AMAGIS JURÍDICA

AMAGIS NUMERO 11.indb 1 20/06/2015 11:40:18

AMAGIS NUMERO 11.indb 2 20/06/2015 11:40:18

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano VI – Número 11 – jul./dez. de 2014

Belo Horizonte
2014

AMAGIS NUMERO 11.indb 3 20/06/2015 11:40:18

AMAGIS JURÍDICA

DIRETORIA TRIÊNIO 2013-2015

Desembargador Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

Juíza Luzia Divina de Paula Peixoto
Vice-Presidente Administrativa

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos
Vice-presidente Financeiro

Juiz Maurício Torres Soares
Vice-Presidente de Saúde

Desembargador Tibagy Salles Oliveira
Vice-Presidente dos Aposentados e Pensionistas

Juíza Ivone Campos Guilarducci Cerqueira
Vice-Presidente do Interior

Desembargador Tiago Pinto
Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juiz Morvan Rabêlo de Rezende
Diretor-Secretário

Juíza Maria das Graças Rocha Santos
Diretora-Subsecretária

Juíza Aldina Soares de Lima
Juíza Rosimere das Graças do Couto
Diretoras de Comunicação Social

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Diretora do Centro de Estudos da Magistratura
Juiz Luiz Guilherme Marques
Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura

Diretores Culturais
Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes
Desembargadora Mariângela Meyer Pires Faleiro
Juiz Mauro Simonassi

Conselho Deliberativo
Juiz José Aluísio Neves da Silva
Presidente
Juiz José Roberto Sterse
Vice-presidente
Juiz Antônio Carlos Parreira
Secretário

Assessores Especiais da Presidência
Desembargador Tiago Pinto
Juiz Lailson Braga Baeta Neves
Desembargador Nelson Missias de Morais
Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro
Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada
Desembargador Marcio Aristeu Monteiro de Barros
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães
Juiz Carlos Donizetti Ferreira da Silva

Conselho Editorial da Revista
Juiz Gilson Soares Lemes - Diretor da Revista
Desembargadora Jane Ribeiro Silva - Diretora da Revista
Juiz Antônio José Pêcego
Desembargador Antônio Carlos Cruvinel
Desembargador Belizário Antônio de Lacerda
Juiz Bruno Teixeira Lino
Juiz Bruno Terra Dias
Desembargador Caetano Levi Lopes
Juiz Carlos Frederico Braga da Silva
Juiz Carlos José Cordeiro
Juíza Eveline Mendonça Félix Gonçalves
Juiz Geraldo Claret de Arantes
Juiz Gilson Fonseca
Juiz Luís Fernando Nigro Corrêa
Juiz Luiz Guilherme Marques
Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães
Juiz Maurício Torres Soares
Juiz Ramom Tácio de Oliveira
Juíza Rosimere das Graças do Couto
Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Coordenador de Comunicação da Amagis
Bruno Gontijo – MTB-MG: 11008

Jornalistas
Adriano Boaventura – MTB-MG: 09181
Fernanda Marques – MTB-MG: 12188
Georgia Baçvaroff – MTB-MG: 08441
Tiago Parrela – MTB-MG:14634

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

CARLOS ALBERTO ROHRMANN

Doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley. Mestre em Direito pela UCLA. Mestre em Direito Comercial pela UFMG. Professor de Direito Virtual e de Direito Empresarial na Faculdade de Direito Milton Campos. Coordenador-Geral da Pós-Graduação das Faculdades Milton Campos. Diretor da Faculdade de Administração Milton Campos. Procurador do Estado de Minas Gerais.

ELTON PUPO NOGUEIRA

Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

FABRÍCIO SIMÃO DA CUNHA ARAÚJO

Juiz de Direito em Minas Gerais. Mestre e doutorando em Direito Processual pela PUC/MG. Professor na Faculdade Fenord em Teófilo Otoni-MG. Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais.

FRANCIS VANINE DE ANDRADE REIS

Advogado e Professor universitário. Especialista em Direito Empresarial pela Fadom e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

HERBERT CARNEIRO

Desembargador do TJMG e Presidente da Associação dos Magistrados Mineiros.

AMAGIS NUMERO 11.indb 5 20/06/2015 11:40:18

JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado.

JOSÉ MARIA DOS REIS

Juiz de Direito e Professor universitário. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho em parceria com o Ministério Público de Minas Gerais e em Direito Processual Civil pela Fadom.

LUÍS CARLOS B. GAMBOGI

Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor do Bacharelado e do Mestrado na Universidade Fumec, em Belo Horizonte.

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA

Juiz de Direito Titular no Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito das Obrigações Públicas e Privadas pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Especialista em Direito Administrativo e Administração Pública Municipal pela UNIP. Professor de Direito Penal Militar e Processo Penal Militar na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais – APMMG e Membro Titular e Fundador da Academia de Direito Militar de Minas Gerais.

REINALDO DANIEL MOREIRA

Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Ex-Professor nos cursos de Graduação e de Especialização na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG e na Faculdade Metodista Granbery, de Juiz de Fora/MG. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

RICARDO RODRIGUES DE LIMA

Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Administrativo nas Faculdades Integradas Vianna Júnior, em Juiz de Fora.

AMAGIS NUMERO 11.indb 6 20/06/2015 11:40:18

ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor no Centro Universitário Newton Paiva e na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

YEDA MONTEIRO ATHIAS

Desembargadora da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

AMAGIS NUMERO 11.indb 7 20/06/2015 11:40:18

AMAGIS NUMERO 11.indb 8 20/06/2015 11:40:18

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO xi

DECLARAÇÃO JUDICIAL OFICIOSA DE NULIDADE DE CLÁUSULA ABUSIVA EM CONTRATOS COM CONSUMIDORES NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E BRASILEIRO
(COURT'S POWER TO DETERMINE OF ITS OWN MOTION UNFAIR TERMS IN CONTRACTS WITH CONSUMERS IN EUROPEAN UNION AND BRAZIL)
Elton Pupo Nogueira *1*

O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Fabrício Simão da Cunha Araújo *19*

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO CIVIL: INCOMPLETUDE DO TEXTO DO INCISO III DO ARTIGO 791 DO CPC
(OFCO-PRESCRIPTION IN CIVIL ENFORCEMENT: INCOMPLETENESS OF THE TEXT SECTION III OF ARTICLE 791 OF THE CPC)
José Maria dos Reis
Francis Vanine de Andrade Reis *49*

MORAL, DIREITO E PÓS-POSITIVISMO
Luís Carlos B. Gambogi *71*

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA SINDICÂNCIA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO MILITAR
Paulo Tadeu Rodrigues Rosa *91*

AMAGIS NUMERO 11.indb 9 20/06/2015 11:40:18

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY
Reinaldo Daniel Moreira *105*

A AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ELEMENTO SUBJETIVO
Ricardo Rodrigues de Lima..... *129*

O JURISTA E FILÓSOFO CLÓVIS BEVILÁQUA
Rogério Medeiros Garcia de Lima.....*151*

AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO PELA INÉRCIA DA PARTE QUANDO INTIMADA PARA ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS
Yeda Monteiro Athias *169*

ESPAÇO ABERTO

COMENTÁRIOS À LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO
Carlos Alberto Rohrmann *181*

FUTURO DO JUDICIÁRIO PASSA POR NOVO ESTATUTO, DEMOCRATIZAÇÃO E AUTONOMIA
Herbert Carneiro *229*

A CULPA PRESUMIDA COMO VIÉS INTERMEDIÁRIO ENTRE A TEORIA DA CULPA E A TEORIA DO RISCO
José Luiz de Moura Faleiros Júnior..... *243*

AMAGIS NUMERO 11.indb 10 20/06/2015 11:40:18

APRESENTAÇÃO

O avanço da cidadania nas sociedades é um processo que está intimamente ligado com o aprimoramento do Poder Judiciário, o guardião dos direitos individuais e coletivos. Esse processo, por sua vez, só se desenvolve quando existem o debate e a reflexão qualificada. Incentivar esse desenvolvimento é a missão da Revista Amagis Jurídica, que chega à 11ª edição, auxiliando o aprimoramento da prestação jurisdicional e abrindo espaço para o bom debate, sempre sob a batuta do competente Conselho Editorial que dirige a publicação.

Esta edição da Amagis Jurídica traz 12 trabalhos de magistrados e de advogados, que investigam, com rigor cientí ico, temas como a prescrição na execução civil, o direito do consumidor, a improbidade administrativa, a argumentação jurídica e a inversão do ônus da prova.

Esperamos que essa publicação seja um instrumento útil para o aperfeiçoamento de toda a comunidade jurídica, guardando coerência com a história da Amagis, que completa 60 anos de atuação em prol de um país mais justo, democrático e fraterno.

Desejamos uma boa leitura.

Desembargador Herbert Carneiro

Presidente da Amagis

00 AMAGIS NUMERO 10.indd 11 13/04/2015 17:11:43

AMAGIS NUMERO 11.indb 12 20/06/2015 11:40:18

1

DECLARAÇÃO JUDICIAL OFICIOSA DE NULIDADE DE CLÁUSULA ABUSIVA EM CONTRATOS COM CONSUMIDORES NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E BRASILEIRO *(COURT'S POWER TO DETERMINE OF ITS OWN MOTION UNFAIR TERMS IN CONTRACTS WITH CONSUMERS IN EUROPEAN UNION AND BRAZIL)*

Elton Pupo Nogueira[1]

RESUMO

Análise da atuação judicial no julgamento de cláusulas abusivas em contratos com consumidores na União Europeia e no Brasil. Na União Europeia, o poder de declarar oficiosamente nulidade de cláusulas abusivas constitui meio adequado para prevenir cláusulas abusivas em contratos com consumidores. No Brasil, prevalece a necessidade de invocação do consumidor para reconhecimento da nulidade de cláusula abusiva.[2]

---

[1] Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

[2] Versão reduzida de trabalho apresentado perante o CDC – Centro de Direito do Consumo, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2014.

AMAGIS NUMERO 11.indb 1 20/06/2015 11:40:18

Palavras-chave: Atuação Judicial de Ofício. Cláusulas Abusivas. Contratos com Consumidores.

ABSTRACT

Analysys of Court's power to determine of its own motion unfair terms in consumer contracts in European Union and Brazil. In European Union, national court's power to determine of its own motion whether a term is unfair constitutes a means of preventing unfair terms in contracts concluded with consumers. In Brazil unfair terms to the consumer must be raised in the action for annulment.

Keywords: Court Power to Own Motion Rule. Unfair Terms. Contracts with Consumers.

SUMÁRIO: 1. Reconhecimento oficioso de nulidade de cláusulas abusivas em contratos com consumidores. 1.1. Na União Europeia. 1.2. No Brasil. 2. Conclusão. 3. Referências.

1. RECONHECIMENTO OFICIOSO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS COM CONSUMIDORES

O *princípio da defesa do consumidor* implica desdobramentos jurídicos em várias outras áreas jurídicas.

Existe interesse público nos contratos entre as empresas e os consumidores individuais, notadamente em virtude das consequências para a economia nacional quando tomados esses contratos em conjunto.

Em matéria de direito do consumidor, a interpretação que protege o consumidor atende a "justa medida" mencionada por Canotilho, pela qual meios e fim devem ser colocados em questão mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

Um dos métodos intepretativos das normas legais é o da máxima efetividade da Constituição, também mencionado como da interpretação efetiva, segundo o qual deve ser dado à norma a interpretação que maior eficácia lhe confira.[3]

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

Atualmente, que se prestigia a coordenação normativa do ordenamento jurídico, notadamente conhecido como "diálogo das fontes",[4] é conveniente a aplicação da adequação do fato social perante a norma, de modo que a observação das condutas sociais tenha um específico enquadramento normativo.[5]

E os contratos padronizados e de adesão constituem uma manifestação jurídica da moderna vida econômica e social.[6] Hodiernamente é cada vez menos utilizado o contrato paritário com cláusulas discutidas e, por razões ligadas à racionalidade econômica, redução de custos e massificação, iniciou-se, então, a contratação padronizada e por adesão.

Esses contratos possuem uma recíproca conexão com o fenômeno das cláusulas abusivas. Esta conexão é levada ainda mais longe por alguns autores, que chegam a enunciar o abuso do poder econômico como um dos objetos dos contratos padronizados e de adesão.[7] Contudo, não há dúvida que os tempos atuais exigem métodos mais céleres de contratação que impedem a discussão individual de cláusulas de cada contrato a ser celebrado com os consumidores.

1.1 Na União Europeia

A proteção do consumidor encontra fundamento inicial no Tratado da União Europeia.[8-9]

---

4 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye*, II, Haia, Kluwer, 1995, p. 60

5 LORENZETTI, Ricardo. *Las normas fundamentales de derecho privado.* Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 220

6 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 339 e segs.

7 PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual.* Coimbra: Almedina, 1985, p. 320, nota 658.

8 Tratado CE, artigo 3.°: "1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.°, a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado:
… Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores".

9 Artigo 153.° CE: "1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção

O ordenamento jurídico da União Europeia prevê o princípio da proteção mínima, que permite aos Estados adotar medidas de proteção mais estritas, desde que compatíveis com as regras do Tratado.

Nos termos do artigo 249º, § 3º do Tratado, a directiva vincula o Estado-Membro quanto ao resultado a ser alcançado e deixa às instâncias nacionais a competência quanto à forma e meios de atuação, em atendimento ao princípio da autonomia processual dos Estados-Membros.

De acordo com jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia,[10] na falta de regulamentação comunitária, as vias processuais destinadas à proteção dos direitos que decorrem do direito comunitário dependem da ordem jurídica de cada Estado-Membro desde que não sejam menos favoráveis que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade).

A Diretiva 93/13 sofreu alterações pontuais com a Diretiva 2011/83/UE[11] do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, baseada no princípio de uma *harmonização plena* das disposições nacionais em *matéria de defesa do consumidor.* A Comissão também deu início a processo legislativo que permitirá que este mecanismo de regulamentação seja aplicado como opção aos contratos de compra e venda transfronteiriços,[12] notadamente aplicável a transações pela internet.

---

da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

[10] V. Acórdãos de 16.5.2000, Preston, de 19.9.2006, Arcor

[11] Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, alterou a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revogou a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 304, p. 64). Nos termos do artigo 28.°, n.° 1, os Estados-Membros devem ter transposto a diretiva para o seu direito nacional até 13 de dezembro de 2013.

[12] Proposta da Comissão de 11 de outubro de 2011 de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda [COM(2011)635 final].

O artigo 3.°, n.° 1, da Diretiva 93/13, segundo o qual as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores, define a *cláusula abusiva como a cláusula que não tenha sido objeto de negociação e der origem a desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor*[13] e o artigo 4.°, n.° 1, desta diretiva descreve que a abusividade pode ser avaliada em função da natureza dos bens ou serviços e mediante consideração de todas circunstâncias no momento da celebração do contrato ou de outro contrato de que este dependa.[14]

Considera-se que a cláusula contratual não foi objeto de negociação quando tiver sido redigida previamente e sem influência do consumidor no seu conteúdo, tal como ocorre notadamente no contrato de adesão.

Quanto aos efeitos do reconhecimento do caráter abusivo de uma cláusula, *o artigo 6.°, n.° 1, da mesma Diretiva dispõe a obrigatoriedade dos Estados-Membros preverem a não vinculação do consumidor ao contrato, ou às cláusulas abusivas se o contrato puder subsitir sem elas.*[15]

O artigo 6.°, n.° 1 da Diretiva 93/13, acima citado, contém disposição imperativa destinada a substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e as obrigações por um equilíbrio real capaz de efetivar a igualdade entre os contratantes.[16]

---

[13] Artigo 3.°, n.° 1, da Diretiva 93/13: "Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato".

[14] Artigo 4.°, n.° 1, da Diretiva 93/13: "[...] o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa".

[15] Artigo 6.°, n.° 1, da Diretiva 93/13: "Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas".

[16] V. acórdãos de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, ainda não publicado na Coletânea, n.° 40, e de 21 de fevereiro de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, ainda não publicado na Coletânea, n.° 20.

AMAGIS NUMERO 11.indb 5 20/06/2015 11:40:19

Mitcklitz já, acertadamente, evidenciou o problema do reconhecimento da abusividade e efetividade dessa declaração de abusividade ao descrever a decisão da Suprema Corte alemã sobre taxas bancárias declaradas proibidas. Os consumidores deveriam contactar a instituição bancária individualmente para reaver dinheiro que lhes tivesse sido cobrado ilegalmente. Apenas pequena parte dos consumidores exerceram seu direito e, na prática, o banco permaneceu com o lucro de uma cláusula contratual abusiva.[17]

Não há dúvida que, *sem a possibilidade de reconhecimento de oficio e execução desse reconhecimento pelos juízes, o consumidor ficará sem meios efetivos de se proteger contra cláusulas abusivas e as empresas se beneficiarão monetariamente, em valores vultosos, de práticas ilegais e abusivas* contrariamente ao que dispõe o Tratado da União Europeia.

A declaração oficiosa de nulidade de cláusula de contrato celebrado com consumidor decorre da interpretação das disposições do Tratado da União Europeia e do artigo 4.°, § 3º, da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, por força do qual os Estados-Membros devem assegurar previsão de medidas adequadas para a proteção dos consumidores.

Disposição inicial consta do artigo 3.°, n.° 1, CE, que define os diferentes domínios de atuação da União Europeia, nos quais se integra, de acordo com a alínea "t" deste artigo, a contribuição para o reforço da defesa dos consumidores.

O Tratado possui título específico dedicado à "defesa dos consumidores" e o artigo 153.° CE, que é *disposição geral de direito*

[17] MICKLITZ, H.-W. Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts. *European Review of Contract Law*. Managing Editor: Grundmann, Stefan, 4/2010, p. 379: "The German Supreme Court declared that certain bank charges violate the unfair terms act and were void. In the aftermath of the judgment, which was filed by a consumer organisation, the question arose as to how it could be ensured that the banks reimburse the costs they had illegally charged to consumers. As German law did not know, and indeed does not yet know, a collective remedy in the field of unfair terms which allows for taking collective action, consumers had to contact their bank individually in order to get the money back. Not surprisingly, only a few of consumers pursued their rights and the bank could in practice keep the profit which resulted from the use of the unfair term."

comunitário primário relativa à proteção dos consumidores contém, no § 1º, uma disposição geral que *obriga a União Europeia a contribuir para a proteção dos interesses económicos dos consumidores*, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses, a fim de assegurar um elevado nível de defesa destes.

Interpretação sistemática do artigo 153.° CE, dos artigos 3.° CE e 95.° CE, do artigo 38.° da Carta e artigo 4º da Directiva 85/577 *permite ao juiz nacional declarar oficiosamente a nulidade de cláusula abusiva do contrato celebrado*, ainda que o consumidor não tenha alegado a nulidade no processo perante o juiz nacional.

Cabe, porém, verificar que a nulidade do contrato por força do princípio *quod nullum est, nullum producit effectum*, que significa que contrato nulo não produz efeitos, poderá não ser favorável ao consumidor. Nesse ponto, o artigo 6.°, n.° 1, da Directiva 93/13 permite que "o contrato continue a vincular as partes […] se puder subsistir sem as cláusulas abusivas". *O juiz limita-se, portanto, a apreciar oficiosamente se alguma das cláusulas é abusiva e o contrato permanece em vigor se puder subsistir sem estas cláusulas*.

O objetivo do legislador da União no quadro da Diretiva 93/13 consistiu em reestabelecer o equilíbrio entre as partes, mantendo, quando possível, a validade do contrato.

A União Europeia exige proteção efetiva dos consumidores, exigência suficiente para justificar a ação oficiosa dos órgãos jurisdicionais, ainda que não se recorra ao argumento da ordem pública na apreciação da cláusula do contrato celebrado com o consumidor.[18]

[18] A Espanha, a Bélgica e a França distinguem "nulidade absoluta" e "nulidade relativa". De outro lado, Áustria e a Alemanha distinguem entre "nulidade" e "anulabilidade" dos contratos. A nulidade absoluta deve ser declarada oficiosamente pelos tribunais e pode ser invocada por qualquer interessado, enquanto que a nulidade relativa deve ser invocada pela parte interessada. A nulidade e a anulabilidade são comparáveis, pois qualquer pessoa pode invocar a nulidade e o juiz deve declará-la oficiosamente.
O direito da União Europeia não impõe expressamente aos órgãos jurisdicionais nacionais a obrigação de conhecerem oficiosamente os direitos que o direito comunitário confere aos particulares, sendo que essa regra geral justifica-se pelo princípio segundo o qual a iniciativa processual compete às partes.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o sistema de proteção implementado pela Diretiva 93/13 tem fundamento na premissa de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao poder de negociação e nível de informação, o que o leva a aderir às cláusulas redigidas previamente, sem influenciar o seu conteúdo.

No processo Oceano Grupo,[19] o Tribunal de Justiça Europeu decidiu que o sistema de proteção implementado pela Diretiva 93/13 admite que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade.

Nos processo Cofidis[20] e Rampion,[21] o Tribunal de Justiça Europeu decidiu que *a faculdade reconhecida ao juiz para apreciar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual é necessária para assegurar proteção efetiva do consumidor*, nomeadamente tendo em conta a possibilidade de o consumidor ignorar os direitos que lhe assistem ou de ter dificuldade em exercê-los. *E, mais importante, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu expressamente que a Diretiva 93/13 se opõe a uma disposição interna que impede o juiz nacional de conhecer oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula de contrato celebrado por consumidor.*

A autonomia dos Estados-Membros não é ilimitada de modo que, em virtude dos princípios da efetividade e equivalência, a legislação nacional não pode tornar o direito do consumidor previsto no direito comunitário em um direito praticamente impossível ou extremamente dificil de ser exercido.[22]

---

[19] Acórdão de 27 de junho de 2000, Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941).

[20] Acórdão de 21 de novembro de 2002, Cofidis (C−473/00, Colect., p. I−10875).

[21] Acórdão de 4 de outubro de 2007, Rampion e Godard (C-429/05, Colect., p. I-8017).

[22] MICKLITZ, H.-W. *Op. cit*, p. 358: "However, in the very same judgment, the ECJ made clear that procedural autonomy is not unlimited. Member States have to respect two sets of principles which the ECJ elaborated over time: the principle of effectiveness and the principle of equivalence. The bottom line of the argument is that Member States shall not render the enforcement of EC law 'virtually impossible', or 'excessively difficult".

Micklitz afirma com propriedade que o consumidor individual tem que ter garantido seu direito subjetivo individual à declaração de abusividade de cláusula contratual por um tribunal competente.[23]

No processo Mostaza Claro,[24] o Tribunal de Justiça Europeu reafirmou o princípio pelo qual decidiu que a Directiva 93/13 deve ser interpretada no sentido de que o juiz nacional aprecie a nulidade de cláusula de convenção arbitral por ser abusiva, mesmo que o consumidor não tenha invocado essa nulidade.

A obrigatoriedade de o juiz atuar oficiosamente é a única forma de assegurar a proteção efetiva dos consumidores e atendimento a todos os cidadãos com igualdade. A obrigação dos órgãos jurisdicionais de atuar oficiosamente é importante, pois a atuação oficiosa reiterada tem efeito dissuasor e evita multiplicação de processos judiciais.

Os órgãos jurisdicionais têm, portanto, a obrigação, não apenas faculdade, de declarar oficiosamente nulidade de cláusula abusiva de contrato celebrado com consumidor quando identificar cláusulas abusivas, especialmente se algum órgão jurisdicional da União Europeia já tiver se pronunciado nesse sentido em precedente aplicável ao caso a ser decidido pelo órgão jurisdicional.

Ao se referir a julgamento no Reino Unido sobre taxas bancárias, Micklitz afirmou que nos tempos atuais, em que intercâmbio judicial e cooperação entre tribunais nacionais são prioridades acadêmica e política, é incompreensível que a Suprema Corte britânica não tenha feito pesquisa de direito comparado.[25]

O Tribunal europeu, ao analisar processo de um consumidor que havia na cidade de Salamanca, Espanha,[26] após ouvir os governos da Espanha, Áustria, República Checa e a Comissão Europeia, decidiu não ser aplicável a lei espanhola, que exigia a alegação do consumidor sobre abusividade de cláusula do contrato celebrado, dado que o direito espanhol prevê a nulidade relativa do contrato em caso de falta de informação do consumidor. O Tribunal de Justiça da União

[23] MICKLITZ, H.-W. *Op. cit*., p. 359.

[24] acórdão de 26 de Outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Colect., p. I−10421)

[25] MICKLITZ, H.-W. *Op. cit*., p. 365.

[26] Eva Martín Martín contra EDP Editores, S.L. pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiência Provincial de Salamanca (Espanha).

Europeia mencionou expressamente *precedentes do próprio Tribunal pelo dever de o magistrado reconhecer oficiosamente nulidade de cláusula abusiva contra os consumidores*.[27]

As decisões do Tribunal de Justiça Europeu deixam claro que, desde que disponha de elementos de direito e de fato necessários, o juiz é obrigado a apreciar oficiosamente o caráter abusivo de cláusula contratual abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13 e, deste modo, pôr fim ao desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional.[28]

O Tribunal de Justiça desviou-se do princípio da correlação entre a sentença e o pedido da parte (*Beibringungsgrundsatz*) no processo civil,[29] para garantir a eficácia da defesa do consumidor desejada pelo legislador da União Europeia. Com efeito, o *ordenamento jurídico da União Europeia dá ao juiz nacional a possibilidade de intervir no processo para defesa do consumidor, ainda que o direito nacional não lhe permita assim proceder.* A competência para atuar é, portanto, retirada diretamente do direito da União Europeia, de modo que as disposições processuais nacionais contrárias não podem ser aplicadas, em atendimento à primazia do direito da União.

---

[27] Acórdão de 27 de junho de 2000, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941), acórdão de 21 de novembro de 2002, Cofidis (C-473/00, Colect., p. I-10875) e acórdão de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Colect., p. I-10421); bem como de 6 de outubro de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, Colet., p. I-9579, n.° 31).

[28] V. acórdãos de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, ainda não publicado na Coletânea, n.° 40, e de 21 de fevereiro de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, ainda não publicado na Coletânea, n.° 20.

[29] V., *Il potere del giudice di rilevazione dela nullità di protezione*. *Diritto del* commercio internazionale, 2011, p. 584. No entender do autor, o juiz nacional, antes de declarar a inoponibilidade da cláusula abusiva, deve perguntar ao consumidor se este a pretende manter em vigor. No entender do autor, da solução desenvolvida pelo Tribunal de Justiça resulta um ensinamento que tenta harmonizar o objetivo de proteção do consumidor pretendido pela Diretiva 93/13 com o princípio da manutenção das relações contratuais. V., também, MILANESI, S. Le pronunce Pannon ed Eva Martín Martín sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione. *Giurisprudenza commerciale*, 2010, v. II, p. 805, no entender do autor, este princípio também permite o equilíbrio das forças no processo contraditório.

AMAGIS NUMERO 11.indb 10 20/06/2015 11:40:19

O direito da União Europeia, em relação ao direito dos consumidores, requer que o juiz nacional não se limite à faculdade de se pronunciar sobre a natureza abusiva de uma cláusula contratual, mas tenha ciência da obrigação de apreciar oficiosamente essa questão,[30] desde que disponha dos elementos de direito e de fato necessários para tanto.

Não há controvérsia quanto à obrigatoriedade de ser oficiosamente declarada a abusividade de cláusula de competência jurisdicional.[31]

As cláusulas atributivas de jurisdição[32] constituem prejuízo considerável para o consumidor, pois o obriga a um tribunal eventualmente muito afastado, o que pode inviabilizar o exercício dos seus direitos, notadamente em virtude de despesas resultantes em um litígio de valor reduzido.

1.2 No Brasil

A Constituição brasileira prevê a defesa dos consumidores no artigo[33] em que estão previstas as garantias e direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, existe um regime específico de proteção contra cláusulas abusivas para os contratos celebrados com o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor estabelece um rol exemplificativo de cláusulas abusivas.[34]

O Código de Defesa do Consumidor admite a revisão contratual sob as teorias do abuso do direito, fundada na sua finalidade econômica e social, da boa-fé, da proporcionalidade e da justiça contratual.

---

[30] V. quanto ao controle jurisdicional substantivo das cláusulas contratuais gerais, à luz da boa-fé, BASEDOW, J. Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 210, 2010, p. 172 e segs.

[31] Com fundamento no artigo 3.° da Diretiva 93/13.

[32] No Brasil, nominadas como cláusulas de eleição de foro.

[33] A Constituição brasileira consagrou no seu artigo 5º, inciso XXXII que "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". As disposições foram baseadas atendendo à Resolução A/RES/39/248, de 16 de abril de 1985, da Assembleia Geral da Organização Nações Unidas.

[34] Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Seção II. Das Cláusulas Abusivas, art. 51.

Inicialmente, foi necessário decidir a amplitude do conceito de consumidor. O Superior Tribunal de Justiça chegou a uma controvérsia,[35] e em seguida passou a uma posição inicial em que prevaleceu entendimento com conceito abrangente de consumidor.[36] A decisão dizia respeito a uma farmácia que foi tida como consumidora em relação a uma operadora de cartões de crédito. Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro reformulou seu entendimento e passou a adotar teoria mais restrita.[37]

---

[35] O maximalismo, também conhecido por Escola Jurídica ou Escola Objetiva, pregava a tese da interpretação abrangente das relações de consumo. Essa interpretação "baseia-se no ato de consumo, desconsiderando afetações de caráter subjetivo quanto ao consumidor atuar ou não profissionalmente. A aquisição ou o uso de bens ou serviços para o destinatário final fático caracteriza o liame de consumo, permitindo a incidência das normas protetivas". Essa linha era adotada na Primeira e na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.
O minimalismo, conhecido por Escola Econômica ou Subjetiva, adotado pela Quarta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, restringia o conceito de consumidor à ideia de destinatário final, desvinculando-o da atividade lucrativa e do repasse de bens no tráfego jurídico.

[36] Julgamento do Conflito de Competência 41.056/SP, CC 41056/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23.06.2004, *DJ* 20.09.2004 p. 181:
"Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição.
Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.
- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.
- O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.

[37] "COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.
– A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não

Segundo o STJ, na relação entre a operadora de cartão de crédito e a empresa utilizadora da máquina eletrônica dá-se um vínculo de "consumo intermediário", ou seja, o sistema de pagamento por meio eletrônico, fornecido pela administradora de cartão de crédito, é forma de incrementar as atividades comerciais e indissociável do objetivo de facilitar a prestação de serviços a seus clientes e ampliar os lucros. O Código de Defesa do Consumidor não visa proteção do empresário, daí inexiste relação de consumo.

