrado nas autoridades tradicionalmente institucionalizadas pela distribuição da justiça.

Desta forma, é necessário que haja maiores subsídios na possibilidade de rompimento desses obstáculos, de forma que o acesso à Justiça possa ser efetivo, concretizando-se o princípio constitucional e fundamentalmente tutelado.

2.1. O Sistema Multiportas

Inspirado no americano *Multi-door Courthouse System*¹³, o Sistema Multiportas ou Tribunal Multiportas caracteriza-se por não restringir o desfecho das situações controversas exclusivamente à apreciação do Poder Judiciário, incorporando ao ordenamento jurídico meios alternativos de composição, estes que, muitas vezes, se mostram mais adequados conforme as peculiaridades de cada tipo de conflito.

Mais comumente esses métodos e técnicas podem se dar através da negociação, da conciliação, da arbitragem e da mediação. Também há outros meios menos usuais no trato de conflitos no Brasil, mas que têm fortalecido sua aderência no âmbito da construção civil, neste exemplo, os *dispute boards*. Tais mecanis-

11 PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *E a justiça aqui tão perto?: as transformações no acesso ao Direito à justiça*. Disponível em <<http://www.oo.pt/Uploads/%7B3CF0C3FA-D7EF-4CDE-B-784-C2CACEE5DB48%7D.doc>> Acesso em 28 jan. 2020.

12 TARTUCE, Fernanda. op. cit., p. 109.

13 A consagrada expressão *multi-door courthouse* foi originalmente usada pelo Prof. Frank Sander (Harvard) em 1976, em conferência que posteriormente veio a ser publicada em 1979: Frank Sander. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979, p. 65-87.

mos têm gerado uma cultura compositiva que, se fomentada da maneira como determina a lei, pode decididamente contribuir para a crise levantada no âmbito do acesso à Justiça.

Quanto ao conceito da expressão “sistema multiportas”, Leonardo Carneiro da Cunha¹⁴ aduz que ela decorre de uma metáfora, utilizada para ilustrar uma multiplicidade de portas, considerando-se estas como alternativas ao problema apresentado ao fórum ou tribunal. Essas portas representariam as variadas formas para compor a lide: seja a mediação, a conciliação, a arbitragem ou a própria jurisdição, onde, de acordo com as características específicas do conflito em apreço, escolher-se-á a via mais adequada.

Deste modo, o referido sistema, para atender ao direito fundamental de acesso à Justiça, que é alçado à categoria de direitos humanos, atende à necessidade da existência de mecanismos que possam assegurar ao cidadão uma tutela jurisdicional efetiva, que deve ser prestada em tempo razoável, de modo a satisfazer as necessidades decorrentes das mudanças ocorridas no bojo social.

Cunha¹⁵ ressalta também da adoção dessa sistemática pela Resolução n. 125/2010/CNJ, bem como pelo Código de Processo Civil de 2015, onde no caso concreto se deverá estabelecer qual é a forma mais adequada, o método ou a técnica formidável para a questão controversa, desincumbindo o Poder Judiciário da análise de muitas questões que se figuram mais como uma disputa do que necessária ao seu julgamento. Ainda de acordo com o referido autor, trata-se de uma importante mudança paradigmática, em que não basta o julgamento, mas sim a satisfação das partes com o resultado.

Com a Resolução n. 125/2010/CNJ, foram incorporados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, no intuito de desenvolver a política judiciária adequada dos conflitos de interesses, planejando, implementando e aperfeiçoando as ações voltadas ao atendimento da mencionada política e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

¹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 637.

¹⁵ *Ibidem*

Anos depois, após aprovação do Código de Processo Civil mediante a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, em seus preceitos fundamentais, trouxe o legislador uma norma de caráter pragmático no que tange à autocomposição e a aderência do Estado-juiz social.¹⁶ A partir de então, a solução consensual tornou-se um objetivo primordial, pois “a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário.”¹⁷

2.2. A Mediação e a conciliação como meios alternativos de acesso à Justiça

Nesse cenário de Tribunais abarrotados de processos e diante da insuficiência de servidores para auxiliarem a rápida e efetiva prestação jurisdicional, a desjudicialização trazida pelo Sistema Multiportas se tornou uma realidade no Brasil, fomentando a edição de leis e normas que favoreceram a composição amigável das situações conflituosas através de outros meios.

É exatamente o caso da Resolução n. 67, de 26 de março de 2018, com a qual o Conselho Nacional de Justiça implementou a política sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Nela, ocorre o deslocamento de algumas atividades que eram atribuídas ao Poder Judiciário e, portanto, previstas em lei como de sua exclusiva competência, para o âmbito das serventias extrajudiciais, admitindo que esses órgãos possam realizá-las, por meio de procedimentos administrativos.

Antes que se adentre no estudo dos serviços regulamentados pela referida resolução, faz-se necessário discorrer sucintamente acerca dos conceitos sobre os meios consensuais que ela disciplina: a mediação e a conciliação.

16 De acordo com os §§2º e 3º do art. 3º do Código de Processo Civil: O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

17 BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>> Acesso em 2 fev. 2020.

Segundo Luiz Antonio Scavone Junior,¹⁸a conciliação diz respeito à atividade que é desenvolvida pela pessoa do conciliador, que intenta obtenção de uma resolução amigável da controvérsia posta em análise, sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado.

A mediação, por sua vez, é definida como um meio em que a atuação do mediador, apto e imparcial, expõe sua opinião acerca do caso concreto, dialogando construtivamente com as partes, ouvindo suas versões e analisando a possibilidade de erigir o interesse comum entre elas.¹⁹

Sempre voluntária, a mediação é definida nos termos da justificativa dada pelo projeto que resultou na Lei 13.140/2015²⁰, como sendo “o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”. O terceiro, que pode ser designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes, não tem poder decisório sobre a questão, mas apenas a intenção de coadjuvar as partes na obtenção de uma composição consensual.²¹

Esse processo de transferência de serviços que antes só poderiam ser gesticulados pelo Poder Judiciário traduz de maneira concreta o conceito de desjudicialização, que tem por objetivo trazer celeridade às ações que não envolvem litígio e contribuir para a redução da crescente pressão sobre os fóruns e tribunais.

Para que o instrumento judicial se torne célere, é imperioso concentrar a atividade do juiz natural, afastando do Poder Judiciário questões de menor complexidade, nas quais inexistem conflitos entre as partes.

Assim, prestigia-se a atividade jurisdicional, evitando-se a intervenção judicial nas situações em que não se faz neces-

18 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 8. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 298.

19 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2017, p.36.

20 De acordo com o art. 1º da Lei 13.140/2015, esta lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

21 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, op. cit., p. 298.

sária, mas sim naquelas em que a jurisdição é a única solução para o conflito, tendo sido a legislação processual adaptada a essa realidade, com a edição da Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, posteriormente regulamentada pelo Provimento 67/2018 do CNJ.

Ao utilizar por 39 (trinta e nove) vezes a citação do termo mediação em seu texto, o CPC prestigiou a solução consensual de conflitos. De acordo com o referido diploma, em seu artigo é determinado que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, o que faz com que os operadores do Direito se adequem a essa nova realidade.”

Dados extraídos do relatório anual do Conselho Nacional de Justiça apontam que em 2018 foram proferidas 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordos pela Justiça, sendo 3,7 milhões de sentenças na fase processual e 700 mil na fase pré-processual, em um percentual de 12% de todos os processos julgados.²²

Destarte, evidencia-se a mudança de paradigma no ordenamento jurídico e na sociedade quanto às formas de resolver conflitos, o que faz com que os profissionais da área jurídica também tenham que se adequar de forma a mudar a cultura da judicialização, aceitando assim de braços abertos as novas formas de solução de conflitos.

Através da Justiça Multiportas, sobremaneira esses profissionais poderão ensejar uma rápida prestação jurisdicional ao seu cliente, trazendo satisfação e lhe proporcionando prospectar novos desafios.

Assim, passa-se a discorrer sobre o impacto das mediações e conciliações por meio das serventias extrajudiciais e a sua regulamentação pelo Provimento 67/2018 do CNJ.

22 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em 22 jan. 2020.

3. O ACESSO À JUSTIÇA MULTIPORTAS POR MEIO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E O PROVIMENTO 67/2018 DO CNJ

A Resolução n. 67/2018/CNJ destaca a importância da atividade notarial e registral como instrumentos que desenvolvem a Justiça Multiportas.

Conforme a Lei n. 8.935/1994, o notário ou tabelião é o profissional aprovado em concurso público de provas e títulos, sendo pessoa de direito e dotada de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. Uma vez habilitado, sua atividade é fiscalizada pelo Poder Judiciário do Estado ao qual a serventia é vinculada.

Nos termos da Resolução n. 67/2018/CNJ, poderão solicitar autorização específica para que o serviço de mediação e conciliação seja por eles prestado, sob supervisão do delegatário, por no máximo cinco escreventes por serventia.

As Corregedorias de Justiça dos Tribunais de cada Estado podem normatizar o serviço no âmbito de seus territórios, a partir do Provimento citado, devendo elas, contudo, manter em seus sítios eletrônicos a listagem de serviços que podem ser submetidos à conciliação e mediação em vossos estabelecimentos, donde deverá constar também os nomes dos mediadores e conciliadores disponíveis para a prática de tais atos, ficando estes à livre escolha das partes.

O procedimento da mediação e conciliação nas serventias extrajudiciais, nos moldes do provimento, será fiscalizado pela Corregedoria Geral de Justiça e pelo juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, da jurisdição a que estejam vinculados os serviços notariais e de registro.

Além disso, deverão os tabeliães e notários buscar a formação adequada para a prática dos atos de mediação e conciliação no centro das serventias extrajudiciais, formação esta que será custeada pelas próprias serventias notariais e de registro, cujos cursos de aperfeiçoamento são ofertados por escolas judiciais ou por instituição de ensino formadora de mediadores judiciais, nos termos da Lei n. 13.140/2015.

3.1. Das partes e do objeto

Quanto à mediação e conciliação, o art. 10 do Provimento 67/2018/CNJ diz que poderão ser partes nas serventias extrajudiciais a pessoa natural civilmente capaz, a pessoa jurídica e os entes despersonalizados a que a lei confere capacidade postulatória, e elas poderão ser representadas por procurador devidamente constituído que esteja munido de instrumento público ou particular com poderes para transigir. Tal instrumento deverá ter firma reconhecida.

A pessoa jurídica, o empresário individual e os entes despersonalizados poderão ser substituídos por preposto autorizado, mediante apresentação de carta de preposição, na qual se faz necessário constar poderes para transigir e com firma reconhecida, sem necessidade da existência de vínculo empregatício, sendo necessária a prova da representação através da exibição dos seus atos constitutivos.

Nos termos do artigo 11 do Provimento, as partes poderão ser acompanhadas por advogados ou defensores públicos, desde que munidos de instrumento de mandato com poderes especiais para o ato. Caso uma das partes esteja desassistida, o conciliador ou mediador suspenderá o ato até que todas as partes estejam devidamente assistidas, conforme determina o parágrafo único deste artigo.

Em que pese o Provimento mencionar a necessidade de suspensão do procedimento, entende-se que caso as partes se sintam seguras e tenham interesse em prosseguir mesmo desassistidas por advogado, o procedimento poderá ter curso, mormente em se tratando de partes capazes e que envolva direitos disponíveis.

Quanto ao objeto dos atos de mediação e conciliação nas serventias extrajudiciais, a seção III do Provimento, pelo seu art. 12, diz que são admitidos como objeto da conciliação e mediação os direitos disponíveis e os indisponíveis onde haja a possibilidade de transação, o qual poderá tratar do conflito em sua totalidade ou somente em parte dele.

No caso de direitos indisponíveis, o acordo firmado deverá ser submetido à apreciação judicial para sua homologação, nos termos do art. 725, VIII do CPC²³, e nos termos do art. 3º, § 2º da Lei 13.140/2015²⁴, o que demonstra a importância da participação do Poder Judiciário em determinados casos.

3.2. Do procedimento e valor dos emolumentos

No âmbito da competência, conforme art. 42 da Lei n. 13.140/2015, os interessados poderão formular o requerimento de mediação ou de conciliação, sendo permitida a formulação do requerimento em conjunto pelas partes, podendo ser feita por formulário padrão, nos termos do art. 14 do Provimento do CNJ.