O Superior Tribunal de Justiça, nas ações envolvendo contratos com o consumidor, inicialmente decidiu pela ampla revisibilidade das cláusulas contratuais, independentemente de provocação do consumidor.[38]

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no mesmo sentido, decidiu expressamente que a nulidade de cláusulas abusivas podem ser reconhecidas oficiosamente por se tratarem de matéria de ordem pública.[39]

A incidência dos princípios da correlação,[40] da inércia (*ne procedat iudex ex officio*) ou da eficácia devolutiva dos recursos (*tantum*

---

se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.

Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca."

(REsp 541.867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10.11.2004, *DJ* 16.05.2005 p. 227).

38 "Pode o Juiz, de ofício, reconhecer a nulidade de cláusula contratual considerada abusiva, por se tratar, nos termos do CDC, de nulidade de pleno direito" (RESP 503831, decisão, Ministra NANCY ANDRIGHI, 05.06.2003).

39 "APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - INVALIDEZ PARCIAL PERMANENTE - CLÁUSULA ABUSIVA - SENTENÇA *EXTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA A PARTIR DO SINISTRO. 1- Os Contratos de Seguro, além de serem regidos por normas específicas, também se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor. 2- Em se tratando de matéria de ordem pública, as nulidades das cláusulas contratuais podem ser conhecidas de ofício. 3- A correção monetária, neste caso, tem incidência a partir da ocorrência do sinistro." (TJMG, AC n. 0702.04.156380-1/001, rel. Des. Cláudia Maia, Décima Terceira Câmara Cível, julgado em 23.11.2006).

40 Vide nota 28.

devolutum, quantum appellatum) eram afastados, sob o fundamento de que a abusividade da cláusula possuía caráter de ordem pública: "os precedentes deste STJ, que se firmaram no sentido de que é possível ao juiz reconhecer, de ofício, o caráter abusivo de cláusulas contratuais, anulando-as, por se tratar, nos termos do art. 51, IV, do CDC, de nulidade de pleno direito".[41]

Após, o Superior Tribunal de Justiça, *data venia* equivocadamente, modificou sua jurisprudência, inclusive quanto aos contratos celebrados com consumidores.[42-43] O Tribunal decidiu que "O entendimento mais recente desta egrégia Corte é no sentido da impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada."[44]

---

[41] REsp 248.155/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *DJU* 7.8.2000; REsp 90162/RS, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, *DJU* 24.6.1996.

[42] "Em uma notável virada jurisprudencial a Segunda Secção do Superior Tribunal de Justiça, forte em voto do Sr. Min. ASFOR ROCHA, pacificou a orientação de que é impossível o exame ex officio de disposições contratuais. Ressalvadas as questões puramente processuais, que devem ser conhecidas oficiosamente, o relator mui corretamente preservou a necessidade do respeito à inércia judicial. Com maior causa, o princípio da revisão ex officio, é inaplicável aos contratos submetidos ao direito comum. O caráter paritético das relações cíveis não pode sucumbir à salvaguarda excessiva dos interesses de uma das partes. O pedido certo e o prequestionamento são mecanismos processuais típicos de uma relação isonômica entre os contendentes. O Poder Judiciário não se pode demitir de sua imparcialidade ao fito de proteger um litigante que não é, por lei, tido como vulnerável em face de seu ex adverso." (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Op. cit*. p.125).

[43] "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. REVISÃO DE OFÍCIO DO CONTRATO, PARA ANULAR AS CLÁUSULAS ABUSIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA 2ª SEÇÃO. - Não é lícito ao STJ rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC."
(EREsp 702.524/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08.03.2006, *DJ* 09.10.2006, p. 256).

[44] REsp 933658, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, decisão monocrática, *DJ* de 29.05.2007.

Esse é o entendimento atual do STJ, no sentido de que somente podem ser objeto de revisão judicial as cláusulas contratuais questionadas expressamente pelo consumidor, que deve apontar as abusividades. E, exclusivamente em decorrência da atuação das instituições bancárias, editou a Súmula 381 que dispõe: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas".

A súmula não faz distinção sobre sua aplicação a contratos com consumidores ou não, de modo que parece ser aplicável a todos contratos bancários indistintamente o que é, sem dúvida, um erro.

As decisões do STJ foram fundadas no Código de Processo Civil, notadamente nos artigos 128, 459 e 460.

Esse entendimento equivocado se dá em virtude de interpretação que não leva em consideração o disposto no artigo 51 do CDC, que prevê que a abusividade das cláusulas contratuais as torna absolutamente nulas, devendo ser declaradas como tais, inclusive de ofício.

O art. 1º é claro ao prever que as normas ali previstas são de ordem pública.

É esse o entendimento de Nelson Nery Júnior[45] e de Cláudia Lima Marques.[46]

A interpretação do Código de Processo Civil deve ser feita tendo como base interpretativa a Constituição da República, que prevê a proteção do consumidor e ao mesmo tempo sistematicamente com o Código de Defesa do Consumidor.

---

[45] "Como a cláusula abusiva é nula de pleno direito (CDC, art. 51), deve ser reconhecida essa nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interes*sado."*
NERY JÚNIOR, Nelson et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 693.

[46] "O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, *ex officio*. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo." MARQUES, Cláudia Lima *et al. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 561.

Pode-se considerar, portanto, que as cláusulas abusivas geram nulidades absolutas que ferem a ordem pública, e em interpretação sistemática da legislação aplicável aos contratos celebrados com consumidores, devem ser declaradas nulas de ofício pelo magistrado também consoante previsão do artigo 168, do Código Civil brasileiro de 2002.

Esse entendimento errado do STJ leva ao absurdo de que uma cláusula recorrentemente considerada abusiva em processos judiciais possa continuar a vincular consumidor que não tenha arguido especificamente sua abusividade em um processo judicial próprio.

Neste caso, restaria ao consumidor iniciar mais um processo judicial, pedindo expressamente a declaração de nulidade da cláusula considerada abusiva em outros processos judiciais.

Esse injustificado e irrazoável entendimento afronta o princípio constituicional da razoável duração do processo, pois obriga o consumidor a iniciar um novo processo judicial para esse fim, atrasando a solução da controvérsia e aumentando a quantidade de demandas judiciais. Tal entendimento desconsidera também o princípio constitucional da defesa do consumidor, e potencialmente o princípio constitucional da igualdade.

Não há nem mesmo o efeito dissuasor de cláusulas abusivas, de modo que, na prática, as cláusulas abusivas continuarão trazendo lucros aos estipulantes, em detrimento dos consumidores.

Do mesmo lado, apesar de entendimento inicial em sentido contrário, há alguns anos os tribunais brasileiros consolidaram entendimento de que a cláusula que escolhe o local competente para apreciação judicial do contrato celebrado pode ser reconhecida abusiva oficiosamente.[47]

---

[47] "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CIVIL. CARTA PRECATÓRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. 1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o

O Tribunal de Justiça da União Europeia também decidiu no mesmo sentido, afirmando que esta obrigação incumbe ao órgão jurisdicional nacional quando aprecia a sua própria competência territorial. Esta jurisprudência consta do acórdão de 9 de novembro de 2010,[48] ao decidir que "órgão jurisdicional nacional deve, oficiosamente, adotar medidas de instrução, a fim de determinar se uma cláusula atributiva de competência jurisdicional territorial exclusiva constante do contrato objeto do litígio que lhe cabe conhecer, e que foi celebrado entre um profissional e um consumidor, se enquadra no âmbito de aplicação da Diretiva 93/13 e, em caso afirmativo, apreciar oficiosamente o caráter eventualmente abusivo dessa cláusula".

Não há motivo para tratamento diferenciado entre a cláusula que escolhe o local competente para apreciação judicial do contrato celebrado, cláusula de eleição de foro,[49] e as demais cláusulas, de modo que qualquer cláusula em contrato celebrado com consumidor pode ser oficiosamente declarada abusiva quando assim o forem.

2. CONCLUSÃO

A interpretação legal feita pela Justiça da Europa e Justiça brasileira estão em caminhos opostos.

No Tribunal de Justiça da União Europeia é pacífico entendimento que o reconhecimento de nulidade de cláusula de contrato celebrado com consumidor é de reconhecimento oficioso, sendo que esse reconhecimento não é apenas faculdade, mas obrigação do juiz nacional quando verificar a abusividade.

Na Justiça brasileira, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento que entendemos equivocado, de que o juiz só pode reconhecer a nulidade de cláusula após provocação expressa do

juiz reconhecer a sua incompetência *ex officio*. 2. Pode o juiz deprecado, sendo absolutamente competente para o conhecimento e julgamento da causa, recusar o cumprimento de carta precatória em defesa de sua própria competência. 3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Cruz Alta - RS, o suscitante." (CC 48.647/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23.11.2005, *DJ* 05.12.2005, p. 215).

[48] Acórdão Pénzügyi (C−137/08, Colet., p. I−10847).

[49] V. nota 26.

consumidor. Em outras palavras, o juiz nacional não tem nem mesmo a faculdade de declarar nula uma cláusula flagrantemente abusiva sem provocação do consumidor.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

MICKLITZ, H.-W. Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts. *European Review of Contract Law*, v. 6, issue 4, p. 347–383, november 2010.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985.

2

O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fabrício Simão da Cunha Araújo[1]

RESUMO

O processo, a partir de sua concepção como procedimento em contraditório, ganhou feição democrática, já que passou a privilegiar a participação das partes. Contudo, é só com a teoria do processo constitucional que ele ganha natureza jurídica de elemento estruturante do Estado Democrático de Direito. Caracterizando-se pela intransigente observância das garantias constitucionais, o processo se alça à estatura de metodologia normativa de garantia e construção dos direitos fundamentais, de forma a controlar os abusos e omissões da autoridade pública e assumira função de elo entre os mais marcantes fundamentos do Estado Democrático de Direito, quais sejam, soberania popular e efetividade dos direitos fundamentais. Na jurisprudência, podemos perceber como o processo constitucional tem, em constante progressão, sido capaz de cumprir a função de concretização de direitos fundamentais. Pela criação de espaço procedimental cognitivo-

[1] Juiz de Direito em Minas Gerais. Mestre e doutorando em Direito Processual pela PUC/MG. Professor na Faculdade Fenordem Teófilo Otoni – MG. Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais.

AMAGIS NUMERO 11.indb 19 20/06/2015 11:40:20

argumentativo se possibilita a organização do discurso quanto à extensão da eficácia do direito fundamental especificamente pleiteado, às reais condições fático-jurídicas do Estado atendê-lo e aos limites da independência entre as funções estatais essenciais, em prol da supremacia da Constituição e da soberania popular.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Processo Constitucional. Jurisdição Constitucional das Liberdades. Contraditório. Direitos Fundamentais. Reserva do Possível. Repartição e Independência das Funções Estatais Essenciais.

ABSTRACT

The process starts its inclusion in democratic paradigm with its conception as a contradictory procedure, since the focus are the stakeholders. However, it is only with the theory of the constitutional process that it raises to the status of democratic State´s structuring element. Characterized, then, by uncompromising observance of constitutional guarantees, the process becomes a normative methodology to ensure and (re)construct the fundamental rights in order to curb abuses and omissions of public authorities and assume the role of link between the aforementioned foundations of a democratic State. While the process, through its strong foundations of constitutional stature, ensures legal protection by constantly expanding the effectiveness of fundamental rights, ensures also that the concrete content of such rights will always be built by the protagonist participation of stakeholders in symmetric parity and not simply dictated by the state. Creating a cognitive-argumentative procedural space, it organizes the discourse about the extent of the effectiveness of the fundamental right specifically pleaded (especially the positive ones), the real factual and legal conditions of the State to meet the demand and the limits of independence between State´s essential functions, in favor of the supremacy of the Constitution, popular sovereignty, the maximum effectiveness of fundamental rights, ultimately, the Democratic State of Law.

Keywords: Democratic State of Law. Constitutional Process. Constitutional Jurisdiction of Liberties. Contradictory. Fundamental Rights. Reserve of State´s Obligations Within the Possibilities. Distribution and Independence of State´s Essential Functions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Processo constitucional. 3.1. A contribuição de Fazzalari. 3.2 O processo constitucional. 3.3. Contraditório. 3.4. Jurisdição constitucional democrática. 4. Efetivação dos Direitos Fundamentais pela tutela processual. 5. Considerações finais 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Após as tragédias vividas durante a Segunda Guerra Mundial, ao se perceber que a mera previsão constitucional de direitos fundamentais sem a garantia dos meios para sua implantação não assegurava sua efetividade na proteção do ser humano, houve um generalizado movimento de constitucionalização de princípios processuais em diversos países.

Iniciou-se, portanto, movimento que permitiu elevar o processo à estatura de garantia fundamental, em uma nova concepção. Deixou de ser instrumento para solução de conflitos pelo Estado para se tornar garantia à pessoa humana de resistir aos abusos e omissões do Estado e/ou de outros particulares, concedendo-lhe espaço político para participação do diálogo democrático.

Agora com hierarquia constitucional, os princípios processuais estruturais passaram a condicionar a interpretação das normas procedimentais infraconstitucionais de forma a, efetivamente, permitir a participação da pessoa no exercício do poder pelo Estado.
A partir deles é que se procedeu à *implantação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade (...)*[2] dos direitos fundamentais.

O Estado, portanto, informado pelo princípio democrático, forjado sobre um complexo e extenso rol de direitos e garantias fundamentais, exerce todas as suas funções sempre de forma concertada e aberta para a efetiva participação dos interessados como requisito de legitimidade de seus atos.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito pode ser definido como a fusão de dois princípios ou sistemas conexos, o Estado Democrático e o

[2] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 44.

de Direito, de forma que, segundo Ronaldo Brêtas, tais paradigmas constituam *sistemas jurídico-normativos consistentes, (...) verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados (...).*[3] Em apertada síntese, o Estado de Direito condensa os seguintes subprincípios: (1) império da lei, (2) separação das funções de Estado, (3) submissão do Estado à lei e (4) reconhecimento de direitos fundamentais.[4]

O princípio democrático, por sua vez, está ligado de forma imanente com a fonte de legitimação do poder exercido pelo Estado, que é o povo.

Na acepção formal, em poucas palavras, portanto, pode-se qualificar o Estado como Democrático de Direito quando erige como premissas fundamentais: a soberania popular, o respeito da hierarquia das normas, da repartição das funções estatais e dos direitos fundamentais.

Contudo, é necessário mais do que previsão normativa nesse sentido. Pelo princípio democrático, o exercício das funções estatais e o direito devem externar, como condição de sua legitimidade, constante conexão com a soberania popular, que se manifesta de duas principais formas: pela ampla participação do povo, em posição de protagonismo, na criação, interpretação e aplicação do direito (logo, no exercício das funções estatais) e pela máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Há, portanto, uma *tensão interna, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito.*[5] Se de um lado o Estado de Direito perquire a validade do Direito, o Estado Democrático exige sua legitimidade.

A soberania, é bom frisar, tem como titular o povo e não o Estado. De fato, segundo Rosemiro Pereira Leal, a Constituição brasileira de 1988 – CB/88 assenta o conceito moderno de soberania por buscar no

---

[3] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 57.

[4] *Ibidem,* p. 51.

[5] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito,* Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 164, 1º e 2º sem. 2000.

povo, *muito antes que no Estado a fonte de sua própria existência e legitimidade jurídicas.*[6]

Contudo, não basta asseverar que tal titularidade pertence ao povo de forma retórica, mantendo-o com caráter icônico e, consequentemente, abstrato e inofensivo. É necessário que o povo seja enxergado *como instância global de legitimidade democrática,*[7] ou seja conjunto de agentes a serem ouvidos de forma ampla, em todos os discursos de produção, aplicação, modificação e extinção dos direitos, de forma que deixem *(...) de ser meramente destinatários do Direito, mas tornem-se seus co-autores.*[8]

Por isso é que Rosemiro Pereira Leal define povo como o *conjunto de legitimados ao processo*[9] e André Del Negri fala em *povo processualmente legitimado.*[10]

E não basta, para a legitimidade do Estado (e de suas funções) garantir a participação do povo. Como instituição que se legitima pela Constituição democrática, é imprescindível *a construção de um lócus normativo-linguístico assegurador de um status democrático* aberto a todos. Caso contrário, não se poderá denominar o povo de *legitimados ao processo.*[11]

Ainda vale advertir, não se pode falar em soberania popular como a repetir a clássica fórmula de "governo da maioria", típica da visão republicanista de Estado Social. No Estado Democrático, a legitimidade do direito pressupõe o invariável respeito dos direitos fundamentais no sentido de *trunfos contra a maioria.*[12]

---

6 LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial*: a crise jurídica das economias. Leme (SP): Editora de Direito, 1999, p. 35.

7 DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo:* teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 31.

8 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 220.

9 LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 59.

10 DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade... cit.,* p. 32.

11 DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 28.

12 NOVAIS, Jorge Reis a*pud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 249.

Nesse sentido, André Del Negri esclarece que:

> No Estado Constitucional e Democrático a compreensão de democracia há de acolher reconstruções conceituais que desmistifiquem a ideia superficial de que o simples fato de haver mobilização da população (linguagem natural) há a construção da democracia. (...) Daí a necessidade de as pessoas serem portadoras de canais procedimentalizados que possam interrogar o sistema normativo.[13]

Portanto, os procedimentos jurídicos pelos quais o poder estatal é exercido só se legitimam democraticamente quando facultam ao povo (na acepção que se vem de mencionar) a participação efetiva na sua construção, por meio de espaços processualizados garantidores de balizas dialógicas eficazes.

Toda atividade estatal deve se realizar seguindo a sequência de atos previstos em lei (procedimento) para a atuação jurídica do poder. Para que tal procedimento possa se qualificar de processo, conferindo legitimidade democrática ao poder exercido, deve atender ao arcabouço de garantias processuais previstas na Constituição.

A este arcabouço, Del Negri, denomina Devido Processo Constitucional, conceituando-o como a *instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial*. Continua esclarecendo que *(...) o devido processo legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito.*[14]

Em suma, o Estado de Direito, na acepção democrática de individualidade coletiva aglutinadora da soberania difusa investida no povo,[15] exerce suas funções fundamentais por meio de diferentes

---

[13] DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 57.

[14] DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 118.

[15] Partimos das lições de Georg Jellinek, para quem, na acepção social, o Estado seria *unidade de associação dotada originariamente de poder de dominação (...)*, para, adaptando a noção ao princípio democrático, concluirmos que a soberania recai no Estado não originariamente, mas na medida em que se configura como

processos de atuação jurídica do poder[16] de forma que, na medida em que se entrelaçam concertadamente, formam um *ciclo de atos de legitimação.*[17]

3. PROCESSO CONSTITUCIONAL

3.1 A contribuição de Fazzalari

Elio Fazzalari por sua obra de maior repercussão no mundo jurídico, *Instituzioni di diritto processuale,*[18] rompeu com a clássica concepção do processo como relação jurídica, defendida inicialmente por Oskar Von Bülow e repetida por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, além da Escola Paulista de processo.[19]

O procedimento, para Fazzalari, seria a estrutura constituída da sequência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto de incidência da norma seguinte, de validade do ato nela previsto e extensão do ato previsto na norma antecedente, visando a obtenção de um provimento[20] estatal.

---

individualidade coletiva que aglutina a soberania difusa investida no povo (*apud* BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito,* p. 10).

16 Segundo Luiz Sanchez Agesta, jurista espanhol, as funções do Estado são procedimentos essenciais de exercício do poder (citado por BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito,* p. 12).

17 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do Processo Constitucional. *In:* CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito Processual*: Estado Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada. Belo Horizonte: PUC Minas, IEC, 2012, p. 124. Inspirado nas lições de Friedrich Müller, Brêtas explica que o movimento de o povo eleger seus representantes para que esses formulem as leis que regerão tanto a atuação estatal quanto as relações sociais particulares formaria um ciclo de atos de legitimação que aponta o lado democrático do Estado de Direito.

18 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

19 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 247.

20 O provimento, para Fazzalari, seria o ato estatal (administrativo, legislativo ou jurisdicional) imperativo, sempre consistente na conclusão de um procedimento.

O processo, então, seria espécie do gênero procedimento. Isto porque, seria procedimento em que se apresenta característica complementar específica, o contraditório. Em outras palavras, seria o procedimento caracterizado pela participação dos possíveis afetados pelo provimento, em estrutura dialética garantidora de simétrica paridade na colaboração para sua construção.

Nesse sentido, o processo passa a ganhar características de garantia da pessoa, pois, sempre que um ato estatal ocasionar ou puder ocasionar privações em sua vida, liberdade, propriedade, enfim, em seu acervo jurídico, poderá participar da construção deste provimento.

Daí a diferença essencial entre a teoria do processo como relação jurídica e do processo como procedimento em contraditório. Para a primeira, o processo seria como veículo, meio ou instrumento da produção de provimentos. Para a segunda, o processo é requisito inafastável para construção e legitimação do provimento, de forma necessariamente dialogada entre os seus destinatários.[21]

Ademais, a ideia de relação jurídica é incompatível com a igualdade e simetria de paridade necessária à legitimidade do provimento estatal. É que a relação jurídica, na sua concepção civilista clássica, pressupõe um vínculo de sujeição entre o sujeito ativo e passivo, atribuindo-se àquele o poder de exigir deste uma conduta e a este o dever de prestá-la.

No processo, contudo, nenhuma parte pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. Pelo contrário, o contraditório implica em igualdade de tratamento (*procedural due process*) e simetria de participação (*substantive due process*), garantindo a todos os atingidos pelo ato a oportunidade de defenderem de forma plena os seus interesses e argumentos na construção do provimento.

O processo amplia os seus contornos na medida em que passa a privilegiar a participação como elemento marcante e imprescindível de sua própria existência e da legitimidade do provimento estatal, seja

[21] VERSIANI PENNA, Saulo; LARA, Leonardo Augusto Leão; CARVALHO, Newton Teixeira de. Processo, ação e jurisdição em Fazzalari. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. São Paulo: IOBThonson, 2004, v. V.

ele jurisdicional, administrativo ou legislativo. Certamente, portanto, foi a partir da contribuição *fazzalariana* que o processo começou a ser entendido como fator de democratização do direito, seja porque erguida sobre a pedra angular da participação, seja porque permitiu superar *(...) a ideia de uma teoria geral do processo, definida apenas como teoria do processo jurisdicional*.[22]

Entretanto, *data venia*, é com a concepção constitucionalista que o processo arvora-se à qualificação de elemento estrutural e imprescindível à construção do Estado Democrático de Direito.

3.2 O processo constitucional

Foi só a partir da Segunda Guerra Mundial, conforme já mencionado, que o processo passou a se consolidar como garantia constitucional, por meio da consagração de princípios de direito processual nas Constituições da Itália, Espanha, França e Alemanha.

Esse fenômeno proporcionou o surgimento do Direito Processual Constitucional ou do Processo Constitucional, consistente *na condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo.*[23] Trata-se de colocação científica que examina o processo em suas relações com a Constituição, abrangendo de um lado a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária (órgãos, competência, garantias) e do processo (ação e defesa, e postulados decorrentes) e de outro lado a jurisdição constitucional (controle jurisdicional de constitucionalidade, jurisdição constitucional das liberdades).[24]

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, a partir de então, *a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio*

---

[22] BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In:* MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 333.

[23] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125-126.

[24] *Ibidem*.

da supremacia da Constituição sobre as normas processuais,[25] na direção de proteção efetiva dos direitos fundamentais.[26]

O fato de as normas processuais passarem a ter estatura constitucional, além de conferir-lhes hierarquia superior a quaisquer normas que lhes buscasse restringir o âmbito de aplicação, também externou escolha fundamental do constituinte por um direito construído discursiva e democraticamente,[27] culminando na criação de um *modelo constitucional* do processo jurisdicional e elevando o processo a *centro de gravidade de toda a estrutura de atuação dos valores constitucionais.*[28]

Certamente, Fazzalari já defendia o caráter discursivo do processo, contudo, a fixação das balizas procedimentais em estatura constitucional além de ampliar o rol das garantias essenciais ao processo, acentuou em muito a potencialidade do processo em veicular de forma efetiva os argumentos de cada parte na construção do direito.

Ademais, o processo, ao se configurar como espaço-discursivo construído nas sólidas bases das garantias constitucionais fundamentais, alinha-se muito mais com o princípio democrático, visto que sociedades totalitárias são avessas ao debate e o processo constitucional garante um *recinto de isonomia argumentativa ampla e simultânea*,[29] contra todo e qualquer poder, seja ele político ou econômico.

Por esses motivos, Baracho discorre que o processo constitucional *não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (...) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais.*[30]

---

[25] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 337, 1996, p. 105.

[26] BARACHO. *Op. cit.,* p. 119.

[27] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito.* Belo Horizonte. v. 3, n. 5 e 6, p. 162, 1º e 2º sem. 2000.

[28] ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 87, p. 64, jul./set. 1997.

[29] DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.

[30] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.

AMAGIS NUMERO 11.indb 28 20/06/2015 11:40:21

Para Marcelo Cunha de Araújo o processo na acepção constitucional se torna garantia fundamental, responsável pelo fornecimento da possibilidade de discussão e participação em *um espaço de discurso ao cidadão, inserto em um Estado Democrático de Direito, na construção de uma aplicação do direito legislado em determinado caso concreto.*[31]

Para Brêtas, o processo (constitucional) é garantia fundamental de legitimidade democrática da jurisdição, pela promoção de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo que garanta aos interessados a efetiva participação na atividade estatal de individualização das normas jurídicas abstratas e genéricas do ordenamento jurídico a incidir na solução das particularidades do caso concreto reconstruído dialeticamente no processo.[32]

Diante do que se vem de expor, ousamos definir o processo constitucional como metodologia normativa que, pela inafastável obediência às garantias fundamentais, é formadora de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo apto a permitir que a pessoa atingida pela decisão estatal efetivamente participe de sua construção.

Portanto, o processo deixa de ser instrumento da jurisdição para alçar a condição de elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, sem o qual, nem a Jurisdição nem as outras funções estatais poderão ser exercidas. Além disso, na medida em que compete ao Estado-Juiz adotar as providências necessárias para a observância das garantias processuais no bojo do processo, é a Jurisdição que atua como instrumento por meio do qual o processo se realiza.

A constitucionalização de normas processuais implica também a alteração da interpretação de clássicos/antigos institutos, considerando a eficácia irradiante das garantias constitucionais processuais. Entre muitos, pela brevidade deste trabalho e seus objetivos, vale a pena analisar especificamente o contraditório.

---

[31] ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 105.

[32] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34 e 37.

3.3 Contraditório

O espaço de diálogo criado pelo processo decorre de uma estrutura metodológica normativamente construída que, ao mesmo tempo em que viabiliza o embate discursivo-argumentativo das partes, em simétrica paridade, é apta a afastar subjetivismo ou ideologia do agente público decisor, ou o denominado prudente arbítrio do juiz.

É que, se na acepção clássica, o contraditório pressupunha o direito de informação e possibilidade de reação, na acepção constitucionalista do processo, deixou de ser mera bilateralidade de audiência e passou a ser tido como *possibilidade de influência (Einwirkungsmöglichkeit) sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo,*[33] o que implica a impossibilidade de se decidir qualquer questão relevante de ofício sem a anterior contribuição das partes, considerando-se como relevante a questão de fato ou de direito necessária como premissa ou fundamento para a decisão.[34]

Nesse mesmo sentido, Lenio Luiz Streck[35] destaca uma renovada concepção do contraditório, não mais no sentido negativo de garantia de oposição ou resistência à atuação alheia, mas, sim, garantia no sentido positivo, de influir ativamente no desenvolvimento do processo e na formação da resposta judicial.

Esse direito de efetivamente influir no conteúdo das decisões implicaria também o direito da parte e o correlato dever da autoridade de não só tomar conhecimento dos argumentos formulados, mas analisá-los de forma séria e detida.[36]

Daí, Streck assevera, com amparo nas lições de Flaviane de Magalhães Barros, que a limitação ao subjetivismo do juiz se daria

---

[33] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 226.

[34] NUNES. *Op. cit.* p. 229-230.

[35] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processso ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e Processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.18.

[36] STF, Pleno, MS n. 24.268/MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, RTJ 191/922.

pelo impedimento de adotar uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos de modo que a *decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso.*[37]

Humberto Theodoro Júnior, assevera que o julgado *sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las seja para rejeitá-las*.[38] A decisão jurisdicional não pode ser ato isolado, deve ser resultado lógico da discussão jurídica ocorrida no ambiente processual, de onde se infere a imprescindível e umbilical *conexão do princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais*.[39]

Em suma, *a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esse significados*.[40] Pelo contraditório, na sua perspectiva democrático-constitucional, essa construção/constituição só pode ser pela cooperação daqueles a quem ela interessa. Eles oferecerão os argumentos como se fossem tijolos e à função jurisdicional incumbe utilizar os melhores, no sentido daqueles que edifiquem o caminho adequado à realização da Constituição, mas sempre dizendo, tijolo por tijolo, porque devem ou não ser utilizados.

3.4 Jurisdição constitucional democrática

Além do contraditório, outros princípios ou garantias propriamente processuais ganham interpretação expansiva e reforçada, como o

---

[37] STF, Pleno, MS n. 24.268/MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, RTJ 191/922.

[38] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 253.

[39] BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 101.

[40] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

direito de ação, a ampla defesa e a isonomia. Além desses, a percepção constitucional do processo também abarca, conforme já asseverado, o fortalecimento da Jurisdição pela atribuição de estatura constitucional aos seus princípios estruturais.

Nesse sentido, na esteira da brilhante obra de Brêtas, ganham relevo princípios diretivos da Jurisdição como: o do Juízo constitucional, da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito (condensação dos princípios da supremacia da Constituição e da reserva legal), do devido processo constitucional, da fundamentação das decisões jurisdicionais (em observância do contraditório e da congruência) e o da eficiência jurisdicional.[41]

Com este reforçado arcabouço constitucional estruturante, fortalece-se a independência da função jurisdicional estatal e, por consequência, a jurisdição constitucional que, replicando a clássica distinção entre direito objetivo e subjetivo, abrange a um só tempo a garantia da Constituição (o controle de constitucionalidade das leis) e a jurisdição constitucional das liberdades (garantia dos direitos fundamentais).[42]

Esclarecendo, enquanto o controle de constitucionalidade é o juízo de aferição da adequação ou compatibilidade das normas infraconstitucionais à Lei Fundamental, a jurisdição constitucional das liberdades é *a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos da pessoa humana*.[43]

A atribuição de estatura constitucional às normas estruturais da função estatal jurisdicional permite que essas duas finalidades sejam efetivamente cumpridas, na medida em que enaltece e potencializa sua aptidão de conformar as demais funções estatais aos preceitos constitucionais.