O requerimento deverá conter:

I – qualificação do requerente, em especial, o nome ou denominação social, endereço, telefone e *e-mail* de contato, número da carteira de identidade e do cadastro de pessoas físicas (CPF) ou do cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ) na Secretaria da Receita Federal, conforme o caso; II – dados suficientes da outra parte para que seja possível sua identificação e convite; III – a indicação de meio idôneo de notificação da outra parte; IV – narrativa sucinta do conflito e, se houver, proposta de acordo; V – outras informações relevantes, a critério do requerente.²⁵

Recebido e protocolado o requerimento, a documentação apresentada será avaliada pelo notário ou registrador, que poderá solicitar saneamento no prazo de dez dias em caso de vício, notificação que será realizada preferencialmente por via eletrônica. Nessa hipótese, poderá ser marcada nova data para a feitura do ato, sendo que, não sanado o vício no lapso determinado, o

23 Art. 725. Processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção o pedido de: [...] VIII - homologação de auto-composição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor.

24 Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. ... § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

25 BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 67 de 26 de março de 2018. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2532>> Acesso em: 22 jan. 2020.

pedido será rejeitado. Em caso de inércia das partes, proceder-se-á ao arquivamento do pedido.

No que diz respeito ao pagamento de emolumentos, de acordo com o artigo 16 do Provimento 67/2018, seu pagamento será realizado no ato do requerimento, cujo valor corresponderá a uma sessão consensual de até 60 (sessenta) minutos, que corresponderá, enquanto não editadas as normas específicas relativas a tais emolumentos, ao menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico.

A distribuição do requerimento deverá, conforme o art. 17 do Provimento, ser anotada no Livro de Protocolo de Conciliação e de Mediação, ordenada conforme a ordem cronológica de apresentação. Designados o dia, o local e a hora para a realização da sessão, deverá o solicitante ser de imediato notificado, dispensando-se deste modo a notificação do requerente.

Salvo transação diversa, o custo referente ao tempo excedido de 60 (sessenta) minutos será cobrado proporcionalmente de ambas as partes.

Entende-se que em caso de mediação ou conciliação, os emolumentos finais deverão ser calculados sobre o valor da transação, tendo como base a tabela dos emolumentos das escrituras com valor econômico, até que haja efetiva regulamentação por parte de cada um dos Tribunais.

Há que se destacar que conforme preceituam os artigos 37 e 38 do Provimento 67/2018/CNJ, não é permitido aos serviços notariais e de registro auferir das partes qualquer benefício referente às transações realizadas, exceto dos valores relativos aos emolumentos e despesas de notificação, sendo que em caso de arquivamento antes da sessão, deverá o serviço notarial ou registral devolver ao requerente a quantia equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor recebido. As despesas de notificação não serão ressarcidas, salvo se a desistência do pedido ocorrer antes da realização do ato notificatório.

Importante mencionar, ainda, que visando concretizar a máxima efetividade da Justiça, e tendo como base o disposto no artigo

169, § 2º do CPC²⁶, os serviços notariais e registrais deverão destinar ao menos 10% (dez por cento) da média semestral das sessões realizadas a audiências não remuneradas, ou ainda de percentual não inferior ao fixado pelas câmaras privadas, visando atender demandas de gratuidade como contraprestação pela autorização dada às serventias extrajudiciais para a realização de tais procedimentos.

3.2. Da realização das sessões

Os estabelecimentos notariais e registrais deverão manter espaço destinado à realização das audiências de mediação e conciliação. No horário designado, será realizado o chamamento nominal das partes para o início do procedimento. Caso ausente qualquer uma das partes, o procedimento será arquivado nos termos do artigo n. 21 do Provimento 67/2018/CNJ.

Caso haja pluralidade de requerentes e sendo possível a tratativa entre as partes que se fizeram presentes, o procedimento não será arquivado, e na eventualidade de acordo este surtirá efeitos somente entre as partes que dele participaram.

Realizado o acordo, será lavrado termo de conciliação ou de mediação, sendo que as partes rubricarão todas as folhas e assinarão a última folha do termo, o qual será arquivado no livro de conciliação e mediação, entregando-se a cada uma das partes documento público com força de título executivo judicial.

Em não sendo realizado acordo, as partes não estarão impedidas de participar de novas sessões de conciliação ou de mediação até que seja estabelecida uma composição.

Havendo desistência por uma das partes, o pedido será arquivado independentemente da anuência da parte contrária. Isso se dará se houver solicitação a qualquer tempo por escrito que manifeste a desistência do pedido, onde ele deverá ser arquivado em pasta própria. O provimento ressalta ainda que essa obrigatoriedade não subsistirá caso for ele microfilmado ou gravado por processo eletrônico de imagens.

²⁶ Art. 169, § 2º, CPC/15: Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Não manifestando o requerente, no prazo de 30 (trinta) dias após sua notificação, presumir-se-á a desistência do requerimento.

Nos termos do artigo 25 do Provimento, não sendo obtido acordo ou não havendo manifesto quanto à desistência do requerimento antes da sessão de conciliação ou de mediação, o procedimento será arquivado pelo serviço notarial ou de registro, que anotará essa circunstância no livro de conciliação e de mediação.

Durante a sessão, podem ser realizadas diversas técnicas, dentre as quais pode-se citar a empatia (ato de se colocar no lugar do outro), o afago e o silêncio, sendo realizada a validação de sentimentos, até mesmo nas sessões individuais.

A mediação é assim um dos métodos de resolução de conflitos, por meio do qual, com o intermédio do mediador e com o empoderamento das partes, este auxilia as partes a retomarem sua comunicação, solucionando o conflito, ao invés de deixar que a decisão seja proferida por um juiz ou tribunal.

Discorrido sobre o procedimento, a seguir será mencionada a forma do registro dos atos perante as serventias registras e notariais.

3.4. Dos livros para recebimento dos requerimentos e lavratura dos atos, da confidencialidade das mediações e da publicidade preconizada pela Lei n. 13.140/2015

Os serviços notariais e de registro são os de “organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”²⁷

Segundo Luiz Guilherme Loureiro:

a publicidade do serviço notarial e registral assegura um conhecimento potencial, presumido, sendo que os destinatários podem, voluntariamente e livre de qualquer obstáculo, ter acesso ao objeto da publicidade e, dessa forma, adquirir o conhecimento concreto e efetivo.²⁸

²⁷ BRASIL, *Lei n. 8935 de 18 de novembro de 1994*. Art. 3°. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm Acesso em 22 jan. 2020

²⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos Teoria e Prática*. 5. ed. rev., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 53.

Assim, todos os atos praticados perante as serventias extrajudiciais são públicos, existindo a publicidade indireta, por meio da expedição de certidões, de forma que em sendo a mediação realizada perante a serventia, questiona-se se tais informações poderiam ser fornecidas a terceiros.

O Provimento do CNJ determina que os serviços notariais e de registro que sejam optantes pela prestação do serviço deverão criar livros de protocolo específico com a finalidade de receber os pedidos de conciliação e de mediação, onde serão os termos resultantes das sessões lavrados em livro exclusivo, estando vedada seu emprego para finalidade diversa.

Do livro de protocolo deverão constar o número de ordem, que seguirá indefinidamente nos livros da mesma espécie; a data da apresentação do requerimento; o nome do requerente; e a natureza da mediação, sendo que os mesmos terão até trezentas folhas, permitindo-se o acréscimo para evitar a inconveniência da cisão do ato.

Importante mencionar que nos termos do artigo 5º da Lei n. 6.015/1973, o juiz poderá autorizar a diminuição do número de páginas, até a terça parte do consignado.

Os serviços notariais e de registro que forem optantes na prestação dos serviços de mediação e conciliação deverão instituir livro respectivo, cuja abertura atenderá às normas estabelecidas pelas Corregedorias-gerais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, conforme o disposto no artigo 27 do Provimento 67/2018/CNJ, sendo que os termos de audiência de conciliação e mediação serão lavrados em referidos livros, vedada sua utilização para outro fim.

A lei de mediação preceitua que deve haver o princípio da confidencialidade nas sessões, o que restou reafirmado no artigo 8º do Provimento 67/2018²⁹, o que não se confunde com o princípio da publicidade.

Em decorrência da confidencialidade, o mediador não poderá depor como testemunha em processos judiciais envolvendo

²⁹ Toda e qualquer informação revelada na sessão de conciliação ou mediação será confidencial, salvo as hipóteses do art. 30 da Lei n. 13.140/2015.

o conflito em que tenha atuado, nos termos do artigo 7º da Lei 13.140/2015 e artigo 448, II do CPC. Ademais, o princípio engloba todos que participam da mediação, dentre eles os membros da equipe do mediador, as partes, os prepostos e advogados.

Sem a confidencialidade, a mediação provavelmente não alcançaria todo o seu potencial e impediria os resultados, pois as partes não se sentiriam tão à vontade para um diálogo aberto e para revelarem preocupações, incertezas, desconfortos e, principalmente, seus interesses.

No que tange ao conteúdo que se visa proteger através da confidencialidade, estão abrangidas todas as manifestações das partes, tais como: opiniões, promessas, manifestações sobre as tratativas, declarações, bem como os documentos preparados unicamente para o procedimento em questão e os fatos reconhecidos por uma ou ambas as partes (art. 30, § 1º, I a IV, da lei de mediação), além de todas as informações apresentadas no curso da mediação (art. 166, § 1º, do CPC/15), não abrangendo o termo de conciliação ou mediação, que pelo princípio da publicidade registral e notarial, pode ser acessível àqueles que solicitarem os documentos.

Ressalta-se que a confidencialidade na mediação não é absoluta. As informações ali veiculadas podem ser utilizadas nas seguintes ocasiões:

a) com expressa autorização dos mediandos, não podendo o respectivo teor ser utilizado para outra finalidade, conforme determina o art. 166, § 1º, do CPC/15;

b) nos casos em que a lei exija a sua divulgação, ou seja, necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação (art. 30, caput, da lei 13.140/15); e

c) quando estiverem relacionadas com a ocorrência de crime de ação pública (art. 30, §3º, da lei de mediação).

Além disso, imperioso destacar que a regra da confidencialidade não pressupõe a inexistência de obrigação perante a Justiça Tributária após o término dos procedimentos compositivos, devendo os envolvidos prestarem, se for o caso, informações à administração tributária, ressaltando que cabe aos

servidores públicos a obrigação de manterem em segredo as informações que foram compartilhadas, nos termos do art. 198 do Código Tributário Nacional³⁰.

Além de não ser absoluta, a noção de confidencialidade deve ser interpretada sob o prisma de uma lógica sistêmica. O sigilo que envolve as sessões não pode ser utilizado para comportamentos abusivos e protelatórios, feitos no intuito de encobrir qualquer atitude eivada de má-fé. Isso importaria em violação aos princípios da boa-fé e da cooperação (arts. 5º e 6º do CPC/15), desestimulando e infantilizando a mediação, sobretudo nesse momento de sedimentação do CPC/15.

Por fim, em que se pese a existência da confidencialidade durante a realização das sessões, entende-se que não é vedada a publicidade do termo de mediação, de forma que deve ser possível o acesso ao mesmo mediante a expedição de certidões, como forma inclusive de subsidiar arresto ou bloqueio sobre valores objetos de transação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nossa sociedade, atualmente, os notários e registradores exercem um grande papel facilitando o acesso à Justiça e na lavratura de atos extrajudiciais, demonstrando a importância da atividade notarial e registral enquanto meio de acesso à Justiça. Trata-se da efetivação do direito fundamental à Justiça célere e eficaz, com base nos preceitos da Constituição Federal de 1988.

Hoje pode-se realizar diversos procedimentos pela via extrajudicial, tais como: inventários; partilhas; separações e divórcios extrajudiciais, que são regulamentados pela Lei n. 11.441/2007; usucapião administrativa, regulamentada pela Lei n. 11.977/09; conciliação e mediação, regulamentados pelo Pro-

30 Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

vimento 67/2018 do CNJ; retificação de registro de assentamento civil de forma extrajudicial, regulamentada pela Lei 12.100/20019; protesto de títulos, regulamentado pela Lei 9.492/1997; execução extrajudicial na alienação fiduciária de bens imóveis, instituída pela Lei 9.514/97; retificação de área extrajudicial, regulamentada pela Lei 10.931/2004, dentre outros.

O Judiciário não pode ser visto como única forma para resolução de conflitos, sendo que o Brasil precisa reduzir o grau de litigiosidade que prejudica uma efetiva prestação jurisdicional, o que pode ser alcançado pelos meios alternativos de solução de conflitos.