Assim, no paradigma do Estado Democrático de Direito, para que se possa falar em *modelo constitucional do processo* não só se deve assegurar espaço de participação real das pessoas, mas, para que as discussões ali

---

41 BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

42 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito.* Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 166, 1º e 2º sem. 2000.

43 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 111.

travadas não sejam inócuas e o *melhor argumento* seja realmente levado a efeito, a função jurisdicional deve ser sempre constitucional.

Necessário reforçar: sob a égide do Estado Constitucional Democrático, toda jurisdição é constitucional.[44] Isso, por três motivos: (A) sempre se analisa preliminarmente, ainda que de forma implícita, a constitucionalidade da lei;[45] (B) a decisão jurisdicional sempre deve ser apta a realizar[46] em maior ou menor extensão e intensidade, direta ou indiretamente, direitos fundamentais, especialmente considerando o princípio da máxima eficácia, o da dimensão objetiva e a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.[47] Conforme sufraga Baracho, *as interpretações de uma norma ordinária não podem desconhecer o conteúdo normativo do direito fundamental*.[48] O terceiro motivo seria que, conforme já asseverado, (C) a Jurisdição deve, em todo e qualquer processo, adotar as providências necessárias para a observância das garantias constitucionais fundamentais no bojo do processo, sob pena de ilegitimidade.

---

[44] No mesmo sentido Brêtas, referindo-se ao sistema jurídico-constitucional brasileiro. BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 47.

[45] Isso se afirma especialmente em ordenamentos jurídicos que trabalham com o controle de constitucionalidade difuso. Entretanto, mesmo naqueles em que só um órgão jurisdicional concentra a análise de controle de constitucionalidade, a interpretação da norma infraconstitucional deve ser sempre conforme a Constituição e com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

[46] Tanto do ponto de vista de uma interpretação atenta ao direito fundamental quanto do ponto de vista de a decisão ser levada a efeito para concretização (com o perdão da redundância) efetiva, do direito fundamental.

[47] O princípio da máxima eficácia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais serão objeto de análise posteriormente neste trabalho. Quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pode-se dizer, resumida e superficialmente, que consiste no reconhecimento de que os direitos fundamentais, além de força normativa perante o Estado (eficácia vertical), limitando ou exigindo sua atuação, também teriam força normativa entre particulares, ou seja, de que o particular pode violar diretamente a Constituição, assim como o ofendido pode pleitear proteção com forte normativo direto na Lei Fundamental.

[48] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito.* Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 125, 1º e 2º sem. 1999.

Nessa perspectiva, o Processo Constitucional passa a garantir não só as normas constitucionais processuais, mas a Constituição como um todo já que resguarda procedimentalmente as garantias ali sufragadas e, de forma simultânea e por consequência, a efetivação dos direitos essenciais também previstos no mesmo diploma normativo fundamental.

Vale transcrever a lição de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

> Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como 'modelo constitucional do processo' (para utilizar a expressão de Andolina-Vignera), a si mesma.[49]

4. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA TUTELA PROCESSUAL

Além de exercer suas funções essenciais por meio do devido processo constitucional, o Estado Democrático também se caracteriza pela prevalência, constante expansão e máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Mister estabelecer a diferença conceitual entre os direitos humanos, direitos fundamentais e direitos individuais. Segundo, Sarlet:

> O termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os

[49] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jurgen Habermas. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia*: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 257.

> povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.[50]

Rosemiro Pereira Leal, por sua vez, distingue direitos fundamentais dos direitos individuais ao asseverar que estes seriam de acepção liberal, republicana ou procedimentalista do Estado, visto que pressupõem que o cidadão já estaria apto à sobrevivência por *direitos subjetivos já historicamente apropriados ao tempo da constitucionalização das garantias protetivas da continuidade de suas formas de vida de fruição de liberdade, dignidade, igualdade e segurança política e patrimonial*.[51]

Assevera que os direitos fundamentais, por outro lado, seriam típicos do regime democrático, como *nível jurídico de igualdade estrutural para todos (isonomia vital e teórico-linguística) assegurado e extensivo aos excluídos sociais*.[52]

Notável a diferença da concepção exposta pelo professor e seus efeitos para nossas investigações quanto à proteção de direitos fundamentais por meio do processo, na medida em que os direitos fundamentais seriam garantidores de *isonomia vital e teórico-linguística* fundando pela via processual direitos de existência, personalidade, consciência e seus consectários.

Nesse sentido, o processo, ao garantir aos interessados no provimento estatal participar de sua construção, entrega a estes a definição dos sentidos normativos vigentes nos textos legais e por consequência, o direito mais fundamental na democracia que é o de vida humana autoconstruída, autoesclarecida e autoilustrada.[53]

---

[50] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 249. No mesmo sentido, sufraga BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 70.

[51] LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. *In:* MACHADO, Felipe Deniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

[52] *Ibidem*.

[53] LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.,* p. 290-291.

A própria noção de direitos humanos implica não uma libertação, mas sim uma relação de senhor e servo em relação àquele que tem os direitos "reconhecidos" pelo outro. O que se tem então é direito fundamental, pela via proposicional, por conjecturas teóricas, a partir de uma linguagem jurídico-discursiva que, se no âmbito processual se mostrar amparada na lei democrática, não pode ser recusada.

Assim, na perspectiva constitucional do processo, o direito fundamental garantidor da efetividade dos direitos fundamentais não seria o direito à proteção judicial ou inafastabilidade da tutela jurisdicional e sim o direito à proteção processual.

Verifica-se que o processo constitucional, pela jurisdição constitucional das liberdades, ao tornar concretos os direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, assegura a legitimidade necessária ao princípio democrático.

Embora haja interessantes questões a se analisar sobre a efetivação jurisdicional dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, as maiores dificuldades e desafios se dão em relação aos direitos fundamentais enquanto garantias positivas do exercício de liberdades.[54]

É que possuem maior e mais complexa amplitude do que os direitos fundamentais de defesa. Trata-se de normas de cunho impositivo de deveres ao Estado, atribuindo deveres, programas de ação, fins, tarefas e/ou políticas públicas aos poderes públicos.

Quando se tratam de direitos a serem implantados com programação e execução gradual, continuada e coordenada, não gozam da mesma eficácia jurídica que direitos de proteção e defesa, sob pena de

[54] Segundo Gilmar Mendes, os direitos fundamentais como direitos de defesa seriam aqueles destinados a defender posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público e os direitos fundamentais como garantias positivas do exercício de liberdades seriam aqueles que exigiriam não uma abstenção do Poder Público, mas sua atuação voltada a criar *os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados*. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 36-37.

se comprometerem seriamente a execução de outras políticas públicas e a garantia de outros direitos fundamentais de outros cidadãos.

Por outro lado, diante da previsão do artigo 5º, § 1º da CB/88 e, consequentemente dos princípios democrático-constitucionais de máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais), há que lhes conferir eficácia jurídica plena, ao menos para reconhecer que independem de lei para serem observados. Ingo Sarlet, ao discorrer sobre os direitos fundamentais de caráter positivo, assevera que:

> Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa.

Deveras, portanto, pelo princípio democrático, é a lei que está sempre orientada para o cumprimento, observância e densificação dos direitos fundamentais e não estes que ficam à mercê da lei, sob pena de se lhes retirar, seu caráter de *trunfos contra a maioria*.[55] A forma e a extensão dessa aplicabilidade direta, independente de lei, deverão ser consideradas à luz das peculiaridades de cada direito fundamental e das circunstâncias concretas.

Em outros termos, só por meio de um procedimento obediente às garantias fundamentais e, por consequência, formador de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo apto a permitir que a pessoa atingida pela decisão estatal efetivamente participe de sua construção, que se delineará a efetividade (eficácia social) de tais previsões constitucionais.

Certamente, é pelo processo constitucional, com observância especialmente das garantias fundamentais do contraditório (na acepção positiva), da ampla defesa (aqui incluídos o direito fundamental à prova e à assistência jurídica por advogado), da motivação das decisões e da

[55] NOVAIS, Jorge Reis *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 249.

reserva legal, que se fará o acertamento do direito fundamental ao indicar a *resposta adequada à Constituição, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição,*[56] de forma a assegurar a efetiva dignidade da pessoa humana.

Deveras, pela via processual, realmente apta a ser qualificada como constitucional, se vem limitando o argumento de *reserva do possível* em prol da efetividade dos direitos fundamentais positivados, conforme se verifica na jurisprudência[57] do egrégio Supremo Tribunal Federal – STF.

Na medida cautelar incidental à ADPF n. 45, o Min. Celso de Mello reconheceu que a análise da alegação de reserva do possível deve-se dar caso a caso, sob balizas processuais. Assentou que se trata de argumento que deve ser provado de forma objetiva para que o poder público se desonere do dever imposto pela Constituição.[58]

---

[56] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – "Decidir conforme a consciência"? Protogênese do protagonismo judicial. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo*: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 247.

[57] No RE 271286/RS se assegurou a eficácia plena do direito à saúde, impondo ao Estado o dever de fornecer medicamentos gratuitamente. No mesmo sentido, o RE 367089/RS. Ainda, no AI 222046/SP se assegurou aplicabilidade ao art. 7º, XVIII, garantindo o direito à licença remunerada de 120 dias à gestante.

[58] "(...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir". (ADPF 45 MC / DF – Distrito Federal. Relator(a): Min. Celso de Mello. *DJ* 04.05.2004) (grifamos).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp n. 764085/PR decidiu de forma semelhante: *A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros* (...).[59]

Daí a importância do processo constitucional, especialmente da vinculação da decisão ao contraditório e à reserva legal para a construção do provimento: pleiteando o autor direito reconhecido em lei (no caso, a CB/88), provados os fatos constitutivos de seu direito (situação de necessidade), compete ao réu fazer prova de fato impeditivo (insuficiência de recursos) para se eximir de dar efetividade ao direito fundamental (artigo 333, II do Código de Processo Civil).

No Recurso Extraordinário n. 410.715/SP a 2ª turma do STF mitigou alegações contrárias à efetividade dos direitos fundamentais sociais baseadas na independência das funções estatais.[60] Assegurou a aplicabilidade direta ao art. 208, IV da CB/88 no sentido de garantir o direito à creche para crianças entre 0 a 6 anos de idade.

Mais uma vez, pela análise dos argumentos aventados, das provas produzidas pelas partes, das peculiaridades do direito fundamental

---

[59] REsp 764085 / PR. Relator(a) Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. *DJe* 10.12.2009.

[60] Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR / SP. AG.REG. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Celso de Mello. 2ª Turma. *DJ* 03-02-2006) (grifamos).

pleiteado no caso concreto e das demais normas pertinentes (princípios e regras), forte na garantia do processo constitucional, deu-se efetividade ao direito fundamental social.

Insista-se que, no caso, foi a confirmação da vinculação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito (portanto, ao princípio da supremacia da Constituição e da reserva legal) que implicou a prevalência do direito fundamental à educação sobre argumentos que, caso veiculados fora desse ambiente procedimental cognitivo-argumentativo sustentado pelas sólidas balizas das garantias processuais fundamentais, poderiam prosperar.

Deveras, a prevalência da jurisdição constitucional das liberdades sobre o argumento de violação à "separação de poderes" deve-se dar no espaço dialógico criado pelo processo constitucional, o que só reforça o princípio democrático, já que além de dar efetividade ao direito fundamental, a omissão administrativa/legislativa é sanada pela *ação* da pessoa legitimada ao processo. Na esteira das lições de Baracho, *a jurisdição constitucional atua por meio do processo constitucional e tutela a regularidade constitucional do exercício ou atividades dos órgãos constitucionais.*[61]

No mesmo sentido, o egrégio Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.041.197,[62] ao determinar o fornecimento de equipamentos médicos a hospital universitário, após a análise das peculiaridades do caso concreto no espaço processual, sufragou que:

> (...) seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do Judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo

[61] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 110, 113-114.

[62] REsp 1041197 / MS. Relator(a) Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. *DJe* 16.09.2009.

> da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção, restaurando a ordem jurídica violada.

Nos casos em que a prestação positiva exigida do Poder Público é de caráter normativo, a constitucionalização do processo também tem permitido o desenvolvimento e a alteração da jurisprudência quanto aos efeitos produzidos pela sentença proferida no mandado de injunção e por consequência maior efetividade aos direitos fundamentais.

Inicialmente, a jurisprudência do STF restringia a amplitude da jurisdição constitucional, ao argumento de que lhe competiria exclusivamente declarar a mora do Poder Público em editar a norma e cientificá-lo nesse sentido. Trata-se da posição não concretista.[63] A sentença tinha exclusivamente efeitos declaratórios, sem qualquer força mandamental ou constitutiva, aproximando-se de uma recomendação.

Esse posicionamento, ao interpretar equivocadamente a repartição das funções estatais em detrimento da jurisdição constitucional das liberdades, fez com que vários dispositivos constitucionais restassem sem qualquer efetividade, mesmo diante de inúmeras concessões de injunção.

É o caso do direito fundamental ao aviso prévio proporcional, previsto no artigo 7º, XXI da CB/88. Várias foram as injunções concedidas, de 1992 a 2007,[64] declarando a mora do Congresso Nacional sem que isso fosse suficiente para levar à concretização do direito fundamental.

Por isso, o STF foi alvo de várias críticas acadêmicas. Entre outros, vale citar Luís Roberto Barroso:

> As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperativiadade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição uma ordem, com força jurídica e não moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo

[63] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo. Atlas, 2007, p. 171-172

[64] MI 369; MI 95; MI 124; MI 278; MI 695.

> estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando.[65]
>
> Vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa fazer o que ela determina.[66]

Quanto ao argumento jurisprudencial específico de que o mandado de injunção serviria para dar ciência da mora ao órgão estatal inadimplente, Barroso arremata citando artigo jornalístico publicado por José Carlos Barbosa Moreira: *(...) para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação.*[67]

Segundo Cattoni, essa posição passiva e ofensiva à força normativa da Constituição adotada pelo STF revela um entendimento inadequado do princípio democrático e tem levado *ao surgimento de verdadeiras 'ilhas corporativas de discricionariedade', o que estará resultando* [sic] *numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político.*[68]

Diante das críticas e da flagrante inconstitucionalidade da omissão, ofensiva a direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, a jurisprudência do STF evoluiu para passar conferir efeitos constitutivos à concessão da injunção. Trata-se da posição concretista direta.[69]

---

[65] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 225.

[66] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.,* p. 233.

[67] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 235.

[68] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 234.

[69] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional,* cit., p. 171-172. Vale esclarecer que a posição concretista direta consiste na determinação de regra apta a concretizar o direito pela própria sentença, conferindo efeito constitutivo à mesma. Já na posição concretista indireta se determina prazo para que o órgão público inadimplente cumpra seu dever constitucional e edite a norma em cotejo, sob pena de se o Judiciário o fazer, não cumpra seu dever no prazo determinado. Nesse caso, portanto, se confere caráter mandamental à sentença.

Nesse sentido, nos casos de direito de greve de servidor público[70] e aposentadoria especial do servidor público,[71] aplicou-se diplomas legais por analogia (Leis n. 7.783/1989 e n. 8.213/1991, respectivamente), resguardando o direito fundamental e, inclusive, reconhecendo expressamente à função jurisdicional o poder de, em pontos específicos, em que incompatível a lei aplicada por analogia, *traçar os parâmetros atinentes a esse exercício.*[72]

Conforme se verifica, insista-se novamente, é pela via do processo constitucional que se confere legitimidade democrática ao Direito, permitindo o acertamento do direito fundamental e sua efetividade no caso concreto, mesmo que, eventualmente, contra majoritariamente.

É que, *num Estado fundado na dignidade da pessoa humana (...) cada pessoa tem a si assegurada uma esfera de autonomia e liberdade individual que não pode ser comprimida nem restringida pelo só fato de um ato normativo ou política pública ser decorrente de uma decisão majoritária.*[73]

Conforme assevera Cattoni de Oliveira, não há que se falar que haveria atuação legislativa da jurisdição constitucional, visto que a função legislativa se estrutura por discursos de justificação jurídico-normativa (ou de validade jurídica), para *estabelecimento de programas ou políticas para a realização de direitos fundamentais* e a função jurisdicional por discursos de *aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional* (adequação de uma norma válida a uma situação de aplicação).[74]

Ademais, nas palavras de Sarlet, *não existe razão para entender que o juiz tem o poder para controlar a constitucionalidade da lei, quando esta é prejudicial à solução do litígio, e não tem poder para*

---

[70] MI 712, Pleno, rel. Min. Eros Grau, *DJe* 31.10.2008; MI 670, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJe* 31.10.2008; MI 708, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 31.10.2008.

[71] MI 721, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 30.11.2007.

[72] MI 712, Pleno, rel. Min. Eros Grau, *DJe* 31.10.2008.

[73] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 563.

[74] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito,* Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 164 e 168, 1º e 2º sem. 2000.

controlar a falta de lei quando esta é imprescindível à tutela de um direito fundamental.[75]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, de forma sucinta, fixou-se os contornos que caracterizam Estado Democrático de Direito. Foi possível demonstrar que a soberania, na democracia, é titularizada pelo povo, que não é um sujeito passivo, apático, objeto de manobras e de discursos demagógicos, mas, sim, a comunidade de legitimados ao processo. Isto garante e, deveras, pressupõe sua participação a todo o momento nos processos de atuação jurídica do poder estatal democrático.

Quanto ao processo, a partir das contribuições de diversos juristas, buscamos retratar como o processo emancipou-se de sua função clássica de instrumento da jurisdição para se transformar em elemento estruturante e imprescindível à constante construção do Estado Democrático de Direito.

O modelo constitucional de processo, sustentado pelas sólidas vigas das garantias constitucionais, em especial, o contraditório (incluindo sua acepção positiva), a ampla defesa, além dos princípios diretivos da Jurisdição, é apto a fiscalizar, reivindicar e impor ao Poder Público o cumprimento e observância dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, eventuais fundamentos fáticos ou jurídicos que se contraponham à efetividade dos direitos fundamentais devem ser formulados na via processual e pelas sólidas balizas/garantias constitucionais, prevalecendo o melhor argumento formulado no espaço processual.

No caso dos direitos fundamentais de caráter positivo ou programático, por exemplo, conforme demonstrado, o processo constitucional tem sido apto a limitar argumentos de reserva do possível quando formulados sem atenção à metodologia normativa processual, em prol da supremacia da Constituição.

Assim, é a intransigível observância das garantias constitucionais no âmbito processual que viabiliza a efetividade de todos os direitos

[75] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit*., p. 891.

fundamentais. Portanto, emerge daí o acerto da teoria constitucionalista do processo ao erigir tais garantias a elementos imprescindíveis à qualificação do procedimento como processo, já que são, por consequência, os mais basilares requisitos da existência digna. A partir dessas sólidas vigas/garantias, é que atua a jurisdição (que no Estado Democrático de Direito é sempre constitucional) e se assegura ao povo o direito de reivindicar, fiscalizar e principalmente construir os próprios direitos fundamentais.

Enfim, o Processo Constitucional permite, então, que os direitos fundamentais não sejam simplesmente concedidos ou reconhecidos como um favor feito pela autoridade, seja ela legislativa, administrativa ou jurisdicional, mas sim que decorram diretamente das proposições e construções feitas na via processual, no espaço procedimental cognitivo-argumentativo, a partir da linguagem jurídico-discursiva apta a impor à autoridade o dever de torná-los efetivos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 87, p. 63-69. jul./set. 1997.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 337, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito.* Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154. , 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do

processo penal a partir da Constituição. *In:* MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do processo Constitucional. *In*: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito processual*: estado democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: PUC Minas. IEC, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito.* Belo Horizonte v. 3, n. 5 e 6, p. 161-169, , 1º e 2º sem. 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia*: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-262.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo,* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial*: a crise jurídica das economias. Leme (SP): Editora de Direito, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. *In:* MACHADO, Felipe Deniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo. Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático.* Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processso ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – "Decidir conforme a consciência"? Protogênese do protagonismo judicial. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo*: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215-250.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-263.

VERSIANI PENNA, Saulo; LARA, Leonardo Augusto Leão; CARVALHO, Newton Teixeira de. Processo, ação e jurisdição em Fazzalari. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. São Paulo: IOBThonson, 2004, v. V.

3

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO CIVIL: INCOMPLETUDE DO TEXTO DO INCISO III DO ARTIGO 791 DO CPC *(OFCO-PRESCRIPTION IN CIVIL ENFORCEMENT:INCOMPLETENESS OF THE TEXT SECTION III OF ARTICLE 791 OF THE CPC)*

José Maria dos Reis[1]

Francis Vanine de Andrade Reis[2]

RESUMO

Verifica-se neste trabalho uma reflexão sobre a incompletude do texto do inciso III, do artigo 791 do CPC, da necessidade de interpretação analógica para sua aplicabilidade e da natureza jurídica da prescrição, em especial, voltada para a prescrição intercorrente do título de crédito no processo de execução civil. Além disso, a busca do termo inicial para contagem do prazo prescricional intercorrente interpretando-se a expressão "último ato do processo". Por final, refere-se quanto à desnecessidade da intimação do credor para a

[1] Juiz de Direito e Professor universitário. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho em parceria com o Ministério Público de Minas Gerais e em Direito Processual Civil pela Fadom.

[2] Advogado e Professor universitário. Especialista em Direito Empresarial pela Fadom e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

AMAGIS NUMERO 11.indb 49 20/06/2015 11:40:22

movimentação do procedimento, por ato de ofício do juiz, se já decorrido o prazo prescricional intercorrente em razão da inércia do exequente em busca de satisfação de crédito.

Palavras-chave: Incompletude. Hermenêutica. Segurança Jurídica. Inércia do Credor. Prescrição.

ABSTRACT

In this present work there is a reflection about the incompleteness of the text of section III, of the article 791 of the CPC, the need of analog interpretation for its aplicability and the legal nature of the prescription, in special, oriented for intercurrent of the title of credit in the implementation process. Besides, the investigation for the first term for counting the limitation period intercurrent interpreting the expression "the last act of the process". At least, the need to subpoena the lender the procedure for handling, by act of the judge's office, intercurrent if the limitations period has elapsed due to the inertia of the creditor seeking satisfaction credit.

Keywords: Incompleteness. Hermeneutics. Legal certainty Lender'sinertia. Prescription.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O tempo, as relações humanas e a segurança jurídica. 3. A força da hermenêutica diante das normas em branco e o texto do art. 791, III, do CPC. 4. Da atual natureza jurídica da prescrição. 5. Da interpretação do 'último ato do processo' como *dies a quo* para o início do prazo prescricional intercorrente. 6. Da desnecessidade de intimação do credor para dar início ao prazo prescricional intercorrente. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que o tempo é fator essencial nas relações humanas e nas pretensões jurídicas, tendo força de criar, fazer nascer, modificar e até extinguir direitos e obrigações. O ser humano, por exemplo, nasce com o tempo, desenvolve-se com ele, modifica-se e extingue-se, assim como nas relações jurídicas em que obrigações nascem, desenvolvem-se, modificam-se e extinguem-se em razão do tempo.

No mundo do Direito, com o tempo surgem oportunidades de movimento e, consequentemente, se não houver movimento no momento que o próprio tempo permite esse desinteresse na movimentação, regra geral, não será protegido pelo ordenamento jurídico. Daí a ideia de preclusão, de decadência, de prescrição.

Em razão do tempo e da inércia é que este trabalho está sendo direcionado a uma reflexão sobre um elevado número de ações executivas de títulos de créditos suspensos por anos e anos, aguardando indicação de bens à penhora, o que tem contribuído para um número exacerbado de feitos sem solução nas Secretarias dos Juízos. Isto leva o pesquisador a cogitar a hipótese de se pensar na construção de regras para aplicação de prescrição intercorrente ao processo de execução civil.

Veja-se, ainda, que o inciso III, do artigo 791 do CPC, de redação defeituosa, não assinala o tempo legal para a referida suspensão, o que tem provocado, na *praxis,* inércia injustificada do exequente.

A presente reflexão traz um olhar sobre as relações humanas, a segurança jurídica, a força da hermenêutica diante da redação defeituosa do dispositivo referendado, analisando, inclusive, a desnecessidade de intimação do credor para dar início à contagem do prazo de prescrição intercorrente na execução civil.

2. O TEMPO, AS RELAÇÕES HUMANAS E A SEGURANÇA JURÍDICA

Não se pode conceber do tempo em si independente do movimento e do repouso das coisas, conforme Lucrécio (ENCICLOPÉDIA, 1994, p. 10.826), pois ele, o tempo, é fator essencial nas relações humanas, assim como nas pretensões jurídicas. O tempo tem força de modificar e até mesmo extinguir direitos e obrigações (ideia de preclusão, prescrição, decadência).

Lucrécio, poeta romano que explicou os fenômenos da natureza de maneira científica, escreveu sobre o tempo (ENCICLOPÉDIA, 1994, p. 10.826):

> O tempo não existe por si mesmo, mas apenas pelos objetos sensíveis de que resulta a noção de passado, presente e futuro. Não se pode conceber do tempo em si independentemente do movimento e do repouso das coisas.

Então, o tempo não existe e não se justifica para as coisas eternas. As coisas, cada qual, tem o seu tempo próprio e, assim sendo, o tempo só existe em razão de movimento.

Não há como ter ideia diversa daquela em que o tempo faz surgir, no campo do Direito, institutos jurídicos como a preclusão, a prescrição e a decadência, com efeitos, inclusive, de extinção ou constituição de fatos geradores de novos direitos, a exemplo da usucapião.

Esse olhar para o fenômeno tempo conduz à visão de outro fator de natureza essencial no ordenamento jurídico, que é a inércia daquele que tinha a oportunidade de movimento e não a utilizou e, em se tratando de titular de um direito, a consequência de uma preclusão. A prescrição, por exemplo, envolve o resultado desses dois fatores: o tempo de movimento e a inércia.

Em razão disso, a compreensão que se tem é de que o tempo de movimento e a inércia são fatores formadores de um verdadeiro princípio a ser observado na construção e estruturação do nosso ordenamento legal, a resultar em segurança jurídica.

A segurança e a certeza do direito sãos indispensáveis para que ocorra estabilização das relações sociais, valor almejado pelo povo brasileiro, conforme expressa previsão do *caput* do artigo 5º, da CF/1988. Ela, a segurança jurídica, tem a força de afastar a desordem, a falta de reconhecimento de direitos e de exigência de obrigações. A Ciência do Direito, portanto, deve evitar, e tem evitado por meio de vários institutos, os inconvenientes da insegurança jurídica.

Silvio Rodrigues (2003, p. 322) deixou registrado que:

> Embora a prescrição se inspire nessa noção de segurança e estabilidade das relações sociais, ela também se justifica na ideia de que, se o titular do direito deixa de exercer a ação, revelando desse modo desinteresse, não merece proteção do ordenamento jurídico. Não há injustiça em privá-lo de uma prerrogativa, pois ele foi o primeiro a desprezá-la. De maneira que, para a prescrição se consumar, indispensável se faz a atitude inerte do titular do direito. Ademais, requer o transcurso de um período de tempo fixado na lei. Veremos que o legislador preceituou uma longa relação de prazos variáveis, para um grande número de ações diversas, indo de um até 10 anos. Os casos não mencionados seguem a regra geral contida no art. 205 do CC.

O tempo está presente em todo o ordenamento jurídico em que o legislador vem assinalando prazo legal (ideia de tempo legal), até mesmo para a suspensão de determinado procedimento, conforme se vê pelo texto do artigo 265**,** § 5º do CPC atual, que assinala um prazo máximo em um ano. Este tempo de inércia demonstra que o nosso sistema processual não admite a perpetuação da lide sem qualquer movimento.[3]

Diante disso, o artigo 791, III, do CPC é de redação defeituosa e, portanto, em se tratando de norma em branco, ou seja, aquela norma em que sua descrição é feita de maneira incompleta, depende de complementação em outra norma já existente no próprio sistema. Daí a necessidade de despertar o intérprete das normas para as regras da hermenêutica.

3. A FORÇA DA HERMENÊUTICA DIANTE DAS NORMAS EM BRANCO E O TEXTO DO ARTIGO 791, III, DO CPC

Os princípios constitucionais da razoabilidade e da isonomia, diante da norma do artigo 791, III, do CPC, levam o intérprete para o mundo da hermenêutica, isto porque o saber do direito não se fecha em si mesmo e nem poderia ocorrer em nenhum fechamento, porquanto os métodos de interpretação são orientações abertas, não se esgotando nas pré-compreensões ou compreensões apressadas.

O intérprete deve orientar-se, deve direcionar-se para novas compreensões em busca de novas possibilidades de interpretação. É assim que o acesso ao texto normativo acaba levando o hermeneuta a novos rumos diante de cada leitura que se faz dos institutos jurídicos, surgindo novos elementos, porque a interpretação não é e nem poderia

[3] Pode-se cogitar que a hipótese em questão envolve verdadeira ausência do pressuposto processual objetivo "demanda", visto que, em que pese o processo civil reger-se, na forma do art. 262, do CPC, pelo princípio do impulso oficial, este é temperado, em situações excepcionais, pela necessidade de movimento pelo autor que, ao abandonar o feito, é punido com seu encerramento sem resolução do mérito. À guisa de exemplo, lembra-se o caso da sucessão processual por morte do réu, em que o autor deve diligenciar a citação do espólio ou sucessores, sob pena de extinção.

ser definitiva.[4] Determinado contexto pode resultar em renovação da efetividade de uma norma trazendo novo horizonte, uma nova visão sobre este ou aquele instituto jurídico.

O ilustre magistrado Dr. Fernando Antônio Ribeiro (2010, p. 74) escreveu sobre *Os Desafios e Transformações da Hermenêutica Contemporânea*, dizendo com muita autoridade, o seguinte:

> Em termos mais gerais, compreender melhor o Direito é ter consciência efetiva da historicidade de sua aplicação, é ter mais a dizer sobre ele, é ser capaz de abrir-se para conjugar ditames normativos, institutos, experiências e teorias de uma maneira sempre renovada e, ao mesmo tempo integrada a uma correta reconstrução da própria tradição.

O intérprete, portanto, deve partir da ideia de que nada, mas nada mesmo no Direito pode ser considerado eterno e sem solução e, quando diante de uma norma em branco, deverá procurar completá-la, preenchê-la para sua efetiva aplicação diante das demais normas existentes no ordenamento jurídico. Esse exercício deve ocorrer, entre outras situações, quando da leitura do artigo 791, III, do CPC atual, porquanto é uma norma que depende da consciência efetiva de sua aplicação para não cair no erro de compreensão de que a suspensão da execução naquela hipótese seria *ad eternum*. É que o tempo não existe e não se justifica para as coisas eternas.

Quando o dispositivo em comento deixa de determinar um tempo legal (prazo) para a suspensão da execução, numa leitura apressada tem-se que a suspensão seria de natureza *sine die*, eterna, o que é danoso e perturbador para o devedor, resultando em verdadeira ofensa à segurança jurídica e ao princípio da razoabilidade.

Suspensão indefinida, portanto, resultaria na ideia equivocada de que as coisas materiais podem ser eternas, no raciocínio, também equivocado, de que o tempo de movimento e a inércia não seriam capazes de influenciar na construção e estrutura do ordenamento jurídico.

---

[4] Numa hermenêutica mais moderna, pode-se pensar que o objetivo da atividade do intérprete não é "descobrir" o sentido da norma, mas "construir" o sentido desta, considerando que o Direito, como ciência social aplicada, tem como objetivo buscar a melhor solução possível para problemas concretos. Sobre o tema sugere-se a imprescindível leitura de Karl Popper (1998).

A inércia daquele que tinha oportunidade de movimento no ordenamento jurídico, em especial, só pode ser entendida como situação provisória e temporária, com a interrupção, também, provisória do tempo do procedimento. Outra compreensão estaria distanciada do *logus* do razoável.

Aliás, o STF fez editar a Súmula 150, ainda em vigor, em razão, com certeza, também da incompletude do dispositivo em análise, nos seguintes termos: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

Ora, então, a suspensão prevista no artigo 791, III, do CPC, não pode, por questão de razoabilidade, ser interpretada como *ad eternum*. Tanto isto é evidente que o CC/2002, no parágrafo único do artigo 202, regula a situação provisória e temporária da norma em questão, prescrevendo: "A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper".

A partir dessas reflexões, surge a necessidade de uma maior compreensão do instituto da prescrição, em especial, na execução civil.

4. DA ATUAL NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO

O Ministro Bento de Faria, ao seu tempo, citado por Carvalho Santos, também ao seu tempo (1991, p. 441), escreveu o seguinte sobre prescrição:

> Partindo do pressuposto de que a prescrição se justifica em razão de elevados interesses sociais, sendo considerada como medida de ordem pública, reclamada por conveniência da ordem social, para estabilidade de todas as relações jurídicas, argumenta o douto jurista: "Se é esse o fundamento da prescrição porque, como observa TROPLONG – tudo deve ter fim e o Estado é interessado em que os direitos não permaneçam por muito tempo sem exercício (*prescription, n. 13);* se com tal dispor, assentando na – *negligência* – a razão de imputabilidade contra o titular de crédito, se procurou prescrever o regime nas ações perpétuas, já malferidas desde 424, por TEODÓSIO, o jovem; parece que permitir, ilimitadamente, a interrupção do prazo respectivo não removeria, mas faria surgir esse – *periculum litium.*

Com base na ideia de que a prescrição tem como fundamento a segurança jurídica, modificada pela Lei 11.280/2006, em que pelo texto do artigo 219, § 5º, do CPC, teve sua natureza jurídica elevada à categoria de "matéria de ordem pública", assim como a preclusão e a decadência, passou a ser cognoscível oficiosamente pelo magistrado.

É bem de ver que a prescrição deve opor-se ao interesse particular do titular do crédito e assim ser reconhecida de ofício pelo juiz, a fim de atender ao interesse social e evitar a perpetuidade das ações.

É assim que, se o credor não toma providências em busca da efetivação de um direito seu, a permanência na falta de uma movimentação (inércia) resulta em incerteza, o que o ordenamento jurídico não tolera. Não o tolerando, é que surge o dever de o magistrado fazer cessar o estado antijurídico, que surgiu com a inércia do credor, reconhecendo, de ofício, a prescrição. Compreender de forma diferente seria deixar de observar, inclusive, a regra da duração razoável do processo insculpida no artigo 5º, LXXVIII, da CF/1988, marco para a construção, inclusive, de um Judiciário mais eficiente e racional.

Portanto, a prescrição só será pronunciada de ofício pelo juiz se ficar constatada a inércia do credor durante prazo que possa resultar na sua intercorrência.

Fixada a natureza e fundamento da prescrição, a pesquisa nos leva, agora, ao tema central do presente artigo: a análise da chamada "prescrição intercorrente" na execução civil.

5. DA INTERPRETAÇÃO DO 'ÚLTIMO ATO DO PROCESSO' COMO *DIES A QUO* PARA O INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL INTERCORRENTE

A leitura que se faz é de que o nosso ordenamento jurídico contempla, sim, o *dies a quo* para que ocorra a prescrição intercorrente do crédito em execução civil, numa demonstração lógica de que não há como sustentar uma suspensão do processo *sine die*, ou de natureza eterna.[5]

[5] Nesse sentido, vale a pena citação da obra de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2009, p. 659): "Em outras palavras, a prescrição intercorrente é verificada pela inércia e ininterrupta do autor no processo já iniciado, durante o tempo suficiente para a ocorrência da própria perda da pretensão. De modo

Fosse diferente, seria ofensivo ao princípio constitucional da razoabilidade e, em especial, da isonomia, a considerar a existência da provisoriedade diante, por exemplo, da Fazenda Pública, conforme se vê pelo teor da Súmula 383 do STF, e da insolvência jurídica prevista no artigo 777 do CPC, além de contemplar a perpetuação da lide, o que feriria e fere o princípio da duração razoável do processo instituído pela EC/45 de 2004.

Se o dispositivo legal em comento não estipula o prazo de suspensão da execução, numa aplicação analógica ao que ocorre na execução fiscal prevista no artigo 40, § 2º da Lei 6.830/1980, decorrido o prazo máximo de um ano, sem que sejam encontrados bens penhoráveis ou o devedor, diligências que devem ser tomadas pelo próprio credor (ideia de direito disponível e princípio dispositivo), os autos serão remetidos ao arquivo com reinício da contagem do prazo prescricional ("prescrição intercorrente na execução fiscal", aplicando-se, inclusive, o Enunciado 314 do STJ).

A execução, assim, de ofício, será extinta após o transcurso do prazo prescricional do crédito a favor da Fazenda Pública, independente de nova intimação dela para eventuais providências (matéria de ordem pública).

Ora, a aplicação analógica com a regra do prazo prescricional para a execução fiscal tem por finalidade obedecer aos princípios:[6] a) da duração razoável do processo, insculpido no artigo 5º, LXXVIII da CF/1988, com a redação que lhe deu a EC/45, de 2004; b) da razoabilidade e proporcionalidade, à vedação de sanções de caráter perpétuo, ou seja, de que não haverá penas de natureza perpétua, e sanção civil deve ter a mesma natureza jurídica de pena (art. 5º

evidente, havendo andamento regular e normal do processo, não haverá prescrição intercorrente".

[6] Por todos, vale a pena citar a clássica lição de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 784) sobre o tema: "É por isso muito razoável o entendimento de que, perdurando mais de um ano a paralisação por falta de bens, a partir de então comece a fluir o prazo para uma prescrição intercorrente se o executado nada diligenciar com o objetivo de localizar o que penhorar. Essa é a solução adotada nos executivos fiscais, onde, por imposição do artigo 174 do Código Tributário Nacional, após passado um ano sem se encontrarem bens, começa a fluir o prazo para a prescrição intercorrente; [...]".

XLVII, 'b' da CF/1988); c) ofensa ao princípio da simétrica paridade para com a Fazenda Pública; ao princípio da dignidade humana; da segurança jurídica, aliás, os quais foram muito bem analisados por Gamaliel Seme Escaff (2009), Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sobre o disposto no artigo 791, III, do CPC.

É oportuno registrar suas reflexões feitas quanto ao princípio da razoável duração do processo no referido artigo jurídico:

> Com efeito, se por um lado, tem o cidadão autor, nessa formulação genérica e lacunosa, assegurada a razoável duração do processo, por outro lado o Judiciário não pode manter a venda sob seus olhos para não enxergar a situação de um réu que por força de qualquer circunstância judicial, fica obrigado a carregar por toda a sua (miserável, muita vez) existência, um processo fadado a absolutamente nada, sem qualquer resultado prático vislumbrável, apenas como um estorvo ao seu exercício pleno de cidadania, tolerável por certo intervalo de tempo, mas insuportável enquanto supressor da chance de recomeçar ou retornar sua vida. E não é sem fundamento que esse direito subsiste, pois quando observado o texto constitucional, de pronto, já ao começo, ressalta que é 'a todos' que a norma se dirige. Obviamente, o réu se insere nesse contexto.

Quando da análise dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diz o eminente Desembargador:

> Foge ao razoável, a aceitação de um processo de execução de dívida que tenha uma longevidade infinita, ao passo que processos por crimes contra a vida, encontram finitude em prazos bem definidos. Fere, também, o princípio da proporcionalidade vislumbrar essa inversão de valores que certamente não foi desejada pelo legislador processual, mas que por um vacilo qualquer se estampou em nosso sistema de modo a reclamar uma correção por parte do Poder Judiciário a tamanha injustiça social. Princípio que veda expressamente a existência de sanções de caráter perpétuo, art. 5º, XLVII, 'b': Não haverá penas (...) de caráter perpétuo. Em que pese o texto Constitucional está direcionado especificamente para a pena de natureza criminal, é evidente que o princípio que se encerra nessa norma é o de que nenhuma sanção, seja ela civil ou penal, deverá conter essa característica.

Por fim, não pode ser diferente quando a execução civil envolver cumprimento de sentença, atenção que deve ser centrada nos termos

do artigo 475- J, § 5º do CPC, a considerar, também, sua peculiar incompletude.

É que o § 5º do referido dispositivo assinala um prazo de seis meses para o credor requerer o cumprimento de sentença (ideia de movimento) e se no referido interregno ocorrer a inércia do mesmo, os autos serão arquivados com a faculdade de requerimento de nova movimentação posteriormente sem mesmo indicar em qual tempo, e se referido prazo de seis meses teria a força de interromper ou mesmo suspender o prazo prescricional.

Depreende-se do enunciado do dispositivo que, decorrido o prazo de seis meses, não havendo qualquer movimentação por parte do credor (inércia), o desinteresse dele não tem força de suspensão e nem de interrupção do eventual prazo prescricional intercorrente, exceto se ele, posteriormente, vier a justificar a ocorrência de eventual hipótese de interrupção da prescrição como, por exemplo, uma comprovada incapacidade civil ao tempo do início do lapso temporal prescricional.

Decerto que surge a necessidade de aplicação da analogia, já que o texto legal nada esclarece sobre a duração da referida suspensão, conduzindo o intérprete a uma visão sobre o sistema jurídico como um todo, como já registrado alhures no momento da análise do inciso III, do artigo 791 do CPC.

A regra prevista no § 5º do artigo 475-J do referido Código traz, também, inquietude no intérprete porque, se a sentença não cria direito, mas tem força de declarar o preexistente, na ocorrência de seu trânsito em julgado, a pretensão do jurisdicionado consolida-se em busca de satisfação do direito declarado.

Daí é que surgem vários olhares para vários dispositivos legais como, por exemplo, o que preceitua o artigo 25, II, da Lei 8.906/1994, fixando o prazo de cinco anos a contar da data do trânsito em julgado da sentença para a cobrança da verba honorária fixada; artigo 206, § 5º, I, do CC/2002 se a sentença for considerada como instrumento público; artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932 em que regulamenta a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública, para citar apenas alguns dispositivos referentes ao prazo prescricional para o título judicial.

Pois bem, a propositura do cumprimento de sentença deferida pelo juiz tem força de interromper o prazo prescricional, nos termos

do artigo 617 do CPC, de aplicação subsidiária prevista no artigo 475-R do mesmo Código. Se o credor nada requereu, resultando, inclusive, no arquivamento dos autos após o prazo de 6 meses de inércia, a prescrição intercorrente estará ocorrendo desde o trânsito em julgado da decisão (sentença ou acórdão), em razão da falta de hipótese de ato interruptivo ou suspensivo da mesma. É que o início do cumprimento de sentença só ocorrerá por ato exclusivo do credor.

De outro lado, o devedor poderá impugnar o cumprimento da sentença, alegando prescrição (art. 475-L do CPC), prescrição esta do crédito exequendo e não da ação de conhecimento, já superada pelo trânsito em julgado.

Se a norma, também, é incompleta e se o pedido de desarquivamento por parte do credor não ocorreu em cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão judicial (título judicial), não havendo pagamento voluntário por parte do devedor, resultará na prescrição intercorrente do crédito reconhecido no referido título, numa aplicação analógica ao prazo prescricional para a cobrança de honorários fixados em sentença com trânsito em julgado, bem como de execução contra as Fazendas Públicas.

Por fim, o princípio da simétrica paridade entre as partes não seria observado em razão da distinção entre o processo de execução fiscal (art. 40, § 2º, da LEF) e de execução perante o devedor insolvente (art. 777 do CPC), ambos com previsões expressas sobre o termo *a quo* para o curso da prescrição intercorrente, com o processo comum de execução civil.

Não há duvida, portanto, de que o sistema jurídico brasileiro contempla um tempo de sobrevivência para a ação de execução civil, podendo ocorrer a prescrição intercorrente, por inércia do credor.

O que se coloca à reflexão doravante é, justamente, o *dies a quo* para sua contagem.

Na forma do artigo 202, I, do CCB, a prescrição é interrompida pelo despacho inicial positivo na ação judicial de cobrança do crédito, desde que o réu seja validamente citado (art. 219, §1º do CPC), quando este efeito será retroativo à data do ajuizamento da ação (art. 263 do CPC).[7]

[7] "Em nosso entendimento, o disposto no art. 202, I, do Novo Código Civil não entra em rota de colisão com o art. 219 e parágrafos do Código de Processo

A questão que se coloca é quanto à possibilidade de reinício da contagem do prazo prescricional, situação regulada pelo artigo 202, parágrafo único, do CCB.

Nele, a expressão "último ato do processo" é que tem levantado críticas e reflexões, em razão da sua falta de clareza na compreensão de seu sentido. Veja-se que se compreendia que o trânsito em julgado era o marco de início da recontagem do prazo prescricional,[8] o que já não mais se sustenta, como regra absoluta, após o advento da Lei 11.232/2005, a qual, ao adotar técnica de sincretismo processual, incluiu a antiga ação de execução autônoma de título judicial como fase de cumprimento de sentença, em que o trânsito em julgado da fase de conhecimento deixa de ser o último ato do processo.

Além do mais, mesmo na execução de título extrajudicial, há dúvidas quanto à validade e eficiência da vinculação da "expressão último ato do processo" ao trânsito em julgado, visto que, pelo princípio do "desfecho único", tal relação processual se encerra com sentença declaratória de extinção da obrigação, na forma dos artigos 794 e 795 do CPC.[9]

A propósito, com propriedade, registra Vilson Rodrigues Alves (2004, p. 669): "O prazo prescricional intercorrente começa a fluir a partir do momento em que o titular da pretensão deixa de movimentar o processo, quando lhe cabia isso".

Em outro trecho de sua obra, Alves conclui o raciocínio acima esposado (2004, p. 678):

Civil, devendo as referidas regras ser interpretadas harmonicamente. Vale dizer: exarado o despacho inicial positivo de citação ("cite-se"), os efeitos da interrupção do prazo prescricional retroagirão até a data da propositura da ação, desde que a parte promova a citação nos prazos legalmente previstos. Este é o melhor entendimento." (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 510).

8 Por todos cita-se Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 511): "Assim, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória nasce novo prazo para a pretensão executória".

9 Em que pese a posição majoritária da literatura jurídica ser no sentido de ausência de formação de coisa julgada na sentença do art. 795 do CPC, defendemos sua natureza declaratória já que parte do pressuposto do reconhecimento judicial de um fato processual: a extinção da obrigação.

> A segunda parte do art. 202, parágrafo único do Código Civil, há de ser lida como se nela estivesse escrito que a prescrição interrompida recomeça a correr do último ato praticado no processo para a sua interrupção e não somente o último ato do processo.

Em outro aspecto, a regra não se confunde com o texto do artigo 777 do CPC que faz referência à insolvência civil (ou execução concursal) e isto porque, ao contrário da execução comum, cuja suspensão do processo pode ser baseada na ausência de bens penhoráveis (insolvência de fato), naquela há necessidade de pronunciamento judicial com a constituição de situação jurídica nova com, inclusive, redução da capacidade civil do executado (art. 752, do CPC).

Noutra reflexão, o texto do parágrafo único do artigo 202 do CC/2002 repete a mesma regra que existia no artigo 173 do CC revogado e, ao tempo do insigne Carvalho Santos, a sua compreensão sobre o texto legal em questão era de que se tratava de uma redação defeituosa, mal redigida, falando em último ato do processo para interromper, quando não se exige processo especial para haver a interrupção. O processo é o próprio da demanda, cuja citação inicial operou a interrupção da prescrição (1991, p. 438).

Portanto, o "último ato processual" ocorre quando o credor, com vistas dos autos, requer a suspensão do andamento até que bens penhoráveis sejam encontrados, numa demonstração inequívoca de que se trata de último ato praticado pelo credor no processo, oportunidade em que terá para diligenciar sobre existência de bens à penhora. Desta forma, não há necessidade de prévio escoamento do prazo de um ano de suspensão do processo, como defendido por Dinamarco, visto que esta é regra específica para a Fazenda Pública e decorre da ideia de prerrogativa processual da mesma.

Antônio Pereira Gaio Júnior foi mais objetivo quando esclarece que, se os autos foram enviados ao arquivo aguardando indicação de bens à penhora, por requerimento do próprio credor, a partir daí começa a contagem do prazo prescricional intercorrente.[10]

[10] "Assim, se o credor não dá andamento à execução, os autos serão remetidos ao arquivo, aguardando provocação do interessado. A partir dessa remessa ao arquivo, por inércia do interessado, passará a fluir o prazo da prescrição

Nesses cenários de ideias, evita-se a prescrição intercorrente se houver impulso processual por parte exclusivamente do credor antes de escoado o prazo de sua caracterização, ainda que deste impulso não resulte na localização de bens a serem penhoráveis, como leciona Luiz Guilherme Marinoni e Guilherme Cruz Arenhart (2007, p. 346):

> Evita-se a ocorrência da prescrição intercorrente com o impulso processual antes de escoado o prazo de sua caracterização, ainda que deste impulso não resulte a localização de qualquer bem penhorável. Vale dizer que a prescrição intercorrente fica inibida se o exequente dentro do período apropriado requer o prosseguimento do feito, indicando providências a serem adotadas para a busca de bens penhoráveis. Ainda que não se encontrem bens, descaracteriza-se a paralização por culpa do exequente, o que é suficiente para evitar a prescrição intercorrente.

O início do prazo prescricional de natureza intercorrente, então, já se inicia da referida data, ou seja, da data do requerimento para o arquivamento provisório dos autos no aguardo de indicação de bens à penhora, e não do arquivamento que pode demorar em razão da própria estrutura procedimental (conclusão ao juiz com um número excessivo de outros feitos, retardando a providência do arquivamento), pena de criação de uma situação jurídica incompatível com a ordem social e com o interesse do Estado, em se tratando de manifesto abandono por parte do credor.

Assim é que, se uma ação de execução cambial, que prescreve em três anos, por exemplo, já esteja paralisada, aguardando indicação de bens à penhora, por tempo excedente ao referido prazo, incontestavelmente ocorrerá a prescrição intercorrente por manifesto abandono do credor que tinha o dever de diligenciar em busca de encontro de eventuais bens à penhora e não o fez (configuração de negligência do credor). O novo prazo para ocorrência da prescrição intercorrente surge do último ato judicial que se praticou com o pedido

---

intercorrente que, a princípio, só existe no processo de execução, porque, no processo de conhecimento, não se permite que o próprio processo fique parado por demasiado tempo, sob pena de extinção, visto que, o autor não der andamento ao mesmo, o juiz mandará intimá-lo para que, em 48 horas, o faça" (2008, p. 261).

de suspensão da execução no aguardo de indicação de bens à penhora por pretensão exclusiva do credor.

Da mesma forma, deve ocorrer quando do cumprimento da sentença, como já registrado, ou seja, se o credor nada requereu, resultando no arquivamento dos autos após o prazo de 6 meses, a prescrição intercorrente estará ocorrendo desde o trânsito em julgado, em razão da falta de hipótese de ato interruptivo ou suspensivo da mesma porque não ocorreu requerimento de cumprimento de sentença.

Fixadas essas premissas, o momento é de testificar a tese da necessidade de prévia intimação do credor para início da contagem do prazo da prescrição intercorrente.

6. DA DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO CREDOR PARA DAR INÍCIO AO PRAZO PRESCRICIONAL INTERCORRENTE

Tem-se posicionado o STJ no sentido de que o prazo de duração da suspensão da execução civil não pode ser indeterminado, devendo vincular-se ao prazo prescricional do título exequendo, conforme REsp 327.329-RJ.[11]

Ora, não há dúvida de que o referido entendimento não trouxe qual seria o momento para a intimação do credor tomar providências, surgindo daí as interpretações sobre a aplicação do artigo 40 da Lei 6.830/1980, bem como prescrição do respectivo crédito tributário previsto no artigo 174 do CTN.

[11] "PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. SUSPENSÃO. NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. ART. 791-III, CPC. PRAZO. VINCULAÇÃO À PRESCRIÇÃO DO DÉBITO. PRECEDENTES. ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. – O prazo de suspensão da execução, com base no art. 791-III, CPC, vincula-se à prescrição do débito exequendo, cujo prazo, em regra, não tem curso durante a suspensão, ainda que se trate de prescrição intercorrente, sendo de ressalvar-se, todavia, que flui o prazo prescricional se o credor não atender às diligências necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las. (REsp 327.329/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14.08.2001, *DJ* 24.09.2001, p. 316).".

No caso da Fazenda Pública como credora, a mesma não precisa ser intimada para tomar providências no prazo de prescrição, porque o artigo 174 do CTN preceitua que a prescrição intercorrente ocorrerá simplesmente da permanência inerte da Fazenda Pública por cinco anos.

Na forma do texto do artigo 40 da Lei 6.830/1980, a execução fiscal será suspensa, pela falta de localização do executado ou de bens penhoráveis, por um ano, em ato oficioso do juiz, devendo desta decisão ser intimada a Fazenda Pública. A regra em questão se justifica, porque não foi o credor fiscal quem teve a iniciativa de pedir a suspensão do feito, mas ato oficioso do magistrado.

Ora, na execução civil, ao contrário, quem toma a providência de pedir a suspensão por ausência de bens é o credor, após ser intimado pelo magistrado a dizer sobre a certidão negativa de bens a serem penhorados. Logo, a situação é completamente diversa da suspensão prevista na Lei de Execução Fiscal.

Veja-se, ainda, que na forma do §4º do supracitado artigo 40 da Lei 6.830/1980, a Fazenda Pública será intimada para manifestar sobre a ocorrência da prescrição, mas não para impedi-la, já que o ato/fato jurídico já se consumou, tendo a decisão judicial natureza declaratória.

A intimação do credor, como marco inicial da prescrição intercorrente, após decurso do prazo prescricional do crédito durante a suspensão do feito por falta de bens penhoráveis, ou falta de requerimento do cumprimento de sentença, seria ensejar uma oportunidade de recuperação de interrupção da prescrição já ocorrida, como já registrado, providência não prevista em lei e não querida pelo próprio credor, a considerar sua conduta de inércia (princípio dispositivo). Aliás, no momento em que foi intimado para indicar bens à penhora em razão da falta de localização de bens, todas as diligências necessárias para o andamento do feito passam a ser de titularidade do próprio credor.

A interpretação tradicional tem-se pautado por um contrassenso: o crédito constante de uma nota promissória, em execução comum, por exemplo, só prescreverá, no mínimo, após 10 (dez) anos de inércia do credor, visto que o juiz deverá aguardar cinco anos (prazo prescricional) para intimá-lo a movimentar o feito... Não parece,

com todo o respeito às opiniões em sentido contrário, ser esta uma hermenêutica que se coaduna com o princípio da duração razoável do processo.

De outro lado, aquela providência tomada no artigo 267, § 1º do CPC, para suprir eventual falta em 48 horas, pena de extinção, é matéria exclusivamente processual, o que não se confunde com o instituto da prescrição, que envolve direito material. Aquela intimação é necessária, como pressuposto para extinção do processo sem resolução do mérito, se este se encontra paralisado aguardando providência de titularidade do autor, hipótese rara em que o princípio dispositivo suplanta a incidência do princípio do impulso oficial. Ora, tal situação pode ocorrer, por exemplo, se intimado o credor, não indica bens ou requer a suspensão do feito para tal providência, já que o magistrado não tem a prerrogativa de pesquisa oficiosa de bens do executado.

Daí é que, para que ocorra o marco inicial da prescrição intercorrente na execução civil não há necessidade de intimação pessoal do credor. Por outro lado, se o direito material já estiver fulminado pela prescrição, a intimação também é desnecessária, porque pode, o juiz, reconhecê-la de ofício.

É que não se trata de ato inquisitório e nem hipótese de providências cautelares urgentes que poderiam autorizar o magistrado a ordená-las de ofício (art. 793 do CPC). Portanto, se o magistrado age de ofício, provocando o credor, estará resgatando prazo que não encontra amparo legal, o que, salvo melhor juízo, ofende o artigo 125, I, do CPC, ao determinar que as partes sejam tratadas com isonomia no processo.

Não há dúvida de que as normas precisam ser interpretadas sistematicamente e se uma norma é incompleta ou omissa sobre determinado ponto, caberá a aplicação da regra prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A interpretação que vem sendo dada à questão de que se torna necessária, por ato de ofício do juiz (atitude inquisitória) a intimação do credor, após já decorrido o prazo prescricional para a ação de execução em razão da inércia do próprio credor, não se sustenta porque "o desinteresse do credor revelado no tempo não merece

proteção do ordenamento jurídico" (RODRIGUES, 2003, p. 322). Não haverá nenhuma injustiça privá-lo de uma prerrogativa, se ele mesmo foi o primeiro a abrir mão dela, a desprezá-la por tempo suficiente a resultar na prescrição intercorrente da pretensão consubstanciada em seu título.

Se o juiz, por ato de ofício, determinar a intimação do credor para que tome providências a respeito da execução suspensa até que se encontrem bens penhoráveis (ato praticado pelo credor e diligências que deverão ser tomadas por ele), a referida determinação é de natureza graciosa, porquanto não há nenhuma norma jurídica a exigir a medida inquisitória, não se tratando de hipótese de providências cautelares urgentes.

Pode se defender a intimação do credor, a exemplo do previsto no § 4º do artigo 40, da Lei 6.830/1980, para dizer sobre eventual ocorrência da prescrição intercorrente, como ato de obediência ao princípio do contraditório, em seu aspecto não surpresa.[12] Tal intimação prévia visa, tão somente, permitir que o exequente apresente ao magistrado alguma causa impeditiva ou suspensiva da prescrição não indicada nos autos, sem supressão de instância. Não tem o condão, porém, de impedir a ocorrência do fato já sucedido: a consumação da prescrição.[13]

---

[12] Sobre o tema, em visão precursora da tese que se adotada no Novo CPC (Lei 13.105/15), veja-se a lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1994, p. 11): "Mesmo a matéria que o juiz deva conhecer de ofício, impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por sinal, é bem possível, recolha o órgão judicial, dessa audiência elementos da desnecessidade, inadequação ou improcedência da decisão que iria tomar. Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o Juiz ou o tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório.".

[13] O Novo CPC (Lei 13.105/15) prevê expressamente esta interpretação em seu art. 880, V e parágrafo único, *in verbis:* "Art. 880. Extingue-se a execução quando: [...] V – ocorrer a prescrição intercorrente; [...] VI – o processo permanece suspenso, nos termos do art. 877, incisos III e IV, por tempo suficiente para perfazer a prescrição. Parágrafo único. Na hipótese de prescrição intercorrente, deverá o juiz, antes de extinguir a execução, ouvir as partes, no prazo comum de cinco dias."

A atitude inerte do titular do direito, ou seja, seu desinteresse pela execução em busca de diligências para satisfação de seu crédito, não pode merecer proteção do ordenamento jurídico, pena de ofensa ao princípio da reserva legal, da isonomia e tem aparência de ato legislativo, que foge da função jurisdicional. Não cabe, sequer, interpretação analógica aos termos do artigo 793 do CPC, exceto se a situação envolver direito indisponível, que resultaria em medida de ordem pública.

Sendo assim, a eventual medida *ex officio*, de natureza inquisitória, feriria e fere o Estado Democrático de Direito, que deve ser regido pelos princípios da legalidade e da supremacia da Constituição Federal.

Em outro aspecto, a referida providência judicial em análise seria uma atitude meramente processual (encerramento do processo por inércia após trinta dias de abandono – hipótese prevista no artigo 267**,** III do CPC) e não de direito material com reconhecimento de prescrição intercorrente.

7. CONCLUSÕES

Encerrado este estudo, percebe-se que a redação do inciso III**,** do artigo 791 do CPC, bem como do § 5º, do artigo 475-J, do mesmo Código, são defeituosas e, quando isso ocorre, o intérprete deve valer-se das regras da hermenêutica jurídica, a fim de afastar-se de pré-compreensões ou compreensões apressadas.

Percebe-se, também, que o tempo não existe e não se justifica para as coisas eternas e assim sendo, a suspensão do processo de execução *sine die* não tem sentido em razão da inércia do credor.

Por fim, decorrido o prazo prescricional para a execução, a contar do último ato do processo, que deve ser entendido como o último pedido de suspensão feito pelo credor nos autos, ou da falta de requerimento de cumprimento de sentença, considerando que a prescrição no ordenamento jurídico atual é de ordem pública, deve ser pronunciada pelo juiz, independentemente de intimação do credor, porquanto, se isto ocorre, o magistrado estaria e estará, de maneira injustificada, resgatando graciosamente, a favor do credor, em desfavor do devedor (ofensa à isonomia), o prazo prescricional já

decorrido, o que resultaria em providência ilegítima diante do Estado Democrático de Direito.