Ademais, as faculdades de direito devem se adequar às novas formas de Justiça Multiportas, estimulando, apoiando e aprimorando as práticas de resolução de conflito como disciplina obrigatória em suas grades, preparando esse profissional para o novo ambiente que contempla novas formas de solução extrajudicial dos conflitos, de forma a disseminar a cultura da pacificação.

Importante ressaltar, por fim, que não somente alcança a rápida solução do conflito, mas muito mais do que isso, restabelece a comunicação entre as partes, prevenindo o litígio, e sobremaneira reduz os custos para a solução da questão, porquanto atualmente há inclusive a possibilidade de realização das mediações por videoconferência, tudo tendo como fim a pacificação social. ❖

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (org.). 2013. *Manual de Mediação Judicial* (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD).

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 3-4. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 25 jan. 2020.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em <<https://atos>.

cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156> Acesso em 22jan. 2020.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 67 de 26 de março de 2018*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2532>> Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL, *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 22 jan. 2020

BRASIL, *Lei n. 8935 de 18 de novembro de 1994*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm Acesso em 22 jan. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em 22 jan. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

HELENA, EberZoehler Santa. *O fenômeno da desjudicialização*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7818>>. Acesso em: 23 jan. 2020

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos Teoria e Prática*. 5. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Pedro Madeira, ed. Especial, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *E a justiça aqui tão perto?: as transformações no acesso ao Direito à justiça*. Disponível em <<http://www.oa.pt/Uploads/%7B3CF0C3FA-D7EF-4CDE-B784-C2CACEE5DB48%7D.doc>> Acesso em 28 jan. 2020.

ROCHA. Caio Cesar Vieira. *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. Luis Felipe Salomão (coordenação). 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

RODOVALHO, Thiago. *Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória*. Disponível em <http://www.arpenbrasil.org.br/artigo.php?id=173> Acesso em 22 jan. 2020.

SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 8. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, Tony. *Manual de Mediação e conciliação: Eficaz para solução e acordos*. 1ª edição. São Paulo: 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, 5ª ed. rev., atual., e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A Prevenção de Lítígios nos Contratos de Construção: A Operatividade dos *Dispute Boards*

Maria João Mimoso

Associate Professor at Portucalense University and at Polytechnic Institute of Maia, Researcher at Portucalense Institute for Legal Research – IJP and at Research Center of the Polytechnic Institute of Maia -N2i.

Joana D'arc Amaral Bortone

Researcher at Portucalense Institute for Legal Research, Portucalense Institute for Legal Research, Portucalense University.

RESUMO

Os contratos de construção são conhecidos pela sua complexidade, especificidades e longa duração. Assim, dada a necessidade de uma resposta imediata aos problemas existentes durante a fase de execução, surgiram os *Dispute Boards* (DB). Trata-se de um comitê responsável por auxiliar as partes nas suas desavenças, prevenindo disputas, proporcionando-lhes a obtenção de uma solução rápida, econômica e eficiente, prevenindo o surgimento de um litígio. Mais do que um meio extrajudicial de resolução de conflitos, como defendido por certos autores, ou câmara pré-arbitral, como apelidado, por outros, um DB é, sobretudo, um mecanismo de prevenção de conflitos. Evita não só o rompimento das relações contratuais, como acautela os eventuais prejuízos decorrentes da interrupção ou suspensão do contrato. No setor da construção civil, a instituição deste comitê permite que a obra seja acompanhada, desde o início, por especialistas,

minimizando potenciais disputas, que colocariam em risco o efetivo cumprimento do contrato. Os resultados são extraordinariamente positivos, refletindo-se na efetividade dos contratos. Uma vez cumpridos na totalidade, satisfazem não só os interesses das partes contratantes, mas de terceiros adquirentes de partes autônomas do bem construído. Evitam-se as delongas judiciais e a sua natural onerosidade.

Pretendemos, com o presente estudo, contextualizar os DB, demonstrando a sua importância, assinalando o seu contributo para o comércio internacional e explicando a razão do seu sucesso. Faremos alusão a alguns exemplos paradigma dos DB. Serão ainda referenciadas as regras criadas pela Câmara do Comércio Internacional de Paris (CCI), bem como o acolhimento dos DB pelos contratos da *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC)..

Palavras-chave: *Dispute Board*; Construção Civil; Arbitragem; Contratos.

ABSTRACT Construction contracts are known for their complexity, specificities and long duration. Thus, given the need for immediate response to problems during the execution phase, Dispute Boards (DB) arose. DB are a committee responsible for assisting the parties in their disagreements, preventing disputes, providing them with a quick, economical and efficient solution, preventing the emergence of a dispute. More than an extrajudicial means of conflict resolution, as advocated by certain authors, or pre-arbitral chamber, as called by others, a DB is, above all, a dispute prevention mechanism. It avoids not only the breach of contractual relations, but also warns against possible losses resulting from the interruption or suspension of the contract. In the construction industry, the establishment of this committee allows the work to be monitored from the very beginning by specialists, minimizing potential disputes that would jeopardize the effective compliance of the contract. The results are extraordinarily positive, reflecting on the effectiveness of the contracts. Once fully fulfilled, they satisfy not only the interests of the contracting parties but of third parties which are acquiring autonomous

parts of the constructed property. Judicial delays and their natural burdens are avoided. With this study, we intend to contextualize the DBs, demonstrating their importance, highlighting their contribution to international trade and explaining the reason for their success. We will allude to some DB's paradigm examples. Reference will also be made to the rules created by the Paris International Chamber of Commerce (JRC), as well as the reception of DBs by the Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) contracts.

Keywords: *Dispute Board; Construction Industry; Arbitration; Contracts.*

1. INTRODUÇÃO

As relações sociais reclamam cada vez mais agilidade e segurança jurídica. A evolução do mercado e do direito empresarial fez com que se passasse a adotar formas diferentes de gerir os conflitos de interesses. É ponto assente que as soluções internas serão minimizadoras dos conflitos no decurso do contrato se comparadas com as decisões impostas por uma autoridade, sem que, nessas, como sabemos, se possa ter controle sobre o tempo e custo do processo.

A vantagem está no fato de a construção de uma solução através de processos consensuais evitar os desgastes próprios das lides judiciais, em que o emprego de técnicas puramente litigiosas deprecia as relações mercantis em prejuízo do intercâmbio comercial.

Os *Dispute Boards* (DB), ao contrário da arbitragem, mediação e conciliação, conhecidos como meios extrajudiciais de resolução de conflitos, consistem na nomeação de uma junta de técnicos da confiança das partes, à qual incumbirá o acompanhamento da execução do contrato, emitindo, conforme opção dos envolvidos, opiniões e pareceres, sendo que estes poderão apresentar-se vinculativos ou não vinculativos, como observaremos oportunamente.

Para além da vantagem do *Dispute Board* acompanhar a execução do contrato e estar próximo das partes, contribuindo para a efetivação do contrato, ele constitui-se antes do surgir-

mento do conflito, contrariamente ao que ocorre na arbitragem, mediação e conciliação¹.

2. CONCEITO DE DISPUTE BOARD

Situações complexas e interrupções durante a execução de contratos de construção civil são muito comuns, especialmente nos contratos de grande porte e longa duração². Se não bastassem os transtornos decorrentes dos problemas que apresentam e da interrupção dos trabalhos, ainda existe o fator tempo e os gastos despendidos com a resolução de litígios, mesmo pela via arbitral.

Outra questão relevante é a existência de fortuitos internos e externos do contrato, previsíveis e imprevisíveis, que podem comprometer a boa execução contrato.

Foi pensando em um manancial de fatores que os *Dispute Boards*, em português, comitê de resolução de controvérsias, surgiram. Um comitê de especialistas responsáveis para acompanhar o cumprimento do contrato, minimizador de prejuízos, falhas, interrupções e, acima de tudo, evitando a formação de litígios que, comumente, levam ao rompimento dos contratos e à paralização das obras, causando danos não só aos contratantes, mas a diversas outras entidades/pessoas atingidas no âmbito desse tipo de contratos³.

Nesse contexto, o comitê é composto por um ou três especialistas, de acordo com o objeto do contrato, independentes, cujo compromisso principal é emissão de pareceres sobre o andamento das obras, análise da execução dos projetos e, acima de tudo, auxiliar as partes, evitando disputas quanto possível, ou solucionando disputas através de resoluções rápidas, baratas e eficientes, sem necessidade de instituir uma arbitragem ou mesmo o ingresso numa demanda judicial.

1 MARCONDES, A. F. M. Os dispute boards e os contratos de construção. In: MARCONDES, F. (Org.). Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção. São Paulo: PINI, 2014. p.137. ISBN-13: 978-8572662932

2 GARCÍA, R. H. Dispute boards (paneles de solución de controvérsias) em Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controvérsias. In: GARCÍA, R. H. (Coord.). Dispute boards in Latinoamérica experiencias y retos. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, p. 23-32.

3 CAIRNS, D. J. A.; MADALENA, I. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 3, n. 10, p. 178-198, 2006.

Necessário destacar a relevância da *expertise* dos membros do comitê, cuja técnica e experiência facilitarão a condução dos trabalhos, bem como a obtenção de resultados. Observa-se, ainda, que os *Dispute Boards* mais efetivos são aqueles instituídos no início do contrato, uma vez que quanto mais intimidade os membros do comitê tiverem com todas as cláusulas contratuais, objeto e objetivo das partes, mais facilmente alcançarão rápida solução para a condução dos trabalhos e, desse modo, corresponderem à expectativa dos contratantes⁴.

Contudo, é necessário registrar que é possível a instituição do comitê após o início do contrato, quando do surgimento de uma controvérsia, modalidade, esta, conhecida como “*ad hoc*”. A vantagem da constituição do comitê nessa versão é, exclusivamente, o fato de poder escolher especialistas para o problema *in casu*. Contudo, a desvantagem é que o comitê não terá intimidade com o contrato, o que pode demandar tempo e até a necessidade de uma perícia para que se identifique e diagnostique os problemas, para, seguidamente, se alcançar a solução mais adequada para o caso. Ademais, não se pode perder de vista que essa modalidade atenua a maior vantagem do *Dispute Board*, a saber, a previsibilidade do fortuito, evitando que o problema assumira maior contornos de conflitualidade.

A existência do comitê, bem como as suas regulares visitas às obras, agilizam também a comunicação entre as partes, potencializando que estas recebam informações sobre o progresso dos trabalhos e, quiçá, sobre os potenciais problemas que se adivinham. Além disso, incentivam a resolução das questões contenciosas em relação à construção, antes mesmo que se formalize uma disputa real.

As partes podem, ainda, convencionar que o comitê emita opiniões consultivas. Para que tal se torne possível, será necessário a entrega de documentos contratuais, plantas, especificações e relatórios desenvolvidos ao longo do contrato.

Os limites da competência do comitê são pactuados pelas partes, no momento da concretização e assinatura da cláusula

4 MARTINS, P. B. Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 113/120. ISBN 9788522466825

sula contratual, em que elas terão a livre escolha, não só da composição, como do procedimento, dos limites e das competências a atribuir ao comitê, e ao eventual recurso cabível para arbitragem ou para o Judiciário.

No caso da arbitragem, as partes afastam a jurisdição estatal para prosseguir apenas com a atuação dos árbitros que, no final, proferirão uma decisão à qual se reconhece os mesmos efeitos das sentenças judiciais.

No dispute boards – e noutras formas extrajudiciais de solução de conflitos – é frequente as partes convencionarem cláusulas escalonadas, tendo estas como última opção o recurso à jurisdição estatal⁵.

Além disso, é também naquele momento que se determina o tipo de comitê a ser constituído. As modalidades existentes decorrem ou do modelo americano – *Dispute Resolution Boards/DRB*, ou do modelo europeu – *Dispute Adjudication Boars/DAB*. Há ainda um terceiro modelo, que importa referenciar, e que não é nada mais do que uma unificação dos dois anteriores – *Combined DB*.

A determinação de um DRB assenta-se numa recomendação que o comitê considera ideal para resolução apropriada da disputa. Tal recomendação não possui efeito vinculativo, mas apresenta considerável persuasão para as partes envolvidas. Essa característica deve-se à estrutura do próprio comitê, pois os membros foram escolhidos em função da sua especialidade e independência.

Já no modelo europeu, DAB, o que ocorre é a emissão de uma decisão contratualmente vinculante para as partes, de observância obrigatória, independentemente da interposição de recurso, quando previsto, no acordo. Normalmente, é prefixado um prazo para notificar a insatisfação ou discordância das partes com a decisão proferida, sem, contudo, isentar de cumprimento a parte irressignada.