Eventual intimação prévia do credor à decretação da prescrição já ocorrida apenas importa em obediência ao moderno conceito de contraditório em seu aspecto não surpresa, para que este tenha oportunidade, tão somente, de demonstrar suposto equívoco do julgador na contagem do prazo, ou causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, sem supressão de instância.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. I.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. 2.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil*: execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3.

MIRADOR. *Enciclopédia Britânica do Brasil*. Rio de Janeiro, 1994, v. 19, p. 10.826.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, ano 19, n. 73, p. 07-14, jan./mar. 1994.

POPPER, Sir Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, v. I e II.

RIBEIRO, Fernando Antônio. Os desafios e transformações da hermenêutica contemporânea. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte, ano V, n.3, 2010. p. 65-78, jan./jun.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil*: teoria geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, v. III.

SCAFF, Gamaliel Seme. Artigo jurídico. *Revista On line. Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário.* 2009. Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=l40#_ftn1>. Acesso em: 20 dez. 2014.

4

MORAL, DIREITO E PÓS-POSITIVISMO

Luís Carlos B. Gambogi[1]

RESUMO

Vem do racionalismo do século XVIII, fundado especialmente no raciocínio desenvolvido por Kant sobre Moral e Direito, agravado pelo impacto do positivismo que emerge no século XIX, e que vai até meados do XX, a compreensão que intenta desfazer os laços que aproximam o fenômeno jurídico da Moral, entendimento que acaba por expulsar o Direito do território da Ética. Trata-se de um grande equívoco. Somente conseguimos entender o Direito "como ideia ética, como estrutura lógica da ideia ética",[2] isto é, como racionalidade lógica e moral. Direito e Ética formam uma combinação poderosa: juntos, são capazes de produzir a luz que procuramos no jurídico. Direito apartado da Ética é – para nós – ininteligível. Estamos em que ameaça mais a nossa Ciência que a ausência de uma definição sobre a qualidade moral do Direito. Essa é, para nós, uma questão vital. É uma questão de natureza política, e, não obstante, teórico-jurídica.

Palavras chave: Ética. Moral. Direito e Pós-Positivismo.

---

[1] Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor do Bacharelado e do Mestrado na Universidade Fumec, em Belo Horizonte.

[2] BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito.* Interpretação antropológica. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 127.

AMAGIS NUMERO 11.indb 71 20/06/2015 11:40:24

ABSTRACT

Comes from the rationalism of the 18th century, especially established in the thought developed by Kant about Moral and Law, aggravated by the impact from positivism that emerges in the 19th century, and that goes to the mid-20th, the understanding that tries to undo the ties that approaches the legal phenomenon of moral, perceptive that ultimately expel the Law of the Ethics's territory. This is a big mistake. We can only understand the law "as an ethical idea, as a structure of the logical ethical idea," in other words, as a rationality logical and moral. Law and Ethics form a powerful combination: together are capable of producing the light we seek in the legal world. Law apart from Ethics is - for us - unintelligible. Threatens more our Science that than the absence of a definition of the moral quality of law. This is, for us, a vital issue. It is a political, and yet, theoretical-legal issue.

Keywords: Ethics. Moral. Law. Post-Positivism.

SUMÁRIO: 1. Ética: moral e direito. 2. Moral, direito e pós-positivismo. 3. Referências bibliográficas.

1. ÉTICA: MORAL E DIREITO

Longa tem sido a caminhada, penoso tem sido o nosso esforço no sentido de nos desembrulhar do que éramos e nos constituir no que somos, não obstante sejamos tão pouco. Ainda assim, não teríamos sequer dado os primeiros passos se não fosse a nossa capacidade de pensar eticamente. Somos seres éticos. É por meio da Ética que o homem rompe com suas raízes animais, transcende a si mesmo e se coloca no mundo. A Ética é uma de suas maiores obras e não existe, na História, registro de tenha havido uma cultura sem elementos normativos, sem preceitos éticos. A Ética constitui um saber que se espraia pela cultura de um povo a iluminar-lhe os passos, a ofertar critérios racionais para a conduta humana em sociedade, critérios estes que são fixados à vista de seus valores, conhecimentos e tradições da sociedade que rege.

Ética, etimologicamente, deriva do *ethos*, expressão grega que pode ser entendida como costume, teoria ou ciência dos costumes. Pode também ser inteligida como morada, morada dos valores humanos, e

como caráter. Não deve ser confundida com Moral, do latim *mores*, e que é também compreendido como costume, embora carregue índole diferente da contida no *ethos*. Ambas as expressões, não obstante exprimam o mesmo sentido, foram gestadas em ambientes culturais diferentes. A Ética tem natureza teórica, é especulativa, filosófica por excelência, ao feitio dos gregos, e, assim, dedica-se a estudar os sistemas, os princípios essenciais e o fundamento para o agir humano em sociedade; a Moral, ao contrário, ao estilo dos romanos, volta-se para a conduta concreta do homem, é um saber prático, atrelado ao espírito prático de viver e de pensar, repousando em princípios vividos e assimilados no plano individual, razão pela qual é histórica. Eis a razão pela qual os códigos para o exercício profissional são códigos de ética, não de códigos de moral.

Segundo Yves de La Taille, "a convenção mais adotada para diferenciar o sentido de moral do de ética é reservar o primeiro conceito para o fenômeno social, e o segundo para a reflexão filosófica científica sobre ele".[3] Naturalmente que a ética não pode nem deve fechar os olhos para os problemas morais concretos, sob pena de converter-se numa engenharia lógica impraticável. De igual modo, nenhuma situação enfrentada pelo homem, por mais contingente e singular que seja, poderá ser resolvida sem que se considere os princípios éticos implicados. Poder-se-ia dizer que a Ética persegue o ideal, a Moral, o historicamente possível.

Ética é, portanto, a expressão teórico-normativa de uma sociedade e constitui um dos elementos da cultura. Manifesta-se, o fenômeno ético, no que toca à sua natureza, como regra moral, como costume, etiquetas e, também, como estrutura objetiva, na forma de normas jurídicas.

Esclarece Cláudia Toledo que "a lei, sendo realidade objetiva do *ethos*, é resultado do conhecimento e da vontade (consciência) dos cidadãos socialmente situados, apresentando-se como positivação dos valores por eles entendidos (razão) e julgados (liberdade) como jurídicos".[4]

---

[3] LA TAILLE, Yves de. *Moral e ética*. Dimensões intelectuais e afetivas. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 26.

[4] TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 45. Cf. também, BROCHADO, Mariá. *Consciência*

Tanto a Moral como o Direito situam-se, sob o ponto de vista ontológico, no território da Ética, tratando, ambos os temas, da problemática da conduta humana em sociedade. Diríamos que o homem, em razão de sua liberdade, de sua sociabilidade,[5] e de sua racionalidade ética, está condenado a fazer opções, escolhas; vê-se compelido a ser livre (Sartre), vê-se condenado a construir a si mesmo. Os propósitos da Ética, no entanto, não são os de suprimir a liberdade, mas, sim, o de guiar-lhe os passos.

Como escreve Joaquim Carlos Salgado,

> o *ethos* existe do ponto de vista racional, é característica da liberdade do homem. Porque o homem é livre cria sua cultura e, nela, seu mundo ético, a sua ética. Não é determinado instintivamente a criar, por nada; cria a partir da razão. Os conceitos de ética e de liberdade implicam um no outro. A liberdade pode ser pensada num sentido transcendente, Deus, ou no sentido imanente: a cultura e, dentro dela, o tempo ético, a história.[6]

Enxergamos a Ética como uma espécie de força magnética que nos leva a ver o outro como igual e que nos permite nos organizar em sociedade sob critérios humanos. O saber ético, produto de anos de reflexão e de luta, ajuda-nos na medida em que nos oferece critérios axiológicos, princípios e fundamentos para a conduta humana no interior do organismo social. Tais critérios, não obstante, são abertos, flexíveis, circunstância esta que exige, do homem livre, fazer escolhas, fazer avaliações, estimativas, eleger preferências, tomar decisões, deliberar, de modo a que a exteriorização do pensado, a conduta, a ação, possa se manifestar conforme ao socialmente legítimo.

---

moral, consciência jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito). UFMG, p. 189-190.

[5] "É pela convivência social e, portanto, pela presença do outro que o homem se individualiza, tornando-se único na medida em que se diferencia de todos os demais. Para torna-se homem, o homem necessita do outro: ele não vive, senão convive". (GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 154.

[6] SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. *Revista do TCMG*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 41, abr./jun. 1998.

AMAGIS NUMERO 11.indb 74 20/06/2015 11:40:24

Não obstante dignos de respeito os empreendimentos intelectuais em contrário, ontologicamente falando, além de se situarem no mesmo campo, o território da Ética, entendemos que entre Moral e Direito não existe uma diferença significativa, cabendo-nos apenas salientar que o Direito tem natureza nitidamente deontológica. "A moral é ao mesmo tempo, por um lado, o fim do direito, e, por outro, também o fundamento de sua validade obrigatória".[7]

Ora, se indagamos porque uma ordem jurídica tem validade,[8] e é obedecida, a resposta será: porque está em vigor e porque conta com o elemento coercibilidade que lhe garante força normativa. No entanto, se perguntamos o que a fundamenta, somos levados a ver que se alicerça na legitimidade que lhe confere a sociedade, legitimidade que pressupõe a identidade entre o sentido do justo insculpido nas letras jurídicas e o sentido do justo que vive no pensamento social. Com efeito, conclui-se que o Direito fundamenta-se na legitimidade, a qual pressupõe, em última instância, o alicerce moral que a sustenta.

Poderão, não há dúvida, haver normas imorais ou injustas em um ordenamento jurídico. Contudo, nenhum povo, por muito tempo, submeter-se-á a um ordenamento inteiramente imoral e injusto. Não haveria como validá-lo. Não há outra explicação: é a compreensão histórica que temos do justo, modernamente assentada no ideário da igualdade e da liberdade, o que alimenta a principal fonte material do Direito. Tal compreensão se constitui não só em razão das lutas sociais e políticas travadas no curso dos tempos, mas também, e em especial, em função das reflexões que iluminam o espírito humano, que engendram sua consciência, não obstante as lâminas da finitude e da contingência que lhe atravessam a alma. Não é à toa que categorias de que nos valemos no Direito fazem-se presentes

---

7 RADBRUCH, G. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 109.

8 Registre-se antemão que não trabalhamos com qualquer ilusão ou ingenuidade metafísica. Sabemos que a instabilidade política existirá enquanto existir o homem; porém, acreditamos que é possível emprestar legitimidade à ordem jurídica e que essa legitimidade tem que usufruir do sopro benfazejo da justiça, historicamente identificável por meio da convergência axiológica dos membros de uma sociedade.

na Moral: responsabilidade, inocente, culpado, dignidade humana, julgamento, culpa, bem e mal, verdade e justiça.

Pontua Karl Larenz que

> a quase totalidade dos autores envolvidos na mais recente discussão metodológica partilha da concepção de que o 'Direito' tem algo que ver com a 'justiça', com a conduta socialmente correta, embora deva ser afastada a noção apriorística e imutável de justiça.[9]

O Direito, se encantado pelo espírito ético e desde que legislado e interpretado sob a égide de princípios democráticos, constitui a expressão da liberdade eleita, da liberdade embebida em conquistas históricas e em princípios supremos de justiça. Portanto, no Direito se pode ver objetivamente como a razão legisla para a liberdade.

Vem do racionalismo do século XVIII, fundado especialmente no raciocínio desenvolvido por Kant sobre Moral e Direito, agravado pelo impacto do positivismo que emerge no século XIX e que vai até meados do XX, a compreensão que intenta desfazer os laços que aproximam o fenômeno jurídico da Moral, o entendimento que acaba por expulsar o Direito do território da Ética. Trata-se de um grande equívoco. Ora, se mesmo os legisladores mais despreparados sabem que não podem legislar contra a moral social, a Ética e o caráter dos povos, como podemos nós, cientistas do Direito, admitir uma interpretação desenraizada desse dado da realidade? Como?

Em verdade, pensamos que neste ponto está a razão pela qual existem autores que, depois de terem afastado o Direito da Moral, não mais conseguem dar ao fenômeno jurídico um fundamento real; quando muito, recorrem a fundamentos imaginários ou meramente ideológicos. A consequência é: em vez de perseguir o ideal da justiça, finalidade e razão de ser da lei, o Direito é reduzido à técnica da aplicação mecânica dos textos normativos. Contudo, retornar o Direto ao território da Ética não significa negar-lhe o *status* de Ciência; ao contrário, pressupõe identificar seus verdadeiros fundamentos e agregar-lhe valor. Implica valorizá-lo, libertando-o de seu cativeiro

[9] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Jorge Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 143.

tecnologizante, submetendo-o às luzes da mais alta investigação que o homem pode fazer sobre si mesmo, a indagação de índole Ética.

Da reflexão ética, em verdade, nascem as normas sociais, sejam elas de índole moral ou jurídicas, sendo o fenômeno jurídico uma espécie de braço armado da Moral. A Moral fala no indicativo, o Direito, no imperativo. A Moral aconselha, censura, reprova a conduta fora do código ético da sociedade, o Direito ordena e, se necessário, pune. A Ética, de onde provém a Moral e o Direito, é substancialmente um campo de reflexão que visa guiar o homem rumo à plenitude espiritual, cabendo, ao Direito, guiá-lo até o historicamente possível: viabilizar que vida em sociedade seja fundada na justiça e na segurança.

Para nós, tanto a Moral quanto o Direito, ambos ontologicamente vinculados à Ética, são obras do desenvolvimento do homem; revelam-se, tanto um quanto outro, com maior clarividência na medida em que o homem consegue retirar aquilo que lhe envolve a consciência, tirar a inteligência do invólucro (des + envolver). Defendemos que todo homem, em vida, está inexoravelmente condenado a distinguir, ainda que à luz do seu tempo, o bem do mal, o certo do errado, o justo do injusto. Desse antagonismo nasce a Ética, que, didaticamente, mas não ontologicamente, pode ser dividida em Moral e em Direito. O Direito, no dizer de Jellineck, é "o mínimo ético", território da Ética que convertemos em normas jurídicas, ao qual damos natureza jurídica, cujas principais características são a imperatividade, a objetividade e a coercibilidade.[10]

Em se sindicando o fenômeno jurídico, não há como não enxergar seu conteúdo ético. Segundo Miguel Reale,[11] "o conceito de Ética é um gênero do qual são espécies a Moral e o Direito". Quer se manifeste como norma moral ou costumeira, quer se exteriorize como norma

[10] Numa crítica elegante ao conceito de mínimo ético proposto por Jellineck, sugere Salgado que o Direito, sob o ângulo qualitativo, deve ser compreendido como o "*maximum* ético da cultura", quer sob o ponto de vista da extensão (universalmente reconhecido pelos membros da sociedade a que se destina) quer sob o ponto de vista axiológico (o fenômeno jurídico representando o núcleo e o mais altos dos valores da cultura, formalizados mediante a conversão destes em norma jurídica). Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do TCMG*. Belo Horizonte, v. 30, n. 1, p. 98, jan./mar. 1999.

[11] REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

jurídica, encontra-se presente, atravessa todas as ações humanas porque não há conduta humana vinculada ao determinismo causal, vez que usufruímos de liberdade. Em razão de nossa liberdade, de nossa contingência e dos múltiplos caminhos que se abrem a cada decisão que devemos tomar, vemo-nos compelidos a avaliar e a escolher qual, dentre muitos, deve ser o caminho a ser trilhado. Em verdade, nossa liberdade e nossa sociabilidade nos condenam a sermos éticos, a medirmos as consequências de nossas ações, nos obrigam a edificarmos o mundo da Ética, um saber que se presta a guiar os passos da liberdade, a legislar para a liberdade.

Enfim, o Direito somente poderia prescindir de sua dimensão ética se renunciasse à sua finalidade de servir à humanidade do Homem. Aos que possam considerar absurda a nossa posição, indagamos se não é absurdo maior convivermos como um Direito alheio à Ética preconizada pela cultura em que inserido? Ora, a lei há de ser o normal, a norma, não o anormal. Como escreveu Goffredo Telles Júnior, "o anormal não pode ser normal, não pode ser norma". Se assim não fosse, viveríamos como esquizofrênicos, divididos entre duas realidades, com graves distúrbios em nossa capacidade de julgar; viveríamos vida não vivida. "A vida humana tornar-se-ia intolerável se viver de acordo com o Direito fosse viver contrariado".[12]

Georges Ripert, citando Gény, preleciona que a norma moral muda-se em norma jurídica "graças a uma injunção mais energética e a uma sanção exterior necessária para o fim a atingir".[13] O que há, por conseguinte, entre Moral e Direito, é uma distinção, não uma separação. De resto, a vida humana seria mesmo insuportável se viver conforme o Direito implicasse negar a consciência ética que, em nosso íntimo ou em nossa razão, temos como certa.

Prof. Boson, sustentando, como nós, que tanto a Moral quanto o Direito situam-se no campo da Ética, num esforço para distingui-los, conclui que "o jurídico é tão ético quanto a moral" – salientando que – "a moral, especificamente considerada, não constrói instituições,

[12] TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 97 e 201.

[13] Cf. RIPERT, Georges. *A moral nas obrigações civis.* Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 27.

embora o homem possa com ela fundamentá-las."[14] Enfim – segundo mestre Boson – na natureza institucional do jurídico estaria a diferença específica entre o Direito e a Moral.

Em suma: se o Direito nasce da Ética, que se não há Direito que não tenha propósitos éticos, não é tolice qualquer esforço para apartá-los? Ora, a lei não existe apenas para dizer o permitido e o proibido, mas o proibido e o permitido na perspectiva do bem, do justo e do socialmente útil. Recordemos que nas democracias, sem a justiça, não há como estruturar o Direito; este, se se impõe, tem vida curta: a falta de legitimidade termina por eliminar tanto a lei quanto o seu criador. Leis injustas nunca perduram em razão de violentarem a consciência ética social, terminando, quase sempre, ou por serem substituídas ou por serem desobedecidas. Tarefa vã a de pretender tornar legal o que é injusto sob a óptica da sociedade, porque é a eticidade da norma que termina por emprestar fundamento ao fenômeno jurídico.

Desse modo, pensamos haver reunido elementos suficientes para mostrar que a Ética não pode ser ignorada pela Ciência Jurídica, que é necessário reconhecermos que a separação entre Moral e Direito somente serviu para desnaturar o Direito.[15] Os efeitos dessa separação se voltaram contra o Direito, e quase que o levam à erosão dos seus fundamentos e da sua autoridade. O Direito, sem sua dimensão ética, não ilumina sequer a si mesmo; pior, exige que a civilização marche nas trevas. Por essa razão defendemos que se alguém quer entender de leis, que se debruce, antes, sobre a Ética. O Direito, sem sua dimensão Ética, é cego e é surdo. O fundamento ético abre e fecha o entendimento do direito aplicável. Dá asas ao Direito ao permitir que o intérprete não morra num legalismo estático, num positivismo ortodoxo, numa hermenêutica fechada.

Contudo, repetindo: embora reconheçamos que ambos têm o mesmo DNA, não pretendemos transformar o Direito em Moral e menos ainda a Moral em Direito. O que nos parece inaceitável é que se queira entender o Direito como uma realidade formal, sem

[14] BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito.* Interpretação antropológica. Del Rey: Belo Horizonte, 1996, p. 134.

[15] Registro que o paradígma pós-positivista pugna pela aproximação entre Direito, Moral e Política.

conteúdo, desprovida de valores e de fins sociais. O Direito deve refletir o pensamento e as aspirações sociais, sob pena de se converter numa mera estrutura lógica ilegítima, num execrável positivismo. O que pretendemos com nossa reflexão é repensar os equívocos que estão a obstruir a compreensão do Direito: o cientificismo e a lógica burocrática.

O que defendemos é que não pode, a Ciência do Direito, render-se às vertentes metodológicas que nos cegam. Querem que viajemos e, no entanto, não nos permitem perguntar para onde iremos. Admitem mudanças nos meios, mas impedem que os objetivos sejam mudados. Agir sem rumo é próprio do alienado, daquele que perdeu o sentido de sua direção, que se tornou indigno de sua dignidade. Somente conseguimos entender o Direito "como ideia ética, como estrutura lógica da ideia ética"[16], isto é, como racionalidade lógica e moral. Direito e Ética formam uma combinação poderosa: juntos, são capazes de produzir a luz que procuramos no jurídico. Direito apartado da Ética é – para nós – ininteligível. Estamos em que ameaça a nossa civilização a ausência de uma definição sobre a qualidade moral do Direito, tirada de uma profunda reflexão ética que permita a construção racional da pauta de valores a ser seguida. Essa é, para nós, uma questão vital. É uma questão de natureza política, e, não obstante, teórico-jurídica.

2. MORAL, DIREITO E PÓS-POSITIVISMO

O Direito, após assistir petrificado às atrocidades perpetradas durante a Segunda Grande Guerra, viu-se compelido a revolver o paradigma jurídico positivista porque causas maiores, que refletiam o próprio destino da humanidade, exigiam que a lógica formal e mecânica, aliada ao gélido passo das letras frias da lei, se dobrasse diante dos anseios de justiça. Assim, a contar de meados do século XX, o positivismo jurídico, pouco a pouco, rende-se ao paradigma pós-positivista; a Moral e o Direito se encontram, princípios e regras se confraternizam, outra hermenêutica começa a nascer.

[16] BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito*. Interpretação antropológica. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 127.

O pós-positivismo, entendido como um conjunto de ideias ou de teorias que adotam, como postulado, a ordem jurídica como constituída por princípios e regras, impõe que se pense a relação entre a Moral e o Direito de modo diferente ao do positivismo. É que não existe pós-positivismo sem o reconhecimento da principiologia jurídica e o reconhecimento da importância da racionalidade prática na lida hermenêutica; é que, em sendo, os princípios, realidades normativas transbordantes de lições de natureza moral, que funcionam como razões para decidir, impossível qualquer separação ortodoxa entre Moral e Direito.

Como se vê, a mudança de paradigmas provocada pelo pós-positivismo impõe ao Direito outro modo de raciocinar, outra lógica. De início, superada está a rígida clivagem entre Direito, Política e Moral. Aliás, se há um elemento teórico que caracteriza e unifica o pensamento jurídico pós-positivista este elemento está na reaproximação da Moral ao Direito. Para os positivistas, Direito e Moral estão em campos diversos, legitimando-se, o Direito, apenas e tão somente pelas suas estruturas formais; para os pós-positivistas ou não positivistas, Direito e Moral estão em permanente contato, estão entrelaçados, entrecruzando-se, assumindo, a Moral, a função de fundamentar o Direito para que conquiste legitimidade.

Com essa virada, ao raciocínio lógico-formal será incorporado o uso prático da razão com vistas a superar o paradigma positivista, que trabalha o fenômeno jurídico como mera técnica-normativa, como mera estrutura lógica, para que o Direito seja trabalhado como fenômeno ético-normativo, cujo propósito é resgatar e manter a necessária eticidade requerida pelo Direito em um Estado Democrático. Inegável que a autoridade da ordem jurídica, sua força, encontra-se nos elementos éticos em que se assenta, de onde extrai sua legitimidade. Mesmo a efetividade e a eficácia que decorrem da interpretação e aplicação judicial, para se perenizarem, devem fundamentar-se na ética social.

Entre outros, Rawls, Dworkin, Alexy e Habermas são autores que se situam no paradigma pós-positivista, e que, portanto, imprimem à suas reflexões uma compreensão ético-normativa do fenômeno jurídico, isto é, sustentam ser impensável o juízo jurídico sem o juízo

político e moral. Dirá Alexy que se há um critério apto para distinguir os positivistas dos não positivistas, este critério está no modo como encaram a relação entre o Direito e a Moral.[17] Escreve Dworkin, na obra *Levando os Direitos a Sério*, que determinar direitos sem considerar princípios morais não é possível. Implica dizer: para Dworkin, o conceito de direito compreende o de Moral. Dirá Habermas que "o direito situa-se entre a política e a moral: Dworkin demonstra que o discurso jurídico trabalha não somente com argumentos políticos que visam ao estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral".[18]

John Rawls, autor da mais impactante obra sobre a ética social escrita nos últimos tempos é considerado um liberal, liberal no sentido político do conceito. O autor parte da constatação de que o liberalismo econômico, ao tempo em que apregoa a produção e acumulação de riquezas, invalida seus próprios feitos na medida em que aumenta a miséria, que, no entendimento de Rawls, não se limita à ausência de recursos matérias na vida das pessoas, mas, também, na eliminação da autoestima dessas mesmas pessoas, levando-as à paralisação de suas forças.

Sua reflexão sobre justiça enfatiza a necessidade de se fortalecer a sociedade democrática liberal (direitos fundamentais) e de se reaproximar o Direito e a Ética. Rawls, a partir da matriz contratualista (Rousseau), pensa a justiça sob a ótica distribuitiva, que objetiva o crescimento de todos os membros da sociedade, e, assim, constrói uma teoria de justiça que refute o utilitarismo,[19] na medida em que

---

[17] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 14.

[18] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichker – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 218.

[19] O utilitarismo, como pensamento político, social e moral, remonta aos séculos XVIII e XIX, e tem, como precursores, Benthan e Start Mill. Consite, em breves linhas, em atribuir à dor e ao prazer os móveis que nos levam a agir. A ação humana teria, como fim, evitar a dor e desfrutar do prazer, razão pela qual a finalidade do agir humano está em se conquistar a maior felicidade possível. Sob o ponto de vista ético, o utilitarismo tem a justiça como retribuitiva, i.é, a paga se dá em razão do que se faz, punindo ou recompensando a conduta. No utilitarismo, a utilidade do agir individual produz a utilidade pública.

substitui o bem pelo justo, em que se funda na ideia de equidade, ainda que num sentido bem mais amplo que aquele apresentado por Aristóteles (equidade como um corretivo da lei).

A equidade – para o Rawls – é o ponto de partida e se dá no momento em que definidas as premissas que formarão o eixo das instituições; portanto, equidade deve ser entendida como o momento lógico (posição original ou situação inicial, momento em que são definidas as premissas e os princípios que se vão infundir nas estruturas institucionais, sendo, a justiça, a razão de ser das instituições, a principal virtude de todas as instituições). Escreveu Rawls:

> Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Uma sociedade está em ordem não somente quando se estabelecer a vontade de desenvolver o desejável para os seus membros, mas também quando estiver efetivamente regulada por um conceito público de justiça.[20]

Habermas, em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, não obstante explicite que, aos seus olhos, a relação entre Direito e Moral é complementar, assume que vê, no Direito, dois lados: é facticidade porque dotado de coerção; é validade porque, para se fazer duradouro, tem de ser aceito pelo povo, deve estar alicerçado em razões que são aceitáveis pela sociedade.[21] Na linha de seu raciocínio, embora distinto da Moral, o Direito dela necessita para se legitimar, o que faz com desenvolvam uma relação de complementaridade e de entrelaçamento, sem que o Direito se subordine à Moral.

Para Habermas, Direito, Política e Moral não se encontram apartados; ao contrário, o autor sustenta estar na relação como a Moral e nos limites de sua relação com a Política, a legitimidade do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. Para Habermas,

---

[20] RAWLS, Jonh. *Uma teoria de justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 27.

[21] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 141.

o poder só se legitima no momento em que se alicerça na autoridade que lhe confere a norma jurídica nascida da moral convencional. Entrementes, embora não negue o valor da Moral, que fundamenta o Direito, considera-a frágil, frouxa, porque entende que em sociedades racionalizadas, complexas, a Moral só consegue regular ação quando convertida em norma jurídica. Por isso, defende sua institucionalização no sistema jurídico ao argumento de que nos ajuda, nos liberta do peso cognitivo de formar um juízo moral próprio. Portanto, Habermas admite que o jurídico possui conteúdo moral, nele entranhada por obra atividade legislativa que extrai, da esfera moral, os princípios vitais do fenômeno jurídico.

Escreve Habermas:

> [...] o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica -, mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas de direito.[22]

Esclarece o autor, no entanto, que a modernidade deve trabalhar tendo, como pressuposto, a superação e a distinção entre Moral e Direito, razão pela qual as soluções jurídicas só podem ter assento no Direito, só podem ser fundamentadas com o jurídico. Isto não quer dizer que Habermas que não reconheça que exista, entre a Moral e o Direito, uma relação complementar e de entrelaçamento, isto é, Moral e Direito se entrelaçam, mas a Moral não se exaure no Direito, ocupa um campo maior que o ocupado pelo jurídico. A Moral formaria o interior do jurídico, porém, sem lhe fornecer conteúdo normativo determinado, apenas legitimando-o.[23]

Nessa linha de raciocínio, a pós-positivista, realçando que não há como apartar o Direto da Moral, escreve Celso Ribeiro Bastos:[24]

---

[22] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 331.

[23] Como exemplo, recorda-se que princípios jurídicos, com o de que todos são iguais e livres, são moralmente justificados.

[24] BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, t. 3, p. 37.

> Nesse nosso século XX fez-se desde logo sentir uma tendência oposta às ideias kantianas e kelsenianas. Surgem na França autores como Gaston Morin e Georges Ripert, que vão dedicar-se a demonstrar que o direito não tem significado apena jurídico, mas também políticos e ideológicos. É dizer, reconhece-se a insuficiência da mera norma jurídica para disciplinar toda vida social sem simultaneamente se agregar a elas um critério político-ideológico. O autor argentino Roberto Vernengo chega afirmar '... o Direito produzido pelos órgãos estatais, ainda que se trate de representante do povo ... carece de validade por si. Toda norma de direito positivo, para pretender validade e legitimidade suficientes, tem que poder justificar-se na consciência moral dos indivíduos. (grifo nosso).

Sobre Moral e Direito, é também substantiva a contribuição de Alexy e de Dworkin, os quais, retirando os princípios da zona de sombra que ocupavam no Direito e trazendo-os à luz, constroem teorias jurídicas dignas do nosso tempo.

Alexy não oculta sua convicção de que "a tomada de decisão deveria (deveria do ponto de vista jurídico) ser orientada por julgamentos de va*lor* moralmente corretos, do tipo relevante"[25]. Para Alexy, não há como não reconhecer que entre Moral e Direito existe uma conexão conceitual necessária porque legitimadora do Direito. Eis o que escreve Alexy:

> El caráter de los princípios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que com ellas se plantea uma tarea de optimizacion. Dicha tarea es, en cuando a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos otros princípios, la teoria de los princípios oferece um punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral.[26]

Para Dworkin, o Direito como integridade pressupõe que a sociedade tenha princípios superiores a ligar os indivíduos no

---

[25] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 22.