Registre-se, ainda, a possibilidade de se instituir uma arbitragem ou de se interpor demanda judicial, após o *terminus* do

5 CARMONA, C. A. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64. ISBN 9788522455843

contrato, apenas com o intuito de compensar um eventual prejuízo que tenha sido suportado, em excesso, por alguma das partes.

É de se salientar a experiência da Câmara de Comércio Internacional, cujo regulamento se encontra em vigor desde o dia 1º de setembro de 2004 e que poderá ser um modelo a se adotar por outras câmaras.

Importa referir que, no Brasil, já há, no âmbito do Instituto de Engenharia⁶, um regulamento de *Dispute Board*, ao qual foi dada a denominação de Comitê de Solução de Controvérsias, sob os auspícios da Câmara de Mediação e Arbitragem.

Lembrando sempre tratar-se de regramento livremente pactuado pelas partes, como espécie de cláusula aberta, podendo diferir conforme a instituição eleita e as disposições contratuais. Suas principais características se assentam na consensualidade, informalidade, liberdade, não vinculação das partes às soluções adotadas e decisão tomada por técnicos imparciais e confiança das partes.

3. IMPLEMENTAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO

A doutrina registra que até a década de 50 prevalecia a informalidade dos contratos de construção, cujos riscos acabavam por ser suportados, maioritariamente, pelo construtor. Daí que a arbitragem tenha passado a ser o mecanismo potenciador de algum equilíbrio contratual, muita embora a complexidade de alguns contratos e respetivos litígios tenha contribuído para o surgimento do instituto dos *Dispute Boards*, prevenindo e solucionando certo tipo de controvérsias⁷.

A adoção do mecanismo decorreu também do encarecimento dos projetos em virtude das inevitáveis lides judiciais. Como sabemos, na maioria das vezes, o tempo de espera não era, e não é, razoável, porque extenso e impiedoso, conduzindo à paralisação das obras, seja por incapacidade financeira, seja por ordem judicial. A principal preocupação, acima de tudo, era, e ainda é,

⁶ www.ie.org.br Acesso em 19.10.2019.

⁷ Breves Considerações sobre os *Dispute Boards* no Direito Brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, coordenador Arnoldo Wald, São Paulo, ano 3, n° 10, julho-setembro de 2006, capítulo 2.2.1, p. 167.

o desfecho incerto, uma vez que dar continuidade ao projeto no contexto do qual tinham sido proferidas decisões liminares ou cautelares e cujo caráter precário, como sabemos, é evidente, gerava enorme insegurança e instabilidade neste tipo de contratos⁸.

Foi então que a opção por cláusulas mais flexíveis e equilibradas, referentes a conflitos e disputas, passou a ser mais recorrente, especialmente, por parte dos proprietários (contratantes, donos da obra) em benefício do próprio empreendimento. Assim, a implementação dos *Dispute Boards* passou a fazer sentido e ultrapassou resistências. Isto porque a multiplicidade de bens e serviços envolvidos na execução dos contratos dessa natureza, implicando fornecimento de mercadorias e serviços terceirizados de áreas técnicas e operacionais, levou à necessidade de implementação de soluções rápidas e eficazes.

Se considerarmos o contrato de construção, desde o nascimento do projeto até a entrega da obra, um sem número de variáveis internas e externas podem existir, *v.g.* crises econômicas, alteração de legislação, valor de insumos e eventos naturais, sendo propiciadoras de litígios decorrentes de eventuais conflitos de interesses, chegando mesmo a causar a paralisação da obra com total prejuízo para as partes.

Nessa perspectiva, os *Dispute Boards* possuem todos os elementos de sucesso, uma vez que a sua prioridade é a conclusão do contrato, não significando prejuízo apenas para uma das partes. Tais disputas podem ser revolvidas paralela ou posteriormente aos trabalhos, mantendo-se sempre a prioridade quanto ao cumprimento e finalização do contrato firmado⁹.

Com a crescente implementação dos comitês, o *Dispute Board* tem sido utilizado em diversas formas de contratos de construção, mistos, híbridos e até de manutenção. Os requisitos formais para sua implementação são a existência válida de cláusula de *Dispute Board* no contrato de construção, prevendo a possibi-

8 VAZ, G. J. Breves considerações sobre os *dispute boards* no direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, p. 140-179, v. 3, n. 10, 2006.

9 WALD, A. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.

lidade de constituição de um comitê e indicação das regras procedimentais delimitadoras dos vários tipos de ação do *Dispute Board* e, por fim, o ajuste entre contratante, construtor e membros do comitê, anuindo e formalizando tudo o que deva ser regulado.

Normalmente, no mercado da construção civil, é utilizado o modelo de contrato apresentado pela Federação Internacional de Engenheiros Consultores – FIDIC e pela Câmara Internacional do Comércio – ICC. Dizemos normalmente porque, como já esclarecido, os *Dispute Boards* são passíveis de livre negociação e formatação, tratando-se de cláusulas abertas onde os contratantes podem dispor das regras enformadoras dos seus interesses.

Tendo por base o modelo FIDIC de contratação, é condição para cláusula contratual a nomeação conjunta do comitê até à data estipulada para a respetiva adjudicação. Tal nomeação é feita a partir de uma lista potencial de membros. Nesse âmbito é também costume definir-se a remuneração destes últimos.

A Câmara Internacional de Comércio (*International Chamber of Commerce* - ICC) recomenda que a cláusula contratual, para o uso do DB em contratos de construção, consagre que as disputas devam ser submetidas, em primeira instância, ao comitê e que a decisão proferida deve ser emitida de acordo com as regras pactuadas. Caso alguma das parte descumpra a decisão, a outra deve encaminhar a ocorrência para a arbitragem, foro eleito para resolução dos litígios que venham a ocorrer. Havendo insatisfação quanto à decisão do *Dispute Adjudication Board* (modalidade sugerida pela ICC), a disputa deve ser encaminhada para arbitragem do ICC. O mesmo acontece em caso de omissão do comitê ou demora na decisão¹⁰.

4. RAZÕES PARA SUCESSO DOS *DISPUTE BOARDS*

Estatísticas do setor apontam que o custo benefício da implementação dos comitês é extremamente atrativo ao mercado, uma vez que os gastos são, comprovadamente, insignificantes face ao valor global dos contratos.

¹⁰ <http://www.http://www.drb.org/publications-data/drb-database/> Acesso em 21.10.2019

O site oficial da Fundação das Bancas de Resolução de Disputas (*Dispute Resolution Board Foundation - DRBF*) fornece um banco de dados extensivo relativamente a projetos em todo o mundo que utilizaram o *Dispute Board* no mercado de construção civil, identificando contratante e construtor, valor dos contratos e valores referentes às disputas solucionadas ou encaminhadas para outros procedimentos de resolução.

Os números são interessantes e comprovam a eficiência do mecanismo dos DB, justificando a razão pela qual vários países do mundo os vêm adotando nos contratos, inclusive públicos, implementando até a sua obrigatoriedade.

O índice de sucesso assenta-se, como demonstrado, no fato de os DB constituírem mecanismos imparciais, informados e racionais para resolver questões de forma célere. O seu objetivo principal é a eficiência.

Ademais, não se pode perder de vista o fator *expertise* dos membros, o que facilita a identificação dos problemas que, nos contratos de construção, podem estar envolvidos não só com o projeto, mas também com questões relevantes de *design*, estrutura, implementação e interpretação de documentos do contrato, processo geral de resolução de disputas incidentais e outras questões não previstas no contrato, porque não previsíveis no momento da sua celebração¹¹.

Se ambas as partes estiverem predispostas a aceitar voluntariamente as recomendações do DRB, ou a não discutir as determinações do DAB, as disputas serão sempre solucionadas rapidamente, evitando dilação de prazos e custos¹².

Outra vantagem evidente é que os comitês são ouvidos imediatamente após um empasse, enquanto os fatos e circunstâncias ainda estão na memória dos envolvidos. Portanto, soluções mais bem informadas são possíveis, considerando que

11 CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 87. ISBN 9788522466825

12 MIMOSO, Maria João; ANJOS, Maria Rosário. Prevenção de Conflitos na Implementação de Contratos Grandes e Complexos. Edição Especial Publicada no International Journal of Trend in Research and Development (IJTRD), ISSN: 2394-9333, www.ijtrd.com International Conference on Trends & Innovations in Management, Engineering, Sciences and Humanities, Dubai, 20-23 de Dezembro de 2018.

testemunhas ainda estão disponíveis e o *Dispute Board* pode, efetivamente, analisar o problema e calcular os seus impactos na obra, sendo inclusive realizadas audiências em tempo real, minimizando custos. Não poderemos esquecer que o comitê acompanha, habitualmente, a execução do projeto, estando presente e contemporâneo da disputa.

Por fim, importa não perder de vista a necessidade de incentivo na implementação desses mecanismos de *Dispute Boards* nos contratos de grande complexidade e duração, uma vez que esses instrumentos agilizadores de conflitos tendem a promover os acordos entre os outorgantes do contrato principal, apresentam-se como facilitadores das relações, viabilizando a comunicação aberta, fortalecendo a confiança e a cooperação, minimizando as reclamações e as indisposições, encorajando a identificação, avaliação e negociação de questões de forma imediata e profissional e resolvendo questões simples que, futuramente, poderiam transformar-se em grandes litígios, caso não fossem tempestivamente solucionadas.

Tais características coadunam-se com a disciplina geral dos contratos, não só de construção civil, fortalecendo os princípios básicos de qualquer relação contratual, como a boa-fé e a continuidade na execução dos mesmos.

CONCLUSÕES

1. Podemos constatar que os *Dispute boards*, enquanto mecanismos de solução de controvérsias contratuais, são formados por *experts* na área do contrato, encontrando-se habilitados a lidar com divergências que surjam durante a respectiva execução;
2. Apresentam-se como um instrumento pré-arbitral ou pré-judicial, especialmente no âmbito dos contratos de construção civil e infraestruturas.
3. Neste tipo de contratos, de grande complexidade e dimensão, o fator tempo propicia divergências entre as partes envolvidas;

4. Esses fatores impõem grande atenção quanto aos modos de resolução de conflitos;
5. O andamento das obras e dos serviços iniciados requer que a execução do contrato não seja posta em causa e que qualquer desentendimento seja rapidamente ultrapassado;
6. Uma solução eficiente somente pode ser alcançada se existir um conhecimento profundo sobre as peculiaridades do projeto e técnicas envolvidas;
7. Os *Dispute boards* têm surgido como a opção mais adequada para os contratos de construção civil e infraestruturas, apresentando grandes vantagens para a execução continuada do projeto, com a particularidade de acompanharem a obra desde o início;
8. A utilização dos *Dispute boards* em projetos levados a cabo por esse mundo tem comprovado o seu sucesso, proporcionando o aprimoramento das cláusulas e do seu regime jurídico. ❖

5. BIBLIOGRAFIA

Breves Considerações sobre os Dispute Boards no Direito Brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, coordenador Arnoldo Wald, São Paulo, ano 3, n° 10, julho-setembro de 2006, capítulo 2.2.1, p. 167.

CAIRNS, D. J. A.; MADALENA, I. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 3, n. 10, 2006.

Câmara Internacional de Comércio – <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/>

CARMONA, C. A. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 9788522455843

CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 9788522466825

Fundação das Bancas de Resolução de Disputas – <http://www.http://www.drb.org/publications-data/drb-database/>

GARCÍA, R. H. Dispute boards (paneles de solución de controversias) em Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. In: GARCÍA, R. H. (Coord.). Dispute boards in Latinoamérica experiências y retos. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

Instituto de Engenharia – <http://www.ie.org.br>

MARCONDES, A. F. M. Os dispute boards e os contratos de construção. In: MARCONDES, F. (Org.). Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção. São Paulo: PINI, 2014. ISBN-13: 978-8572662932

MARTINS, P. B. Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 9788522466825

MIMOSO, Maria João; ANJOS, Maria Rosário. Prevenção de Conflitos na Implementação de Contratos Grandes e Complexos. Edição Especial Publicada no International Journal of Trend in Research and Development (IJTRD), ISSN: 2394-9333, www.ijtrd.com International Conference on Trends & Innovations in Management, Engineering, Sciences and Humanities, Dubai, 20-23 de Dezembro de 2018.

VAZ, G. J. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 3, n. 10, 2006.

WALD, A. A arbitragem contratual e os dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, 2005.