[26] ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razon practica*. Trad. Manuel Atienza. México, D.F.: Distribuciones Fontemara, 1998, p. 13.

convívio social; portanto, um algo mais que o mero padrão moral de cada um dos membros da sociedade. Trata-se de um *plus* que transcende a moral individual e forma o que se poderia chamar moral objetiva. No que diz respeito à aplicação da lei – sustenta Dworkin – que o aparato normativo oferece sempre uma única solução, vez que os fatos e cada um dos fatos é único e jamais se repete. Cabe ao magistrado – segundo Dworkin – um esforço hercúleo no sentido de descobrir a decisão correta para o caso específico. A justiça – para o autor – está exatamente na aplicação da norma adequada ao caso concreto, devendo o juiz, para obter êxito nessa delicada operação, além de reconstruir a situação fática, fazer, vendo todos os ângulos da questão, sensibilizando-se, vencendo tensões, definindo-se, julgando com razão e sensibilidade. Escreveu Dworkin:[27]

> As diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas da teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. [...] Enquanto não tivermos clareza sobre que juízo ou prática moral o direito reflete, não poderemos criticá-lo de forma inteligente.

A teoria do direito de Dworkin, logo na orelha de sua obra *Levando os Direitos a Sério*, na esteira do que sustentamos, e, como que dizendo que a Moral termina por ser o centro de gravidade do Direito, escreve:

> Os argumentos jurídicos adequados repousam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade. A essa teoria da argumentação agrega-se uma teoria da justiça, segundo a qual todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem basear-se na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, [...] e devem ser tratados em todos os seus aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano, com igual consideração e respeito.[28]

---

[27] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12-13.

[28] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Como se depreende, o Direito e a Moral são dois conceitos que a natureza das coisas pôs no mesmo campo, no território da Ética, ontologicamente falando, mas que o positivismo pretendeu separar. É verdade não teve êxito pleno; porém, não se pode desprezar o dano que causou. Cabe à epistemologia jurídica pós-positivista reconstruir a unidade quase perdida porque, sem sua substância ética, o Direito só contribui para o aniquilamento da autoridade política das instituições e para o triunfo da razão indolente sobre a consciência moral. Recordo que a lei só materializa o Direito mediante a correção normativa, que somente acontece enquanto experiência jurídica se refletir o justo e promover a integração social. Ora, se a norma interpretanda apresenta inúmeras possibilidades interpretativas, inúmeros sentidos (Kelsen), é natural que a escolha do sentido que deve prevalecer carregue a intencionalidade do justo.

O fenômeno jurídico, sob a óptica da eticidade, é a ética objetiva, positivada, normatividade ético-jurídica. Se, quer o ato do legislador quer o do magistrado são exercidos com o objetivo de se produzir a justiça, poder-se-ia mesmo dizer que o Direito pressupõe a consciência ética, poder-se-ia dizer que, sem o valor justiça à frente seria impensável o fenômeno jurídico sob o ângulo da legitimidade. Lei e Ética, portanto, numa sociedade democrática, formam uma unidade dialética ontológica com vistas a realizar a justiça.

Sabidamente, a experiência jurídica compreende, além do elemento ético, os elementos lógico, social e histórico. Também não se nega os aspectos técnicos e instrumentais presentes no fenômeno jurídico. Todavia, revela-se a Ética, a ideia ética, enquanto objeto eidético, enquanto objeto pensado, essência material da existência social e quinta-essência do Direito.[29] Com efeito, assim como se sustenta que a Constituição é a fonte maior do sistema jurídico, podemos e devemos asseverar que a Ética é a principal fonte de legitimação de todo o sistema normativo, razão de ser da própria Constituição, o que justifica a sua existência. Como escreve M. Kriele, "com isso se

[29] A quinta-essência do Direito é um conceito mais simples e mais inocente que o próprio conceito de Direito. Revelá-lo implica libertar o fenômeno jurídico da gnosiologia tecnologizante e inseri-lo na gnosiologia da justiça.

rompeu o último véu: a jurisdição se orienta pelas ponderações da ética social".

Não se está aqui ignorando, nem ignoram os autores que evocamos, que o pluralismo das sociedades atuais não permite que se possa cogitar de um pensamento ético comum e único. No entanto, pontualmente, mesmo as sociedades pluralistas podem, sim, construir um consenso ético. São esses consensos que fundamentam e possibilitam o Estado de Direito Democrático. A própria norma jurídica é produto de uma relação dialética travada entre a Ética e a Política, costurada pela lógica. Em verdade, é função do Direito mediar a tensão existente entre os objetivos políticos e os objetivos éticos da sociedade, convertendo-os em objetivos ético-jurídicos. Daí por que o próprio Direito Positivo submete-se a uma contínua tensão dialética em que, por um lado, este imprime na sociedade uma concepção de ordem e de justiça e, por outro, este se abre para novas concepções de ordem e de justiça que brotam da realidade social. Na leitura contemporânea, estou em que no equilíbrio da liberdade com a igualdade reside o temperamento do Estado de Direito Democrático, em que no compromisso com a liberdade está a face política do Direito; no compromisso com a igualdade, a sua face Moral.

Numa sociedade plural – esclarece Joaquim Carlos Salgado – coexistem sistemas éticos diferenciados, com graus distintos de aproximação em sua escala valorativa; porém, ingressam no mundo jurídico somente aqueles valores que conquistam a adesão e o reconhecimento livre da sociedade (consciência moral individual e intersubjetiva) formando o que pode ser denominado consciência jurídica de um povo (universalidade material). Esta, uma vez positivada, normatizada como regra jurídica, ganha a universalidade formal, vinculando a todos os membros da sociedade e sendo por todos eles legitimada.[30]

Não obstante as dificuldades, na medida em que se fragiliza a separação imposta pelo tecnicismo e pelo positivismo jurídico, Direito e Moral se aproximam, retornam ao território da Ética, fazendo

[30] SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do TCMG*. Belo Horizonte, v. 30, n. 1, p. 98, jan./mar. 1999.

com que o sistema de normas e o sistema de valores da sociedade se integrem e se relacionem. A integração se dá, inicialmente, na Constituição, em que os valores éticos superiores se transformam em princípios jurídicos, irradiando sua energia moral por todo sistema jurídico e condicionando quer a interpretação quer a aplicação do Direito Positivo. Compreendido como ideia Ética, o Direito, sob o paradigma pós-positivista, pode se fazer educador, pode reverenciar a vida e, não, ser metáfora do suicídio, cúmplice da infantilização da existência ou esperança que não se cumpre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razon practica*. Trad. Manuel Atienza. México, D.F.: Distribuciones Fontemara, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumerá, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, t. 3.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito.* Interpretação antropológica. Del Rey: Belo Horizonte, 1996.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito.* Interpretação antropológica. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BROCHADO, Mariá. *Consciência moral, consciência jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFMG.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichker – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.

LA TAILLE, Yves de. *Moral e ética*. Dimensões intelectuais e afetivas. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Jorge Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MARTINEZ, Soares. *Filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 1995.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Direito e coerção*. Belo Horizonte: Santa Maria, 1956.

RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAWLS, Jonh. *Uma teoria de justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIPERT, Georges. *A moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. *Revista do TCMG*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do TCMG*. Belo Horizonte, v. 30, n. 1, p. 97-102, jan./mar. 1999.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

5

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA SINDICÂNCIA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO MILITAR

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa[1]

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 assegurou e assegura de forma efetiva aos acusados e aos litigantes em geral o princípio da ampla defesa e do contraditório, que possui efetiva aplicação no âmbito da Administração Pública Militar, e que deve ser observado no curso de procedimentos de natureza administrativa, como por exemplo, de uma sindicância que possa ser utilizada como base para um processo administrativo. A doutrina, com base na jurisprudência dos Tribunais Superiores e do STF e também do STJ no decorrer dos anos, tem construído o fundamento segundo o qual o direito administrativo encontra-se sujeito aos princípios constitucionais, o que significa que os preceitos estabelecidos no art. 5º, da Constituição Federal de

[1] Juiz de Direito Titular no Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito das Obrigações Públicas e Privadas pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Especialista em Direito Administrativo e Administração Pública Municipal pela UNIP. Professor de Direito Penal Militar e Processo Penal Militar na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais – APMMG e Membro Titular e Fundador da Academia de Direito Militar de Minas Gerais.

AMAGIS NUMERO 11.indb 91 20/06/2015 11:40:25

1988 tem aplicação efetiva na seara administrativa, permitindo aos administrados que as suas defesas sejam efetivas e não apenas formais.

Palavras-chaves: Constituição Federal de 1988. Garantias Constitucionais. Militares Estaduais e Federais. Sindicância Administrativa. Estado Democrático de Direito. Princípio do Contraditório. Direitos do Administrado. Administração Pública Militar e Preceitos Constitucionais.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 ensured and ensure effectively the defendants and litigants in general the principle of legal defense and contradictory, which has effective application within the Public Administration Military, and should be observed in the course of administrative procedures such as, for example, a probe that can be used as the basis for an administrative process. The doctrine based on the jurisprudence of the High Courts and the Supreme Court and also the Supreme Court over the years has built the plea that the administrative law is subject to constitutional principles, which means that the provisions set out in art. 5 of the Federal Constitution of 1988 has effective application in administrative harvest allowing given that their defenses are effective and not merely formal.

Keywords: Federal Constitution of 1988. Constitutional Guarantees. State and Federal Military. Administrative Inquiry. Democratic State. Contradictory Principle. Rights Managed. Military and Public Administration Constitutional Precepts.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Sindicância e IPM – existem diferenças entre os procedimentos. 3. O princípio do contraditório na seara administrativa. 4. O procedimento denominado sindicância e o princípio do contraditório. 5. Interposição de mandado de segurança e Sindicância. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Administração Pública, Civil ou Militar, e os seus funcionários, assim como as pessoas que vivem no território brasileiro, devem obediência à Constituição Federal. A sua inobservância é um procedimento que pode ser considerado como sendo de natureza grave

e que fere os princípios do Estado Democrático de Direito. Uma nação somente poderá encontrar o seu desenvolvimento quando os administradores e também os administrados aprendem de forma efetiva a respeitar a norma fundamental[2] que deve reger as relações entre o Estado e o cidadão.

A lei é a expressão da segurança de um sistema, onde o mais forte não pode se sobrepor ao mais fraco, *onde o indivíduo de maior influência não possa se utilizar de suas relações de amizade para alcançar os seus objetivos*, sob pena de uma das partes envolvidas na relação processual ficar sujeita a punições arbitrárias, que podem ir desde a simples imposição de uma multa até mesmo ao cerceamento da liberdade. Onde a lei não se faz presente, o caos assume o seu lugar e as liberdades perdem o seu sentido, ficando a democracia desprestigiada e ao mesmo tempo fragmentada.

Devido a sua relevância existem direitos que são considerados fundamentais por serem essenciais à dignidade da pessoa humana, que foi consagrada como um dos direitos a serem tutelados pelo Estado brasileiro. Ao ferir uma norma, o cidadão deve ser punido, mas esta punição deve se dar em conformidade com a legalidade para que a autotutela não viole o Estado de Direito que não convive com o arbítrio, ou mesmo com a prática de abusos, que foram abandonados por serem incompatíveis com a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

As garantias denominadas de fundamentais, conforme mencionado, são asseguradas a todos os cidadãos, sejam estes brasileiros (natos ou naturalizados), ou estrangeiros residentes no país, civis ou militares, brancos ou negros, homens ou mulheres. Todos, sem exceção, são iguais perante a lei para se evitar o abuso ou a ocorrência de privilégios. A Constituição da República Federativa do Brasil não existe apenas para ser um mero referencial de regras legais, é a norma *fundamental de um país.*

---

[2] A norma fundamental para os Estados que seguem a família romano-germânica é a Constituição, que organiza o Estado e as suas instituições, e que no Brasil recebeu a denominação de Constituição Federal em razão de o país ter adotado o sistema federativo. Os Estados da Federação e o Distrito Federal, no exercício do poder constituinte concorrente conforme ensina Alexandre de Morais, também estabelecem as suas Constituições que têm como limite a Constituição Federal.

2. SINDICÂNCIA E IPM – EXISTEM DIFERENÇAS ENTRE OS PROCEDIMENTOS

A Constituição Federal estabeleceu garantias que não eram expressamente asseguradas aos acusados em processos de natureza administrativa. Antes do advento do novo texto constitucional, os servidores eram submetidos a uma apuração sumária que contrariava o princípio da ampla defesa e do contraditório. Atualmente, existe um devido processo legal administrativo que alcança os integrantes da Administração Pública, Direta ou Indireta, Civil ou Militar.

O devido processo legal administrativo deve ser aplicado não apenas no âmbito do Poder Executivo, mas também para os integrantes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, haja vista que os Poderes são independentes e harmônicos entre si.

Por força das modificações constitucionais, o ilícito administrativo para ser apurado passou a exigir o preenchimento de determinadas formalidades, que devem ser asseguradas ao investigado, entre elas, o pleno conhecimento do conteúdo da peça acusatória apresentada pela Administração Pública no exercício do *jus puniendi*.

O direito administrativo possui normas e princípios próprios, mas que estão subordinados às disposições estabelecidas pelo texto constitucional. Nenhuma autoridade administrativa poderá ultrapassar os limites constitucionais, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa.

As Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares são instituições destinadas à preservação da integridade física e patrimonial do cidadão, e a salubridade pública, e não são responsáveis pelas questões de segurança nacional, que é uma atividade exclusiva das Forças Armadas.

A função especializada desenvolvida pela polícia exige a existência de regulamentos que disciplinem as ações de seus integrantes, que devem preservar a lei e ao mesmo tento respeitar os direitos e garantias fundamentais que foram assegurados aos cidadãos, que também possuem limites, com base no interesse público e o bem comum.

Os policiais, civis ou militares, no Estado de Direito são os únicos servidores que podem utilizar a força quando esta for necessária para a manutenção da paz, e ao mesmo tempo utilizar as armas de fogo

como instrumentos de combate à criminalidade contra aqueles que não respeitam as regras previamente estabelecidas.

No decorrer dos anos, as Polícias Militares estabeleceram regulamentos disciplinares que, na maioria das vezes, são semelhantes aos regulamentos das Forças Armadas, que exercem funções totalmente diversas das Forças Policiais, que devem preservar a ordem pública.

Em decorrência da natureza da função que é desenvolvida o militar estadual que se encontra diretamente inserido na sociedade onde trabalha está mais propenso à ocorrência de um ato ilícito, que poderá ser um ilícito de natureza administrativa, penal ou mesmo de natureza civil, ou seja, aquele previsto no Código Civil de 2002.

Desta forma, a prática de um ilícito administrativo que configura uma falta no exercício das funções profissionais, que não se confunde com o crime, previsto no Código Penal brasileiro, nas Leis Especiais Penais ou mesmo no Código Penal Militar, deve ser punida apenas e tão somente no âmbito da Administração Pública, com as sanções previstas nos Regulamentos Disciplinares.

A lavratura de um auto de prisão em flagrante, APF, para um ilícito administrativo configura um ato de abuso de autoridade que traz como consequência a responsabilidade da autoridade administrativa. O ato administrativo deve ser tratado em conformidade com as disposições que regem a Administração Pública, Civil ou Militar.

Assim, o ilícito administrativo deve ser apurado por meio dos instrumentos previstos nos regulamentos disciplinares, destacando-se entre eles, *a sindicância.* Atualmente, não se sabe por qual motivo a sindicância tem sido utilizada para a apuração de ilícitos criminais, em flagrante inversão das disposições legais.

Somente se admite a utilização da sindicância para se apurar um fato criminal quando, a princípio, exista alguma dúvida razoável quanto à natureza do ilícito. *Após a elucidação da questão, a sindicância deverá ser substituída por um inquérito policial militar em atendimento às disposições que se aplicam à espécie, Código de Processo Pena Militar, Decreto-lei n. 1002, de 1969.*

Os meios para que os agentes infratores sejam punidos encontram-se à disposição das autoridades administrativas, as quais devem agir com imparcialidade na busca da Justiça, evitando desta forma gastos

desnecessários para a sociedade e para a própria Administração Pública, Civil ou Militar, que deve atuar em atendimento aos princípios que se encontram estabelecidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA SEARA ADMINISTRATIVA

A lei existe para ser cumprida e observada e, quando esta é violada, surge para o Estado *o direito de punir o infrator,* que poderá ter o seu *ius libertatis* cerceado, ou ainda perder os seus bens que conquistou no decorrer da vida. Contudo, o direito de punir, *ius puniendi*, pressupõe o direito de defesa, que deve ser amplo e irrestrito, verdadeiro e não meramente formal.

A CF, em seu art. 5º, LV, *assegura aos acusados e aos litigantes em geral, em processo judicial ou administrativo, o direito à ampla defesa e ao contraditório, com todos os recursos a ela inerentes.* Apesar da clareza do texto constitucional, e da sua autoaplicabilidade, norma de eficácia plena, alguns administradores integrantes dos três Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda insistem em não lhe dar cumprimento.

O Estado deve punir o infrator, pois age em defesa da sociedade, que por meio de um contrato social lhe concedeu certos poderes, os quais o diferenciam das demais pessoas. Contudo, apesar disso, o contrato que foi celebrado não autoriza a prática do arbítrio, a prática do abuso, o uso da força desprovida de justificativa. O contraditório, princípio, tornou-se, a partir de 1988, a regra, e não a exceção. *O funcionário público, civil ou militar, municipal, estadual, distrital ou federal, tem o direito líquido e certo de exercer por meio de um profissional devidamente habilitado e qualificado (advogado) a sua ampla defesa na seara administrativa.*

Ao administrador cabe cumprir a lei e não questioná-la. Caso entenda que a lei possui algum vício, deve provocar o Poder Judiciário para que este se pronuncie a respeito da questão.[3] Caso contrário, a lei

[3] No âmbito dos Estados e do Distrito Federal, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, o militar na busca da preservação de direitos que

produz todos os seus efeitos. A cada ato praticado pela administração no processo administrativo, o servidor acusado tem o direito de apresentar a sua versão e contrariar os pontos que lhe sejam desfavoráveis, *sob pena de cerceamento ao direito de defesa, e posterior nulidade do ato.*

4. O PROCEDIMENTO DENOMINADO SINDICÂNCIA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O procedimento de natureza administrativa denominado de sindicância tem por objetivo apurar a falta administrativa que foi praticada, em tese, por um funcionário público, civil ou militar, que seja passível de punição na forma dos estatutos, ou dos regulamentos disciplinares, aos quais esteja sujeito, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A sindicância poderá ser *investigatória* ou *acusatória*. No primeiro caso, o fato é conhecido, mas o autor do ilícito administrativo é desconhecido. No segundo caso, tanto o autor como o fato em tese ilícito são conhecidos, e a autoridade administrativa busca colher elementos para comprovar os indícios de autoria e materialidade que são atribuídos ao militar, ou funcionário civil, que poderá ser submetido a um processo de natureza administrativa para a perda do cargo ou da função, ou para a aplicação de outras penalidades previstas em lei.

Desta forma, como no procedimento que foi levado a efeito pela Administração Militar o servidor poderá sofrer uma repreensão, suspensão, multa, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, conforme, por exemplo, no âmbito da Administração Civil, o estabelecido no Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo, Lei Estadual n. 10.261, de 28.10.1968, arts. 251 *usque* 259.

As autoridades administrativas não têm, em muitos casos, assegurado aos acusados em sindicância acusatória o direito de

---

entenda que estão sendo violados no curso de um processo de natureza disciplinar deverá ingressar com o mandado de segurança, ou qualquer outra medida, não mais perante a Vara da Fazenda Pública. A medida judicial deverá ser proposta perante a Justiça Militar estadual ou, se for o caso, perante a Justiça Militar do Distrito Federal, que processa e julga os policiais militares e bombeiros militares daquela Unidade Federativa.

exercerem por meio de advogado a ampla defesa e o contraditório, o que fere o texto constitucional. *Além disso, a defesa realizada por um agente administrativo designado para o ato também fere o princípio da ampla defesa e do contraditório.*

A defesa de um acusado somente pode ser considerada técnica quando realizada por um profissional regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, que deve ter as suas prerrogativas respeitadas sob pena da prática do crime de abuso de autoridade, art. 3º, alínea j, da Lei n. 4.898/65, que foi acrescentada pela Lei n. 6.657/79.

Existem ainda alguns administradores que aplicam as regras da Constituição Federal de 1969 entendendo que os processos administrativos seriam sigilosos, e que a eles as partes não podem ter acesso. Essa regra se encontra superada e em *todos os processos administrativos em atendimento ao previsto no art. 37, caput, da CF, são públicos*[4] *e a eles podem ter acesso qualquer pessoa, incluídos neste rol os acusados, sem que precisem ser assistidos por seus advogados.*

No direito público, não existe sigilo, a não ser que por força de lei as informações sejam consideradas essenciais para a sobrevivência do Estado, o que não é o caso. O Estado de Direito não admite que uma pessoa seja punida, ou fique sujeita à perda de seus bens sem que tenha exercido a ampla defesa e o contraditório, com todos os recursos a ela inerentes.

O exercício da ampla defesa não deve ser entendido apenas como o oferecimento de alegações finais por escrito, mas o direito efetivo do acusado de produzir provas técnicas, apresentar rol de testemunhas

[4] Por força do estabelecido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, não existe no âmbito da Administração Pública Civil ou Militar nenhum ato de natureza reservada ou mesmo de natureza sigilosa. Os atos da Administração Pública são de natureza pública, e nem poderia ser de forma diferente. A Administração Pública existe para atender aos interesses da sociedade, e não de agentes determinados ou de uma pessoa determinada. Todo ato administrativo que se afasta do princípio da publicidade é nulo de pleno direito. Ao Poder Judiciário, no exercício de suas funções constitucionais, cabe garantir e assegurar a publicidade dos atos administrativos.

para a sua defesa perante a autoridade administrativa, podendo inclusive elaborar perguntas, formular quesitos, ou seja, tudo aquilo previsto em lei.

O advogado não é, como pretendem alguns, mero espectador do ato. Toda vez que for necessário, e o procedimento adotado pela autoridade (judiciária ou administrativa) venha a contrariar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, este deve intervir para que o Estado de Direito seja preservado. A manifestação do advogado tem amparo no benefício de ordem, prerrogativa prevista no Estatuto da Advocacia.

Na sindicância acusatória, ao negar-se o direito do sindicado, servidor acusado da prática de uma transgressão, de acompanhar o procedimento, e exercer a ampla defesa e o contraditório, a autoridade administrativa estará violando os princípios previstos na Constituição Federal. A adoção desta prática autoriza o acusado a buscar a proteção jurisdicional, em atendimento ao art. 5º, inciso XXXV, da CF.[5]

5. INTERPOSIÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA E SINDICÂNCIA

A não observância do princípio do contraditório e da ampla defesa na sindicância acusatória é motivo para que um funcionário público, civil ou militar, que se encontra na condição de investigado, impetre perante o Poder Judiciário o mandado de segurança para que lhe seja assegurada a garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso LV, da CF.

No caso de autoridade militar estadual, a autoridade judiciária competente para conhecer do mandado de segurança será a da sede da OPM (Organização Policial Militar), responsável pelo ato

[5] O Poder Judiciário é o guardião dos direitos fundamentais do cidadão, e quando necessário, em razão do princípio da jurisdição única, poderá analisar o mérito do ato administrativo, apesar deste entendimento não ser compartilhado por outros estudiosos do direito administrativo, que seguem as lições de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo. Na realidade, o Poder Judiciário somente não poderia analisar o mérito do ato administrativo caso o Brasil tivesse seguido os preceitos vigentes na França e em Portugal, que adotaram o princípio da jurisdição dúplice.

administrativo.[6] O mandado de segurança deverá ser proposto perante a Justiça Federal no caso de militares que são integrantes das Forças Armadas, uma vez que a Justiça Militar Federal ainda não possui competência para analisar atos de natureza disciplinar.

No momento da propositura do mandado de segurança, o administrado, por meio de seu procurador, advogado, poderá pleitear ao juiz competente para analisar o *mandamus*, a concessão de medida liminar, com fundamento no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*, requerendo à autoridade judiciária para que esta determine a suspensão do processo de natureza administrativa, ou mesmo do ato, até o julgamento da medida, ou que de plano determine a abertura de vista para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

A hierarquia e a disciplina são e continuarão sendo os fundamentos, pilares, das instituições militares, União, Estado e Distrito Federal, mas isso não significa a inobservância dos preceitos constitucionais. Uma corporação, civil ou militar, poderá ser rígida em seus princípios e ao mesmo tempo respeitar a Constituição Federal. Afinal, como dizia Rui Barbosa, a Constituição é Rainha das Leis, a verdadeira soberana dos povos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado tem o direito e o dever de punir uma pessoa, por exemplo, um funcionário público que venha a praticar um ilícito penal, ou administrativo, mas isso não significa que possa deixar de observar os preceitos e as garantias fundamentais que são asseguradas pela Constituição Federal de 1988 a todos brasileiros (natos ou naturalizados), ou estrangeiros residentes no país, e ainda nos tratados internacionais, que foram subscritos pelo Brasil com a devida aprovação do Congresso Nacional.

---

[6] Com a promulgação da EC n. 45/2004, na seara estadual a competência para conhecer os mandados de segurança decorrentes de atos disciplinares praticados por autoridades militares estaduais é do Juiz de Direito do Juízo Militar. No âmbito do Estado de Minas Gerais e do Estado de São Paulo, mesmo o militar se encontrando no interior do Estado deverá ingressar com o mandado de segurança na Capital, onde se encontram as sedes das Auditorias Judiciárias Militares.

O acusado em processo judicial ou administrativo possui o direito de exercer de forma efetiva a ampla defesa e o contraditório com todos os recursos a eles inerentes, conforme o estabelecido no art. 5º, inciso LV, da CF, sem os quais não poderá perder os seus bens ou mesmo ter a sua liberdade cerceada.

Para o efetivo exercício das garantias constitucionais, é necessário que o acusado possa acompanhar todos os atos processuais, sendo a sua presença obrigatória e não facultativa, devendo inclusive ser intimado dos atos processuais pela autoridade administrativa com uma antecedência mínima de 48 horas.

O administrador deve respeitar os direitos do procurador do acusado que se encontram previstos na Lei n. 8.906/94, *que é uma Lei Federal e se sobrepõe a qualquer espécie de decreto ou portaria que trate a matéria de forma diversa*. Quando da realização da instrução probatória, é lícito ao acusado contraditar as testemunhas e a estas apresentar impedimentos ou suspeições.

No caso do processo administrativo denominado de sindicância, quando esta tiver o caráter acusatório deverá ser assegurado ao funcionário, civil ou militar, o direito de exercer a ampla defesa e o contraditório, na forma da Constituição Federal. A não observância desta garantia é motivo para a interposição de mandado de segurança perante a Justiça Militar ou Justiça Federal, que dependerá da situação funcional da autoridade administrativa responsável pelo ato.

No momento da interposição da medida, o autor, administrado, poderá pleitear a autoridade judiciária competente para analisar o *mandamus* a concessão de medida liminar para suspender o processo administrativo, ou o ato processual até o julgamento do mérito da questão.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGIRREAZKUENAGA, Inãki. *La coaccion administrativa directa*. Madrid: Civitas, 1990. 451p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 345p.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil* – Teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 121p.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998. 311p.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Para uma teoria geral da política. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992. 173p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. 184p.

CAETANO, Marcelo. *Tratado elementar de direito administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1943, v. I.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 679p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999. 874p.

CARVALHO NETO, Inácio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. São Paulo: Atlas, 2000. 199p.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administra tivo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

CONSUEGA, Luiz De La Cruz. Policia y comunidad. A *Força Policial*. São Paulo, n. 26, p. 43-48, abr./maio/jun., 2000.

CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito. *Direito e processo penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 185p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. 595p.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 442p.

CRETELLA JÚNIOR, José *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 640p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 307p.

DALLARI, Pedro. *Constituições e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994. 220p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995. 567p.

DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* – Notas de legislação brasileira. Curitiba: JM, 1998. 83p.

PEIXOTO, Abdul Sayol de Sá. *Dicionário das auditorias militares*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 325p.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. 487p.

QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do estado*. São Paulo: Atlas, 1999. 166p.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo.* Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. 615p.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar.* São Paulo: Saraiva, 1994. 352p.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Responsabilidade do estado por atos das forças policiais*. Belo Horizonte: Líder, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 756p.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência* – um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996. 324p.

STERMAN, Sônia. *Responsabilidade do estado – movimentos multidinários*: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 122p.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. 128p.

AMAGIS NUMERO 11.indb 104 20/06/2015 11:40:26

6

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

Reinaldo Daniel Moreira[1]

RESUMO

As teorias da argumentação jurídicas desenvolvidas principalmente a partir da década de 1950 revelam uma preocupação com a prática, sobretudo no que diz respeito à aplicação judicial ou administrativa do Direito, e com a correção racional dos argumentos empregados nos discursos de justificação das decisões jurídicas. Sua principal pretensão é conferir racionalidade à função judicial. Uma proposta de teoria da argumentação jurídica de destaque no contexto atual é a formulada por Robert Alexy. De acordo com Robert Alexy, a forma de aplicação de princípios jurídicos envolve a ponderação. Fundado em aspectos fáticos e jurídicos, o juiz determina, na situação concreta, qual dos interesses em colisão em um caso deve prevalecer.

[1] Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Ex-Professor nos cursos de Graduação e de Especialização na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG e na Faculdade Metodista Granbery, de Juiz de Fora/MG. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

AMAGIS NUMERO 11.indb 105 20/06/2015 11:40:26

Palavras-chave: Argumentação Jurídica. Robert Alexy. Princípios. Ponderação. Racionalidade.

ABSTRACT

The theories of legal argumentation developed mainly from the 1950s reveal a concern about the practice, particularly with regard to judicial or administrative application of law, and with rational arguments correction employees in the speeches of justification of legal decisions. Their main claim is to give rationality to the judicial activity. A proposal for a theory of legal argumentation in current context is formulated by Robert Alexy. According to Robert Alexy, the form of application of legal principles involves weighting. Founded in factual and legal aspects, the judge determines, on the concrete situation, which of the colliding interests in a case should prevail.

Keywords: Legal Argumentation. Robert Alexy. Principles. Weighting. Rationality.

Sumário: 1. Introdução. 2. As teorias da argumentação jurídica e a pretensão de racionalidade do Direito. 3. Os "casos difíceis". 4. A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. 5. Argumentação jurídica e ponderação de princípios. 6. Limites da ponderação: algumas críticas. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar a teoria da argumentação desenvolvida por Robert Alexy, principalmente no que pertine à ponderação de princípios. A partir de considerações gerais acerca das teorias da argumentação jurídica e sua pretensão de racionalização da atividade de aplicação do Direito, passa-se ao enfrentamento das questões pertinentes à proposta da teoria de Robert Alexy, focando primordialmente a argumentação envolvida na ponderação de princípios.

2. AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A PRETENSÃO DE RACIONALIDADE DO DIREITO

Se outrora já se acreditou que a função do intérprete era, de forma neutra e avalorada, revelar o sentido e o alcance das normas,

hoje não mais se questiona que a interpretação jurídica designa uma atividade parcialmente criativa, havendo um verdadeiro "ativismo interpretativo". O aplicador do Direito não se limita a, seca e friamente, reproduzir a lei. Ao contrário, a interpretação acrescenta, em maior ou menor medida, algo novo, previamente não reconhecido, ao texto de lei interpretado.[2]

Tal dimensão criativa ganha especial conotação na interpretação constitucional. Muitas das disposições constitucionais são estruturadas na forma de princípios, normas caracterizadas pela vagueza e indeterminação semântica, proporcionando uma margem maior de atividade interpretativa e argumentativa no momento de aplicação.[3]

Então, o que se pode questionar é o grau de criatividade, as formas, os limites e a legitimidade da participação do intérprete na determinação do Direito[4]. Com o propósito de enfrentar as questões

---

[2] Já dizia Mauro Cappelletti que "[...] quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária 'lawmaking'" (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 24-25.) E também: ATIENZA, Manuel. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre dos casos trágicos. *Isonomía:* Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Alicante, n. 6, p. 8, abr. 1997. Ainda nessa linha: BULYGIN, Eugenio. ¿Los jueces crean derecho? *Isonomía:* Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Alicante, n. 18, p. 24-25, abr. 2003.

[3] Alfonso García Figueroa chega a questionar a conveniência de se enunciar os direitos fundamentais em estruturas principiológicas, dada a abertura e vagueza de tal espécie normativa. Em suas palavras: "Assim, surgem as tensões entre o aspecto político e o aspecto estrutural e funcional dos direitos fundamentais: é acaso aceitável (e, em caso positivo, desejável) que os conteúdos mais importantes da Constituição se formulem sob a forma de princípios?". (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Princípios e direitos fundamentais. Tradução de Fátima Vieira Henriques. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12).

[4] GALVÃO, Paulo Braga; FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Interpretação judicial e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 709. E também: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 441.

aqui colocadas, desenvolveram-se as teorias da argumentação jurídica. Segundo historia a doutrina, os primórdios da teoria da argumentação jurídica devem ser buscados na Antiguidade, como parte integrante do estudo da Retórica. Antes de Aristóteles, a Retórica, criada pelos sofistas, identificava-se com a arte da persuasão por meio dos instrumentos linguísticos. Com o contributo aristotélico, a retórica e a construção de discursos ganha contornos mais definidos, embora anos depois o próprio Aristóteles tenha repudiado seus estudos de argumentação e retórica.[5]

Cícero, posteriormente, retomou os estudos de Aristóteles acerca da Retórica, atribuindo-lhe a tarefa de organização da substância do discurso lógico. Posteriormente, a Retórica é novamente estudada como argumentação, aliando-se à capacidade de uso da linguagem para criação de expressões melhor elaboradas. No período renascentista, a valorização da lógica dedutiva cartesiana fez com que a Retórica fosse praticamente abandonada. Somente em 1953, com Theodor Viehewig, a dimensão argumentativa volta a ser valorizada. Em 1958, Chäim Perelman traz significativa contribuição para a revigoração do estudo da argumentação, com o desenvolvimento da sua "nova retórica".[6]

Das diversas teorias que se ocuparam do processo argumentativo no Direito, as de maior relevo na atualidade têm origem em uma série de obras da década de 1950, todas marcadas pela rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos.[7] Percebeu-se que o chamado "silogismo jurídico" nem sempre respondia e correspondia satisfatoriamente à complexidade envolta no fenômeno do Direito.[8] A subsunção dos fatos a uma norma geral e

---

5 Vide a respeito: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24-25.

6 *Ibidem*, p. 24-26.

7 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, Maccormick e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 45.

8 Nos dizeres de Tércio Sampaio Ferraz Jr.: "A análise formal desse juízo faz-nos pensar, inicialmente, numa construção silogística. Sendo toda decisão jurídica correlata de um conflito que a desencadeia e de uma norma que a institucionaliza, a primeira imagem que nos vem à mente é a de uma operação dedutiva em

abstrata poderia até conduzir a um resultado formalmente lógico, mas, em muitos casos, inadequado para a compreensão da realidade. Ou, como bem expôs Margarida Lacombe "[...] o pensamento jurídico não se conforma com um tipo de raciocínio linear que ignora a dialética e os valores que informam a hermenêutica".[9]

As teorias da argumentação jurídica revelam uma preocupação com a prática, sobretudo no que diz respeito à aplicação judicial ou administrativa do Direito, e com a correção racional dos argumentos empregados nos discursos de fundamentação/justificação das decisões jurídicas.[10] Sua principal pretensão é conferir racionalidade à função judicial. Nesse sentido, pode-se dizer, com Aulis Aarnio, que o significado da teoria da argumentação jurídica é a formulação de conceitos por meio dos quais o julgador pode compreender sua ação melhor que antes, servindo de autêntico instrumento para a melhoria da autocompreensão por parte dos juízes e demais aplicadores do Direito. E, assim, o estudo das teorias da argumentação pode influir na mudança social, ao menos indiretamente, ou mesmo incrementar o *knowhow* e a mudança de ação por parte das instâncias decisórias do Estado.[11]

Neste contexto, a pretensão da argumentação jurídica é a redução da margem de arbítrio e decisionismo nas decisões jurídicas, por meio de critérios racionais.[12] As teorias da argumentação jurídica desempenham um papel fundamental, servindo de instrumental na

---

que: (a) a norma (geral) funciona como premissa maior; (b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e (c) a conclusão, como ato decisório *stricto sensu*. (...) Entretanto, reduzir o processo decisório a uma construção silogística o empobrece e não o revela em sua maior complexidade". (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 316).

9 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 251.

10 BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação Jurídica (verbete). In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/ Editora Unisinos, 2006, p. 65).

11 ATIENZA, Manuel. Entrevista a Aulis Aarnio. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 21, v. 1, p. 434, 1998.

12 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Muller e

busca da controlabilidade das interpretações do Direito, como um fator de legitimidade da decisão judicial, aferida por uma fundamentação racional.[13] O sistema jurídico de um Estado de Direito deve primar pela garantia de um máximo de certeza jurídica para as partes de um processo, e isso só é alcançável pela redução da margem de arbítrio do julgador. Não basta que as decisões jurídicas estejam formalmente corretas. Sua legitimidade está diretamente relacionada ao seu nível de certeza jurídica.[14]

A argumentação, no Direito, desempenha indisfarçável papel, também, na sociedade. Se o Direito é reconhecido como meio autorizado de poder, a interpretação jurídica acaba por ditar e determinar o poder em dado contexto social. Neste momento, é que se destaca o papel da motivação das decisões e do controle de sua racionalidade. É por meio da motivação apresentada que se pode constatar a racionalidade da decisão, o que conduzirá à aferição de sua legitimidade e aceitabilidade enquanto instrumento de poder.[15] No Direito moderno, a motivação das decisões ganha especial relevo diante do pluralismo social e cultural. No quadro complexo de valores que permeia a sociedade, marcada por distintas mundividências, é a aceitação racional que deve ser buscada.

Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 99, abr./jun. 2003.

13 ATIENZA, Manuel. Entrevista a Aulis Aarnio, cit., p. 435.

14 AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 8, p. 26, 1990. E também: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito, cit., p. 136.

15 AARNIO, Aulis. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 4, p. 114, 1987. Margarida Lacombe asseverou o seguinte acerca da necessidade da decisão judicial conduzir à aceitação por parte de seus destinatários: "Entendemos que a existência do direito, enquanto norma individual e concreta, corresponde à sua compreensão, para a qual se abrem várias possibilidades interpretativas. De fato, a concretização da norma é feita mediante a construção interpretativa que se formula a partir da e em direção à compreensão [...] Como ação responsável e não aleatória, procura-se, por meio da interpretação, um significado que seja aceito ao menos por aqueles a quem interessa ao intérprete, adotando-se, para tanto, técnicas de argumentação" (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito, cit., p. 19).

Como propostas de racionalização das decisões judiciais, as teorias da argumentação jurídica se contrapõem tanto a um determinismo metodológico – ou seja, à perspectiva que afirma que as decisões judiciais não precisam ser justificadas, uma vez que partem de uma autoridade legítima, ou, então, que são simples aplicações de normas gerais e abstratas –, quanto aquelas posturas decisionistas, que negam a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, ao argumento que se tratariam de puros atos de vontade.[16]

A atividade decisória jurisdicional muitas vezes transcende à mera aplicação da lei, envolvendo não raro depurados juízos de valor, que abrem espaço à contribuição subjetiva do julgador. E é exatamente a busca da controlabilidade desses juízos que constitui a tarefa central das teorias da argumentação jurídica. É fato que não há uma forma segura de extinguir, eliminar por completo a subjetividade do ato decisório. Conscientes de seus limites, as modernas teorias da argumentação se propõem apenas à tentativa de limitar a subjetividade ínsita ao trabalho interpretativo.[17]

Tal problema se torna ainda mais patente quando se refere à interpretação constitucional, dado ao caráter político subjacente a tal ramo do Direito. Afinal de contas, como pontua Dieder Grimm: "aplicar a norma constitucional envolve um elemento político que pode ser restringido, mas não pode ser evitado".[18] Contudo, ainda

---

[16] ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, Maccormick e outros, cit., p. 22. A respeito da fundamentação como mecanismo de controle social das decisões judiciais, dado o aumento do ativismo judicial: MAIA, Antônio Cavalcanti. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea (posfácio). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 271-294. E também: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39-40.

[17] ÁVILA, Humberto Bergman. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, p. 32, ago. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br> Acesso em: 7 jan. 2008.

[18] GRIMM, Dieder. Jurisdição constitucional e democracia. Tradução de Bianca Stamato Fernandes. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 16, out./dez. 2006. E também, em sentido semelhante: HESSE, Konrad. *Elementos de direito*

assim deve-se atentar para a necessidade de parâmetros que busquem assegurar a racionalidade da decisão.

3. OS "CASOS DIFÍCEIS"

As teorias da argumentação jurídica têm foco especial nos chamados "casos difíceis". Os teóricos da argumentação apresentam como "casos fáceis" aqueles em que não há nada mais do que a pura e simples aplicação do Direito à hipótese concreta. Já os "casos difíceis" envolvem hipóteses em que a questão em litígio não está determinada pelos *standards* jurídicos existentes, requerendo, assim, um labor interpretativo mais elaborado e um maior ônus argumentativo. A justificação das decisões nos chamados "casos fáceis" consiste, de regra, em efetuar um mero raciocínio dedutivo, o silogismo judicial, de cuja conclusão resulta a norma a ser aplicada ao caso. Por outro lado, os "casos difíceis" compreendem situações em que existem dúvidas concernentes à norma a ser aplicada, à questão fática ou a ambas, fazendo com que a solução da decisão não se possa contentar com a simplicidade de um raciocínio dedutivo. Nestes casos, à lógica dedutiva deve-se agregar a chamada "razão prática", consubstanciada em princípios que exigem observância dos ditames de universalidade, coerência e de consenso.[19]

Grande parte dos problemas com os quais nos deparamos na prática jurídica é composta por casos simples, "fáceis", que normalmente não demandam um raciocínio mais elaborado.[20] Muitas vezes o labor do hermeneuta em uma situação concreta se resolve com a subsunção do fato a uma norma preexistente. Todavia, não é incomum que intérprete/aplicador do Direito se depare com "casos difíceis". Nesses casos, a solução do problema jurídico vai demandar um ônus argumentativo maior, e uma participação mais efetiva do aplicador no processo decisório.

---

constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 420-422.

[19] ATIENZA, Manuel. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre dos casos trágicos, cit., p. 09.

[20] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 21.

É certo que as expressões "casos fáceis" e "casos difíceis" são plurissignificativas, designando distintas realidades em diferentes contextos. Pablo Navarro assinala para os múltiplos significados que a conotação de um caso como "difícil" pode assumir. Segundo ele, um caso hipotético "C" pode ser considerado difícil se: a) não há uma resposta correta para "C"; b) as formulações normativas que o envolvem são ambíguas e/ou expressas de forma vaga, possuindo textura aberta; c) o Direito que embasa o caso é incompleto ou inconsistente; d) não há consenso acerca da resolução de "C" na comunidade jurídica; e) "C" não é um caso rotineiro ou de aplicação mecânica da lei; f) "C" não é um caso fácil se ele somente pode ser decidido sopesando-se disposições jurídicas em conflito, mediante argumentos não dedutivos; g) o caso "C" é difícil se ele requer para sua solução um raciocínio embasado em princípios; h) "C é uma caso difícil se a solução de "C" envolve necessariamente juízos morais.[21]

Poder-se-ia sintetizar afirmando, com Manuel Atienza, que nos "casos difíceis" sempre há uma contraposição de valores ou princípios, que deve ser resolvida mediante ponderação, sopesando-se as diversas exigências e razões no caso, em busca da melhor alternativa. Questões jurídicas envolvendo uma dimensão moral significativa são expressões de um "caso difícil". A seu turno, pode-se dizer que um caso é "fácil" quando a subsunção de determinado fato a uma ou mais normas do sistema não resulta controvertida.[22]

4. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

Uma proposta de teoria da argumentação jurídica de destaque no contexto atual é a formulada por Robert Alexy. Foi na década de

[21] NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 14, p. 252-253, 1993. A respeito das divergências acerca da caracterização dos casos difíceis, vide: ATIENZA, Manuel. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre dos casos trágicos, cit., p. 9-13.

[22] ATIENZA, Manuel. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre dos casos trágicos, cit., p. 15.

1970, do século passado, que o autor construiu as bases de sua teoria da argumentação. Sua visão sofre direta influência da perspectiva discursiva de Habermas, representando, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasianas e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito.[23]

Como dito nas linhas precedentes, a marca das mais variadas teorias da argumentação jurídica é a constatação da insuficiência da lógica formal e da subsunção para a explicação do raciocínio jurídico. Robert Alexy enumera como motivos para isso: 1) a imprecisão da linguagem do Direito; 2) a possibilidade de conflito entre as normas; 3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica e que não se enquadram em nenhuma norma válida existente; e 4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão contrariar um texto de lei.[24]

Alexy considera o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, ou seja, do discurso moral. O discurso jurídico trata do que é permitido, proibido ou ordenado, com pretensão de justiça e de correção.[25] Contudo, diversamente do discurso moral ou geral prático, o discurso jurídico apresenta a especificidade de estar vinculado à lei, ao precedente e à dogmática, o que Alexy chama de vinculações institucionais, ou seja, vinculações fundadas na autoridade. Se, contudo, a lei, os precedentes e a dogmática não oferecem resposta a uma questão jurídica (os já mencionados "casos difíceis"), são necessárias valorações adicionais por parte do intérprete. E, para

---

[23] ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica, cit., p. 160. E ainda: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação jurídica* contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 67 e ss.

[24] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, cit., p. 17. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. *In*: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

[25] A respeito da pretensão de correção do discurso jurídico: ALEXY, Robert. A institucionalização da razão, cit., p. 19-25. Alexy conceitua discurso da seguinte forma: "Discursos são séries de ações interligadas devotadas a testar a verdade ou correção das coisas que dizemos. Os discursos que se preocupam com a correção de afirmações normativas são discursos práticos" (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, cit., p. 181).

satisfazer à pretensão de correção e justiça, estas valorações adicionais do Direito devem ser fundamentadas e racionalmente controláveis.[26]

Na formulação alexiana, o jurista deve respeito a um "código da razão prática", composto por um conjunto de regras procedimentais sobre a construção de discursos de justificação de decisões e pautas normativas.[27] Tais regras constroem-se a partir do princípio kantiano da universalidade, devendo ser válidas para qualquer caso que apresente as mesmas características do caso posto à apreciação do intérprete.[28]

Assim, o autor propõe uma teoria procedimental da argumentação jurídica. A construção de um enunciado normativo para a solução de uma dada situação pode ser tida por correta e justa se ela é resultado de um procedimento racional.[29] Alexy acredita na possibilidade de se estabelecer critérios capazes de indicar a racionalidade de decisões fundadas

[26] ALEXY, Robert. A institucionalização da razão, cit., p. 39-40.

[27] Robert Alexy apresenta as regras do discurso racional como "uma série de condições que governem o procedimento de justificação. [...] A observação dessas regras certamente não garante a certeza conclusiva de todos os resultados, mas sem dúvida define os resultados como resultados racionais. A racionalidade, então, não deve ser equiparada à certeza conclusiva. Isso caracteriza a ideia básica do discurso racional prático" (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, cit, p. 180-181). Ou ainda, nas palavras de Thomas da Rosa de Bustamante: "A noção de racionalidade prática abarca um número eclético de características, tais como consistência, coerência, fundamentabilidade, verdade empírica, efetividade, otimização e reflexividade, servindo como o 'fundamento normativo da convivência humana e da auto-compreensão do indivíduo e da sociedade'" (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de.*Argumentação jurídica* contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis, cit, p. 67).

[28] Ana Paula de Barcellos analisa a questão da pretensão de racionalidade do discurso jurídico. Para a autora, a pretensão de universalidade significa, primeiramente, a necessidade de que o intérprete empregue uma argumentação aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual se insere, sendo por todos apreensível. E, em um segundo sentido, demanda que a solução a que chegou o intérprete possa ser generalizada para situações semelhantes ou equiparáveis, como decorrência do dever de isonomia (BARCELLOS, Ana Paula de.*Ponderação, racionalidade e atividadejurisdicional*, cit., p. 126-132).

[29] ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. *In*: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993, p. 58. E também: ALEXY, Robert. A institucionalização da razão, cit., p. 25.

em juízos de valor, como é o caso das decisões na seara do Direito, desde que observado um catálogo de regras, o já mencionado "código da razão prática". No caso específico da ciência do Direito, segundo Alexy, é possível ainda fornecer um catálogo adicional de regras válidas especialmente para a fundamentação de valorações jurídicas, cuja observância pode garantir a racionalidade das decisões.[30] Nos limites estritos do presente artigo, não se fará uma análise pormenorizada das 28 regras que compõem o "código da razão prática" de Robert Alexy. Contudo, vale mencionar que este código é integrado por regras de lógica, regras disciplinadoras da intervenção oral e da participação no discurso jurídico, e regras acerca das cargas de argumentação, entre outras.

Exerce um papel fundamental a noção de razão prática na teoria de Alexy. Ao lado de uma razão teórica, voltada para o ato de "conhecer pelo conhecer", há a razão prática, que tem por finalidade dirigir as ações humanas e aferir sua racionalidade. Enquanto a razão teórica é voltada para a contemplação, o conhecer pelo simples conhecer, a razão prática se dirige à compreensão do agir humano.[31] Dessa forma, a razão prática é o entendimento diretamente dirigido às ações humanas, que podem ser morais – definidas como ações humanas livres, ordenadas à perfeição da vontade –, ou ações situadas no domínio da arte ou da técnica, e que, embora não deixem de ser morais, em virtude de seu caráter livre, se dirigem ao aperfeiçoamento da realidade exterior ao ser humano, e não ao ser humano em si.[32] O empreendimento da razão prática é a busca da racionalização da atuação humana, no caso judicial, do ato humano de decidir do julgador.

Robert Alexy se opõe às posições que negam a possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais. Para ele,

---

[30] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Muller e Robert Alexy, cit., p. 104-105.

[31] BONALDO, Frederico; BENEDUZI, Renato. Razão prática e razão teórica (verbete). In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006, p. 691.

[32] BONALDO, Frederico; BENEDUZI, Renato. Razão prática e razão teórica, cit., p. 692.

não são possíveis teorias morais materiais que permitam, para cada questão prática, extrair-se com segurança intersubjetivamente concludente uma única resposta. Contudo, é possível a construção de teorias morais procedimentais, que formulem regras ou condições para a argumentação ou uma decisão prática racional. Neste contexto, insere-se sua teoria do discurso prático racional, com sistema de regras e princípios do discurso, cuja observância possibilita a racionalidade da argumentação no Direito e de seus resultados. Tais regras, como assinalado, pretendem formular um "código da razão prática", que complementa as regras específicas do discurso jurídico, edificando também as bases para sua justificação e crítica.[33]

Consciente das limitações de sua proposta, Robert Alexynega a possibilidade de que o discurso jurídico conduza a uma única resposta correta para cada caso. A atividade interpretativa no Direito envolve uma dimensão valorativa que se torna ainda mais significativa nos "casos difíceis". A racionalidade de uma argumentação jurídica depende essencialmente de se, e em que grau, as valorações são suscetíveis de controle racional.[34]

Toda discussão tem um ponto de partida, não podendo começar do nada. Esse início consiste no ponto de vista dos participantes faticamente existentes. As pré-compreensões existem também no discurso jurídico. O que se tem que fazer é buscar o tratamento racional da argumentação, já ciente dessa realidade de precondicionamento.[35] Muitas das decisões e tomadas de posições diretamente influentes no curso da argumentação jurídica estão ligadas à carga de valores de

[33] ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa:* Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 5, p. 150, 1988. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 529-530.

[34] ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, cit., p. 149. Como aponta Aulis Aarnio, os textos jurídicos têm lacunas. Não dão, nem podem dar, respostas a todas as questões que somente se materializam posteriormente. Quando o texto jurídico que se examina contém ambiguidades semânticas, o intérprete deve buscar a informação necessária fora do texto (AARNIO, Aulis. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica, cit., p. 112).

[35] ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica, cit., p. 65.

quem decide. Nesse aspecto, ressoa mais uma vez a dimensão moral-valorativa do Direito. Assim, a questão não é negar as valorações, e sim, fundamentalmente, buscar sua controlabilidade racional.[36]

Mesmo não sendo possível no Direito, com a segurança intersubjetiva necessária, chegar-se em cada caso a uma única resposta correta, ainda assim, segundo Robert Alexy, os participantes do discurso jurídico devem revestir suas afirmações e fundamentações de pleno sentido, com a pretensão de que sua resposta para a solução de um dado problema seja vista como a única correta. A busca da única resposta correta deve funcionar como um ideal regulativo, ou seja, algo a ser sempre procurado em cada caso pelo intérprete do Direito.[37]

5. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

De acordo com Robert Alexy, a forma de aplicação de princípios jurídicos, em vista da índole valorativa e aberta correlata a essa categoria de normas, envolveria um raciocínio ponderativo, em que, fundado em aspectos de ordem fática e jurídica, o juiz determinaria, na situação concreta, qual dos interesses em colisão em um caso deveria prevalecer.

Segundo Alexy, existem duas formas de aplicação das normas jurídicas: a ponderação e a subsunção. As regras são aplicadas mediante subsunção, ao passo que os princípios aplicam-se mediante o

[36] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, cit., p. 20. E, no mesmo sentido: AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 8, p. 34, 1990.

[37] ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, cit., p. 151. Aulis Aarnio, na linha de Alexy, também nega que o discurso jurídico possa conduzir a que exista uma única resposta correta. Segundo ele, a pretensão de racionalidade na interpretação jurídica não implica que qualquer um que se ajuste aos princípios da racionalidade deva aceitar racionalmente os mesmos resultados da interpretação. A interpretação jurídica sempre implica uma seleção entre alternativas. Ao tomar uma eleição final, o intérprete não pode ignorar as valorações relacionadas com o resultado da interpretação particular (AARNIO, Aulis. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica, cit., p. 115).

aludido critério metodológico da ponderação. O raciocínio ponderativo encontra-se no centro de muitas discussões teóricas contemporâneas, onde se busca uma definição mais precisa de sua estrutura e seus limites, algo que ainda se está por construir com maior perfeição.[38]

Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo em definitivo. Cumpridos seus pressupostos, opera-se a consequência jurídica nelas prevista. Sua forma típica de aplicação é a subsunção. Princípios, por sua vez, contêm um dever ideal. São *mandados de otimização*. Não contêm um dever definitivo, e sim *prima facie*, exigindo seu cumprimento na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Sua forma de aplicação típica é a ponderação. Somente a ponderação conduz o aplicador do Direito do dever *prima facie* ideal ao dever real, concreto e definitivo para aquele caso.[39] Alexy equipara o mandamento de ponderação à terceira máxima parcial do princípio da proporcionalidade, a chamada proporcionalidade *stricto sensu*, ou seja, ao sopesamento de princípios e interesses em conflito em um dado caso, para a determinação da precedência de um deles, sob dadas condições (a precedência condicionada, na terminologia de Alexy).[40]

---

[38] ALEXY, Robert. A fórmula peso. *In*: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131. Na doutrina brasileira, vale mencionar a significativa contribuição de Humberto Bergman Ávila, ao tratar da ponderação como um postulado normativo aplicativo (ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86 e seguintes). E, também, em uma perspectiva que admite a ponderação não só de princípios, mas também de regras, ou melhor, do conjunto de razões e valores subjacentes às regras: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 201 e ss.

[39] ALEXY, Robert. A institucionalização da razão, cit., p. 37.

[40] ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *In*: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81. Ainda para uma leitura diferenciada da questão, admitindo que a ponderação possa envolver a aplicação tanto de princípios como de regras: ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, cit., p. 36 e ss. Buscando-se uma aproximação do que se deve entender ponderação, pode-se afirmar, com base na lição de Ana Paula de Barcellos, que: "Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*) será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos

Para Robert Alexy, a ponderação é um procedimento racional, embora não conduza sempre a uma única solução, em conta, sobretudo, das valorações envolvidas neste procedimento.[41] E isso não vem senão a destacar o papel da argumentação jurídica na concretização dessas previsões principiológicas, de baixa densidade normativa e indeterminação de conteúdo.[42]

Por certo, a argumentação jurídica envolvendo a aplicação de princípios apresenta-se mais problemática que a argumentação com regras. A argumentação principiológica não conta com a concretude e a determinação típicas da lei ordinária, e, sim, disposições normativas abstratas e altamente ideologizadas.[43] Da mesma forma, os precedentes e a dogmática nem sempre oferecem respostas sólidas para a controlabilidade e a racionalidade da argumentação envolvendo normas com a textura de princípios.[44] A ponderação dos princípios e interesses em jogo, aliada a uma argumentação racionalmente fundada e que atenda aos imperativos de coerência e consistência, é o que de fato ditam a dimensão de eficácia dos princípios jurídicos.

6. LIMITES DA PONDERAÇÃO: ALGUMAS CRÍTICAS

Apesar de a ponderação ter sido recepcionada com bom grado pela doutrina, tanto nacional quanto alienígena, integrando o debate contemporâneo na teoria constitucional, há algum tempo se levantam

normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais" (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 23).

41 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 525.

42 GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Princípios e direitos fundamentais, cit., p. 14. Ainda nas palavras de Ana Paula de Barcellos: "Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade, na expressão de Josef Esser, 'burocrática e técnica'" (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50).

43 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 532.

44 *Ibidem*, p. 535 e ss.

vozes destacando seus inconvenientes, partindo-se da constatação de que a ponderação pode aumentar a discricionariedade judicial, representando, assim, um prejuízo para a segurança jurídica e a própria legitimação da atuação jurisdicional. Deste modo, a doutrina atualmente tem envidado esforços no sentido de emprestar grau maior de racionalidade ao processo ponderativo.[45]

Uma das principais críticas à ponderação vem de Jürgen Habermas. Segundo informa o próprio Alexy, Habermas vê na ponderação a rejeição da racionalidade, considerando-a uma figura meramente retórica. Habermas diz não haver *standards* racionais para a ponderação. Ainda segundo a crítica habermasiana, o procedimento ponderativo pode até ser apto a produzir um julgamento, enquanto resultado, adequado/inadequado, mas não apresenta critérios seguros para justificar esse resultado. Com isso, a ponderação não atenderia à pretensão de correção racional do Direito.[46]

Em sentido semelhante, Friedrich Müller critica a inconsistência metodológica da ponderação, vendo-a apenas como um procedimento formal e que não oferece pautas materiais para a solução dos casos, devido à carência de critérios racionais e objetivos, abrindo as portas à discricionariedade judicial.[47] Ernst Forsthoff também lança suas críticas à ponderação, por vislumbrar na mesma a outorga de um poder excessivo ao Judiciário, em detrimento do Legislativo, legitimado pelo voto a fazer escolhas políticas.[48]

---

[45] Para um inventário das críticas à ponderação: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 50-53.

[46] HABERMAS, Jürgen *apud* ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 296.

[47] A menção a essa posição se encontra em: SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67.

[48] *Ibidem*, p. 68. No Brasil, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins despontam como críticos da proporcionalidade em sentido estrito, máxima parcial da proporcionalidade e que Alexy identifica com a ponderação de interesses, por entendê-la uma usurpação de decisão política pelo Judiciário, afirmando, literalmente: "A proporcionalidade *stricto sensu* é uma construção irracional, dada

De acordo com os críticos, a estrutura do procedimento ponderativo não oferece segurança na aferição de critérios de precedência dos princípios e interesses em colisão. Nos típicos "casos difíceis", as graduações, tanto fáticas quanto analíticas e normativas, são extremamente incertas.[49] Isto abre o espaço a um peso ideológico inarredável no procedimento ponderativo, dependendo fundamentalmente de quem julga o caso, cedendo espaço à subjetividade do intérprete.[50]

Robert Alexy reconhece que sua teoria da argumentação jurídica e a ponderação não permitem a determinação exata, objetiva e definitiva de uma única resposta para cada caso que envolva uma colisão de princípios. Contudo, como já se apontou acima, em sua teoria da argumentação jurídica, a busca de uma única resposta correta é um ideal regulativo, algo a ser buscado, e não necessariamente alcançado.[51] Assim, Robert Alexy nega que a ponderação seja um procedimento despido de racionalidade.[52]

7. CONCLUSÃO

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy desempenha papel de relevo na busca de racionalização do processo de aplicação do Direito. Apesar das críticas lançadas à sua proposta, deve-se reconhecer que a certeza e segurança plenas definitivamente não

---

a impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior 'peso' no caso concreto. Como acreditar que um juiz possa comparar de forma confiável a 'valia' de um direito e a 'desvalia' do outro ou que tenha a capacidade de avaliar se um direito possui 'peso suficiente'?" (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229).

49 Vide, a propósito: BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 26, p. 232, 2003.

50 *Ibidem*, p. 233-235.

51 ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía:* Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Alicante, n. 1, p. 49, octubre 1994.

52 De acordo com Alexy, se a ponderação determinasse tudo, o tribunal constitucional poderia e deveria intrometer em toda parte. Se, ao contrário, a ponderação admitisse tudo, significaria a autorização de, sem vinculação material à Constituição, o Tribunal decidir tudo o que chegar a suas mãos como quisesse (ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada, cit., p. 82).

fazem parte da realidade do Direito. Como bem aponta Bernal Pulido, mesmo o método silogístico de aplicação do Direito apresenta limites, nada lhe garantindo certeza em relação às premissas fáticas e normativas de que se vale. E acrescenta que, se a ponderação não pode eliminar a subjetividade do julgador, ao menos pode fixar o espaço de tal subjetividade, qual a margem de valoração do juiz e explicitar como juízos de valor constituem um elemento na fundamentação das decisões judiciais. As regras do procedimento ponderativo lhe conferem certo grau de racionalidade, embora não elimine a subjetividade inerente ao julgar e fundamentar.[53] Ademais, atualmente o arsenal metodológico do Direito não conta com alternativa apta a substituir a ponderação em situações de conflito de interesses ou princípios constitucionais, mormente se considerando a Constituição um documento aberto a valores.[54]

O que não se pode extrair daí é a total ausência de racionalidade na ponderação. A ponderação, apesar de seus limites, presta importante contributo na racionalização da operação de aplicação de princípios jurídicos. A racionalidade da decisão pode ser aferida a partir da fundamentação de que se vale o julgador ao atribuir "peso" aos interesses e princípios em rota de colisão, e sua conformidade com o quadro de valores consagrado na Constituição. A insegurança jurídica inerente à ponderação tende a ser reduzida com o passar do tempo, na medida em que novos casos semelhantes cheguem à jurisprudência, cristalizando-se, assim, alguns critérios de preferência entre os bens e interesses colidentes em dadas condições.[55] Se tal racionalização não é plena, ela ao menos reduz a margem de abertura valorativa e subjetiva na decisão judicial.

---

[53] BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación, cit., p. 237-238. Igualmente: PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderação judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trota, 2003, p. 151.

[54] SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens, cit., p. 69-70. E também: PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderação judicial, cit., p. 152.

[55] Vide: SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens, cit., p. 70-72. E ainda: PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderação judicial, cit, p. 155.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 8, p. 23-38, 1990.

AARNIO, Aulis. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 4, p. 109-117, 1987.

ALEXY, Robert. A fórmula peso. *In*: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-153.

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. *In*: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19-40.

ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía:* Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Alicante, n. 1, p. 37-49, octubre 1994.

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *In*: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71-92.

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. *In*: ALEXY, Robert. *Derecho y razónpráctica*. México: Fontamara, 1993, p. 57-71.

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-304.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa:* Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.

ALEXY, Robert.*Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert.*Teoría de los derechos fundamentales.* Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, Maccormick e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Aulis Aarnio. *Doxa:* Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 21, v. 1, p. 429-437, 1998.

ATIENZA, Manuel. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre dos casos trágicos. *Isonomía:* Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Alicante, n. 6, p. 7-30, abr. 1997.

ÁVILA, Humberto Bergman. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago. 2001, p. 32. Disponível em: <www. direitopublico.com.br> Acesso em: 7 jan. 2008.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 26, p. 225-238, 2003.

BONALDO, Frederico; BENEDUZI, Renato. Razão prática e razão teórica (verbete). *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, p. 690-695.

BULYGIN, Eugenio. ¿Los jueces crean derecho? *Isonomía:* Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Alicante, n. 18, p. 7-25, abr. 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação Jurídica (verbete). *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar Unisinos, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação jurídica* contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo

Friedrich Muller e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 98-109, abr./jun. 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GALVÃO, Paulo Braga; FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Interpretação judicial e direitos humanos. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 709-730.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Princípios e direitos fundamentais. Tradução de Fátima Vieira Henriques. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3-34.

GRIMM, Dieder. Jurisdição constitucional e democracia. Tradução de Bianca Stamato Fernandes. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 3-22, out./dez. 2006.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MAIA, Antônio Cavalcanti. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea (posfácio). *In*: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 271-294.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 14, p. 243-268, 1993.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderação judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trota, 2003, p. 123-158.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 35-98.

AMAGIS NUMERO 11.indb 128 20/06/2015 11:40:28

7

A AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ELEMENTO SUBJETIVO

Ricardo Rodrigues de Lima[1]

RESUMO

A Constituição Federal dá destaque ao tema e já adianta algumas das consequências a que estão sujeitos aqueles que praticam o ato de improbidade administrativa, o que foi regulamentado pela Lei n. 8.429/92, que disciplina as condutas de quem se enriquece indevidamente em prejuízo do interesse público, de quem causa dano ao erário ou daquele que viola os princípios da Administração Pública. Trata-se de um critério de responsabilidade que não se confunde com as instâncias tradicionais da responsabilidade civil, penal e administrativa e que exige uma análise criteriosa a respeito do elemento subjetivo, evitando-se, com isso, que aquilo que era reservado aos atos desonestos e corruptos se estenda de forma desmedida às outras eventuais ilegalidades.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Autonomia constitucional. Responsabilidade. Penalidades. Elemento subjetivo.

[1] Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Administrativo nas Faculdades Integradas Vianna Júnior, em Juiz de Fora.

AMAGIS NUMERO 11.indb 129 20/06/2015 11:40:28

ABSTRACT

The Federal Constitution gives emphasis to the theme and previews some of the consequenses that those who practise the act of administrative improbity face up to, which was regulated by the Law n. 8.429/92, that manages the concucts of those who get rich unduly, damaging public interest, and those whom violate the principles of Public Administration. It's about a standard of responsibility that do not merges with the taditional instances of civil, penal and administrative responsibility and demands a judicious analysis of the subjective element, avoiding, therefore, the inordinately extention of what was reserved to dishonest and corrupt acts to olher eventual illegalities.

Keywords: Administrative improbity. Constitutional autonomy. Responsibility. Penalties. Subjective element.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentos constitucionais da improbidade administrativa. 3. Reflexo da autonomia na compreensão dos tipos infracionais e punição em outras instâncias. 4. Dosimetria das sanções sob a ótica da autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa. 5. Elemento subjetivo culpa (em sentido estrito) previsto no art. 10 da Lei n. 8.429/92. 6. Referências jurisprudenciais a respeito do elemento subjetivo. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Muito já se discutiu a respeito do enquadramento da responsabilidade por ato de improbidade administrativa nas clássicas instâncias da responsabilidade civil, criminal e administrativa, sendo importante tal definição para que se possa interpretar de forma devida as infrações, as penalidades e o processo judicial.

Há quem diga que se trata de uma quarta espécie constitucionalmente autônoma e que não se confunde com a tripartição tradicional, o que aqui será examinado.

No item 2, serão estudados os fundamentos constitucionais da improbidade administrativa para demonstrar que existe, sim, autonomia em relação a outras esferas de responsabilidade.

O reflexo da autonomia na compreensão dos tipos infracionais e punição em outras instâncias será o assunto debatido no item 3,

seguido do item 4 que cuidará da dosimetria das sanções sob a ótica da autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa.

Outra questão relevante é a análise do elemento subjetivo em matéria de improbidade administrativa, pois, enquanto alguns estudiosos e órgãos do Poder Judiciário exigem a presença do dolo, outros se contentam com a culpa em sentido estrito, o que será tratado no item 5.

Por fim, serão apontadas no item 6 algumas referências jurisprudenciais a respeito do elemento subjetivo.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A primeira referência expressa à improbidade administrativa no texto constitucional está no art. 15, V, que estabelece:

> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
>
> I – (...)
>
> II – (...)
>
> III – (...)
>
> IV – (...)
>
> V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

O art. 37, § 4º da CF diz, por sua vez, que

> os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Além do citado destaque constitucional do tema, o art. 1º consagra o princípio republicano e diz que o Estado brasileiro é democrático de direito, o que exige a observância de três deveres fundamentais que são a transparência, a prestação de contas e a responsabilidade, sendo o último o dever que todo aquele que exerce uma função pública tem em relação à confiança que lhe foi atribuída pelo titular do poder que é o povo (art. 1º, parágrafo único, CF).

Tal confiança traduz o compromisso ético que se exige na gestão da coisa pública e cuja inobservância foi chamada no texto constitucional de improbidade administrativa.

Por isso, é possível, sim, reconhecer autonomia à responsabilidade por ato de improbidade administrativa, o que a torna diferente em suas características se comparada à responsabilidade civil, penal e administrativa.

A responsabilidade por ato de improbidade está prevista no art. 37, § 4º da CF e a Lei n. 8.429/92 cuidou de indicar os casos específicos e as penalidades que não se esgotam na reparação civil, enquanto a responsabilidade civil do agente se encontra prevista no art. 37, § 6º da CF e possui fundamento infraconstitucional nos arts. 43, 186 e 927 do CC.

Conforme já disse o Ministro Eros Grau, do STF, "o elemento central da ação de improbidade não é reparatório" (ADI n. 2.797-DF).

A respeito do tema, José Roberto Pimenta Oliveira leciona:

> A instituição jurídica criada ao redor do artigo 37, § 4º teve objetivo constitucional de envergadura superior. Em sua estrutura, o elemento central é a punição dirigida contra o agente ímprobo, que se quer afastado do exercício da função pública e suspenso temporariamente do seu *status* cívico. (OLIVEIRA, 2009, p. 480).

Também não é o caso de entendê-la como responsabilidade criminal, uma vez que na improbidade administrativa não há uma tipificação fechada de condutas da forma como acontece na definição de crimes (pena específica), além de ter dito o art. 37, § 4º da CF que a punição por atos de improbidade ocorre sem prejuízo da ação penal cabível.

Não sendo uma hipótese de responsabilidade criminal, a ação relativa à improbidade administrativa não autoriza a impetração de *habeas corpus* para trancá-la, uma vez que não há possibilidade de ofensa ao direito de locomoção dos acusados (STJ, HC n. 22.342-RJ, rel. Min. Félix Fischer, Corte Especial, por maioria, j. 18.09.2002, *DJ* 23.06.2003).

Quanto à responsabilidade administrativa, não há confusão por uma razão muito simples, qual seja o fato de que na responsabilidade

por ato de improbidade administrativa quem julga o caso e aplica as sanções é o Poder Judiciário e não a própria Administração.

Aliás, vale a pena mencionar, a título de ilustração, que José Roberto Pimenta Oliveira aponta no nosso sistema jurídico nove instâncias de responsabilização dos agentes públicos, sendo a responsabilidade penal, civil, administrativa e por ato de improbidade administrativa apenas algumas delas.

Diz o citado autor:

> O cometimento de ilegalidades por agentes públicos pode ser colhido em diversos sistemas de responsabilização. Pelas razões elencadas na Parte I, catalogam-se os seguintes sistemas gerais e autônomos: **1.** a responsabilidade por ilícito civil (art. 37, § 6º, *in fine*); **2.** a responsabilidade por ilícito penal comum (art. 22, I); **3.** a responsabilidade por ilícito político-eleitoral (arts. 14 e 22, I); **4.** a responsabilidade por irregularidade de contas (art. 71, II e VIII); **5.** a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º).
>
> Além destes, como sistemas especiais e autônomos de responsabilidade foram identificados outros: **6.** a responsabilidade político-constitucional, consubstanciada na previsão de crimes de responsabilidade (cf. arts. 29-A, §§ 2º e 3º, 50, 52, I, II, 85, 96, III, 102, I, "c", 105, I, "a" e 108, I, "a"); **7.** a responsabilidade político-legislativa, consistente na decretação da perda do mandato parlamentar (arts. 27, § 1º, 32, § 3º, e 55 CF); **8.** a responsabilidade administrativa (arts. 37, IX, 41, § 1º, II e 173, § 1º, II). O último sistema reconhecível, à luz das normas constitucionais, a título de esfera geral de responsabilidade dos agentes públicos, não autônoma, derivada da **9.** responsabilidade pela prática de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). (OLIVEIRA, 2009, p. 413).

Em que pesem os fortes argumentos em favor da autonomia, não se pode desconsiderar algumas importantes vozes na doutrina que tratam do assunto de forma diferente, sendo pertinente a respeito a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que diz:

> A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera

> administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante), caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário. (DI PIETRO, 2013, p. 893).

Outro autor que discorre sobre a matéria é José dos Santos Carvalho Filho que nos ensina:

> As sanções da lei de improbidade são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil. Esse é um ponto sobre o qual concordam praticamente todos os especialistas. Assim, o legislador deveria ter evitado o título "Das Penas" atribuído ao Capítulo III da lei, o que poderia dar a falsa impressão de tratar-se de penalidades inerentes à prática de crimes. Não obstante, adiante-se que, em situações específicas, a serem mencionadas adiante, algumas sanções têm sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável conteúdo penal. O fato, porém, não lhes retira a natureza civil de que se revestem.
>
> Para alguns estudiosos, nem todas as sanções relacionadas no art. 12 teriam essa natureza, caracterizando-se, ao contrário, como medidas ou providências. Discordamos desse entendimento. A uma, porque a lei a elas se refere como sanções e, a duas, porque representam medidas realmente punitivas aos autores de atos de improbidade. Não se trata de meras providências de administração, mas de consequências aplicáveis por força de atos ilícitos. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1.075).

Como se vê, o tema não é tão tranquilo e exige uma correta compreensão para que se possa extrair da legislação que rege a matéria as possíveis e reais consequências que têm por objetivo proteger de forma eficiente o interesse público.

3. REFLEXO DA AUTONOMIA NA COMPREENSÃO DOS TIPOS INFRACIONAIS E PUNIÇÃO EM OUTRAS INSTÂNCIAS

A mencionada autonomia da responsabilidade por ato de improbidade administrativa gera importantes consequências na compreensão das infrações relacionadas em lei e, em especial, permite

a aceitação de tipos abertos de modo a não deixar de fora do alcance da norma nenhuma conduta que permita o enriquecimento ilícito em desfavor do interesse público, a lesão ao erário ou a violação dos princípios da administração pública (arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade).

A tipicidade exigida em matéria de improbidade administrativa não se confunde, por exemplo, com a tipicidade penal, uma vez que aqui se permite a adoção de rol exemplificativo a partir de uma fórmula geral, sendo o que se observa na Lei n. 8.429/92.

Com os olhos voltados para a autonomia, José Roberto Pimenta Oliveira se refere a uma principiologia própria nos seguintes termos:

> [...] a imposição estatal de sanções por improbidade administrativa estão sujeitas aos seguintes princípios basilares estruturantes: (i) princípio da legalidade formal; (ii) princípio da legalidade material ou tipicidade; (iii) princípio da irretroatividade; (iv) princípio da retroatividade da lei mais benigna; (v) princípio da proporcionalidade; (vi) princípio da prescritibilidade e (vii) princípio da culpabilidade.
>
> Sob o ponto de vista formal (ou processual punitivo), exige-se observância dos seguintes princípios: (i) princípio do devido processo legal; (ii) princípio do contraditório e da ampla defesa; (iii) princípio da presunção de inocência; (iv) princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas; (v) princípio do juiz natural; (vi) princípio da duração razoável do processo; (vii) princípio da vedação a *reformatio in pejus*, e (viii) princípio da vedação ao *bis in idem*" (OLIVEIRA, 2009, p. 202).

Vale aqui destacar o princípio da vedação ao *bis in idem,* que poderia sugerir, a princípio, a não possibilidade de cumulação da sanção por improbidade administrativa quando o sujeito já tiver sido punido em outra instância com a mesma espécie de sanção. Contudo, o que o princípio veda é a dupla penalização dentro do mesmo sistema sancionatório, o que não é o caso da improbidade administrativa na medida em que se reconhece a sua autonomia em relação a outras esferas de responsabilidade.

Continuando o seu raciocínio a respeito da cumulação, diz o mesmo autor:

> Se a ordem constitucional instituir, relativamente às mesmas condutas ilícitas, diversidade de sistemas sancionatórios,

> não é possível sustentar ofensa ao *non bis in idem*. O motivo é compreensível: o princípio tem a compostura exata dada pela ordenação fundamental do *jus puniendi* estatal. Havendo *multiplicidade de regime jurídicos* a governar parcelas específicas e inconfundíveis do *jus puniendi* – e, pois, *pluralidade de competências punitivas exercitáveis*, não se coloca então a razão jurídica que preside a existência da garantia constitucional: impedir o uso da *mesma* competência para reprimir e prevenir certo ilícito.
>
> No âmbito da repressão aos atos de improbidade, o princípio do *non bis in idem* cumpre relevante papel. Autoriza, desde logo, o intérprete a reconhecer a independência das sanções por improbidade, em face de outros sistemas de responsabilização incidentes sobre a mesma situação fática qualificada como ato ímprobo. A cumulatividade das sanções por ato ímprobo com as demais previstas é decorrência direta do Texto Constitucional. (OLIVEIRA, 2009, p. 230-231).

Por isso, ao se admitir que a improbidade não é um mero apêndice de outras instâncias de responsabilidade, torna-se possível reconhecer o cabimento da soma de outras punições que são impostas em benefício do interesse coletivo.

Em que pese a autonomia aqui realçada, a absolvição criminal impede a responsabilização nas outras esferas quando se tratar de negativa de autoria ou de ausência de materialidade.

Seria ilógico em qualquer sistema de responsabilidade que, após a Justiça Criminal considerar que o fato não existiu ou que, embora existente, o autor não foi o acusado, que houvesse a responsabilização em outros níveis.

O mesmo não se dá quando, por exemplo, a absolvição no âmbito penal ocorre por insuficiência de provas ou por atipicidade da conduta, uma vez que as provas existentes ou o comportamento em si podem muito bem se mostrar suficientes para a caracterização de um ilícito administrativo, de um ato de improbidade ou de qualquer outro critério de responsabilização diferente do criminal.

4. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES SOB A ÓTICA DA AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 12 da Lei n. 8.429/92 estabelece as sanções a que estão sujeitos aqueles que praticam atos de improbidade e deixa ao aplicador

do direito a possibilidade de dosar as penalidades de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Para tanto, deve o juiz fazer uso dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, observando sempre a gravidade da conduta e, obviamente, as consequências do ato praticado.

A respeito do tema, o TJMG já decidiu:

> Apelações cíveis. Ação civil pública. Sentença. Vício *citra petita* inocorrente. Improbidade administrativa. Ex-Prefeita Municipal. Desvio de verbas da saúde. Reposição ulterior. Irregularidade sem prejuízo ao erário. Dosimetria das sanções. Proporcionalidade e razoabilidade observadas. Primeiro recurso não provido. Segundo recurso prejudicado.
>
> 1. O vício *citra petita* ocorre quando uma ou mais questões deixam de ser examinadas na sentença. Não padece do suposto vício a sentença que deixa de apreciar matéria que não faz parte da pretensão inicial.
>
> 2. Configura a prática de improbidade administrativa o ato do administrador público que desvia verba federal repassada para a saúde pública, apesar de ulterior reposição.
>
> 3. Presente a prática de ato de improbidade administrativa, é correta a aplicação das sanções previstas no art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992.
>
> 4. Pelo princípio da proporcionalidade, somente devem ser cumuladas as sanções previstas nos artigos 11 e 12 da Lei de Improbidade Administrativa quando a gravidade do ato o justificar.
>
> 5. Apelações cíveis conhecidas, não provida a primeira e prejudicada a segunda, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial e rejeitada uma preliminar. (Apelação Cível 1.0153.07.068679-2/001 0686792-53.2007.8.13.0153 - Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes - Data de Julgamento: 22.01.2013 -Data da publicação da súmula: 01.02.2013).

No mesmo sentido é o pensamento do STJ:

> ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. APLICABILIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REQUISITOS. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 7/STJ.

> 1. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) aplica-se a prefeito, máxime porque a Lei de Crimes de Responsabilidade (1.070/50) somente abrange as autoridades elencadas em seu art. 2º, quais sejam: "o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República". Precedente: AgRg no AREsp 6.693/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15.09.2011, *DJe* 27.09.2011.
>
> 2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, tendo o Tribunal a quo concluído que a lide poderia ser julgada antecipadamente por estarem presentes as hipóteses do art. 330, I e
>
> II, do CPC, é inviável, em sede de recurso especial, rever tal entendimento. Precedente: REsp 1.162.598/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 2.8.2011, *DJe* 8.8.2011.
>
> 3. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, "a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. Precedente: AgRg no REsp 1.242.939/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.5.2011, *DJe* 30.5.2011.
>
> 4. Considerando-se os fatos apontados, entende-se que a aplicação das sanções ocorreu de forma fundamentada e razoável, incidindo, ao caso, a Súmula 7 desta Corte.
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 149487 / MS - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0026421-5 - Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS - Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 26.06.2012 - Data da Publicação/Fonte *DJe* 29.06.2012).

Não se pode esquecer, no entanto, do já referido princípio da vedação ao *bis in idem* no âmbito interno da improbidade administrativa e que exige a análise criteriosa dos tipos infracionais e das condutas reprimidas de modo a garantir a observância dos seguintes conceitos principiológicos: a) especialidade (o tipo especial prevalece sobre o geral); b) subsidiariedade (prevalência do tipo mais denso em relação

ao menos denso); c) alternatividade (o tipo mais grave prevalece sobre o tipo menos grave); d) consunção (no caso de ilícitos sucessivos, a conduta mais grave absorve a menos grave).

5. ELEMENTO SUBJETIVO *CULPA* PREVISTO NO ART. 10 DA LEI N. 8.429/92

Não existe qualquer referência a respeito do elemento subjetivo nos arts. 9º e 11 da lei, o que leva a doutrina e os tribunais a entenderem que ali se exige a má-fé, ou seja, o dolo. Contudo, diz o *caput* do art. 10 que as ações ou omissões, dolosas ou culposas, que geram prejuízo aos cofres públicos, caracterizam o ato de improbidade administrativa, o que faz surgir a discussão sobre o fato de ter sido ou não inobservado o conceito constitucional de improbidade administrativa.

Tal referência à culpa *latu sensu* se assemelha à responsabilidade civil prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil e, quanto ao agente público, no art. 37, § 6º da Constituição Federal e art. 43 do Código Civil.

George Sarmento já disse que o "despreparo para o cargo, o desleixo com a coisa pública, a conivência com os desmandos de superiores hierárquicos ou a desídia na gestão dos recursos estatais fazem com que o funcionário, no exercício de suas atribuições, provoque prejuízos ao erário" (SARMENTO, 2002, p. 92).

Poder-se-ia acrescentar que o dever de responsabilidade, próprio do Estado Republicano, conforme já dito, não poderia deixar de fora as condutas descuidadas (culpa) que acabam por gerar prejuízos ao erário e que frustram a confiança que foi depositada no agente, não devendo se vincular ao Poder Público aquele que não se sentir preparado para o exercício de determinado cargo, emprego ou função públicas.

Há que se exigir, no entanto, que a hipótese traduza no mínimo uma inobservância gritante e inescusável do dever de cuidado objetivo do agente, o que pode ser denominado de culpa grave ou culpa consciente, não sendo bastante a simples culpa que leva à prática da mera ilegalidade.

O TJMG, ao julgar o tema, definiu a culpa na lei de improbidade da seguinte forma:

> Ora, o ato de improbidade administrativa pela própria articulação das expressões refere-se a condutas não apenas ilegais, pois ao ato ilegal é adicionado um plus que, no caso concreto, pode perfazer ou não um ato de improbidade. Daí que parte da doutrina bate-se pela perquirição do elemento subjetivo capaz de identificar não qualquer culpa praticada pelo agente público, mas necessariamente, um campo de culpa consciente, grave, denotando indícios de conduta dolosa. Não se trata de culpa leve, característica do agente inábil, aquela que conduz o administrador no erro interpretativo em busca do significado mais correto da aplicação da lei. (Apelação Cível n. 1.0267.05.930497-7/001(1) - Relator Desembargador Brandão Teixeira – *Dje* de 11.11.2005).

No mesmo sentido, é o magistério do Juiz Federal Felipe Veit Leal que disse:

> Ocorre que a improbidade, como já discorrido, remete à desonestidade. Só pode ser considerado ímprobo aquele que age com um mínimo de má-fé, pois a lei não visa a punir o gestor desastrado que, por alguma infelicidade, equivocou-se em determinada decisão.
>
> Não basta que haja a ilegalidade em sentido lato. É necessária a ilegalidade qualificada, qual seja, aquela querida pelo agente público ou particular, sob pena de qualquer ato, muitas vezes irrelevante, sem qualquer intenção do agente, decorrente de um despreparo, vir a ensejar improbidade, aumentando, excessivamente e sem razão, o número de demandas no Judiciário.
>
> Afora isso, indiscutivelmente as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa são severas, como realmente deveriam ser. Refletem o pensamento de que são cabíveis para punir atos relevantes e graves, abarcando agentes públicos e particulares voltados à corrupção. Seria de total desproporcionalidade, por exemplo, suspender os direitos políticos de uma pessoa em razão de uma inobservância atinente a uma formalidade administrativa.
>
> É claro que situações tais implicam sanções administrativas, tais como uma advertência ou mesmo suspensão do cargo, mas impor o rigor das normas esposadas na Lei 8.429/92 sem que haja culpa grave ou, sobretudo, dolo, seria banalizar os institutos da lei, punindo desproporcionalmente fatos de pouca importância. (LEAL, 2012).

Para aqueles que advogam a tese de que basta a culpa para a caracterização do ato de improbidade, a solução pertinente à

proporcionalidade que deve existir, se comparada aos atos dolosos, está na dosimetria das penalidades.

Não se mostra absurdo pensar, por outro lado, que improbidade depende da intenção deliberada de se praticar o ilícito, o que talvez seja o mais correto, uma vez que a expressão, nas palavras de Silveira Bueno, significa *desonradez, canalhice, falta de honra, desonestidade* (BUENO, 2007, p. 424), não se confundindo, portanto, com a ilegalidade que é a violação objetiva da lei e sem que se cogite de qualquer elemento subjetivo.

Tal pensamento não viola os princípios que regem a responsabilidade civil quando se entende que a responsabilidade resultante da improbidade administrativa possui autonomia constitucional.

Nota-se, inclusive, que a improbidade (art. 15, V e art. 37, § 4º da CF) se encontra em posição geográfica diferente da referência à legalidade (art. 37, *caput* da CF) no texto constitucional, o que permite a conclusão de que não traduzem a mesma coisa, não tendo a Constituição Federal dito em momento algum que a simples ilegalidade gera ao causador os efeitos graves impostos pelo mencionado art. 37, § 4º da CF.

José Afonso da Silva, ao falar sobre a probidade administrativa, chega à seguinte conclusão:

> A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem [...]. (SILVA, 2005, p. 669).

Fábio Medina Osório faz uma importante anotação a respeito da mera ilegalidade, sendo suas as seguintes palavras:

> Não é, evidentemente, toda e qualquer ilegalidade comportamental que pode configurar improbidade. Ao contrário, em geral, a mera ilegalidade não adentra esse terreno mais estreito. Nem mesmo toda imoralidade administrativa traduz improbidade, o que significa dizer que a patologia aqui tratada requer uma gradação dos deveres públicos, da normativa incidente à espécie e das respostas sancionatórias cabíveis. Assim, repito, somente o processo interpretativo poderá definir, concretamente, um ato ímprobo, o que não impede o reconhecimento de pautas abstratas e objetivas para os operadores jurídicos. (OSÓRIO, 2007).

Assim, ficaria a improbidade reservada para o desonesto, o corrupto, o desleal, adjetivos que não se mostram condizentes com a situação do descuidado, do inábil, do agente que, em razão de uma deficiente formação, acabou por violar a lei.

Ilegalidade e improbidade são conceitos que não se confundem, não podendo ser chamado de desonesto ou de corrupto aquele que, de forma descuidada e, muitas vezes, por conta da sua má formação técnica, praticou uma simples ilegalidade.

É preciso lembrar que muitos agentes públicos, em especial aqueles que ocupam cargos eletivos e que foram escolhidos de forma democrática, não possuem conhecimento técnico suficiente para decidir a respeito de determinados assuntos.

Não se pretende aqui dizer que a responsabilidade não existe quando se age com culpa, mas, sim, afirmar que a acusação de improbidade deve ser reservada àqueles casos extremos em que a lesão foi produzida de forma consciente e com a nítida vontade de produzi-la ou quando se assume conscientemente o risco do resultado.

Do contrário, correr-se-ia o sério risco de não mais se encontrar ninguém honesto disposto a assumir os pesados ônus de um cargo político que exige decisões rápidas das mais variadas espécies e sobre assuntos complexos que não necessariamente são de conhecimento do administrador.

Responsabilizar o agente em razão de prejuízos por ele causados é uma coisa e outra muito diferente é compreendê-lo nos termos da lei de improbidade e de modo a aplicar-lhe as pesadas sanções nela previstas.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

> [...] A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações

> que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas em lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o aspecto da proporcionalidade entre os meios e os fins.
>
> [...] No caso da lei de improbidade administrativa, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. (DI PIETRO, 2013, p. 905-906).

Alexandre de Moraes, por sua vez, nos ensina:

> A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção [...] O ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da presente lei. (MORAES, 2006, p. 317).

Outro não é o pensamento de Marcelo Figueiredo que diz:

> [...] imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei, há ato de improbidade administrativa, e 'tollitur quaestio'. Será crível afirmar-se que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força de lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis etc. etc. etc. Parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indício de erro no percurso exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. A preocupação não é meramente acadêmica ou fruto de devaneio intelectual. Ao contrário, o agente que violar o art. 10 sofrerá as consequências do art. 12, I – aliás, enérgicas, como veremos mais adiante. Tal linha de raciocínio, segundo cremos, deve presidir a interpretação de toda a lei, que falha ora por erros de redação, má técnica, ora pelo conteúdo. Propõe-se a aplicação dos princípios do devido

> processo legal em sentido substancial, da proporcionalidade, da proibição de excesso e da racionalidade, como meio de se evitar situações arbitrárias. (FIGUEIREDO, 2009, p. 97).

Dentro de tal ótica ter-se-ia que considerar que a referência à culpa no *caput* do art. 10 da Lei de Improbidade merece uma leitura constitucional para adequá-la aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Proporcionalidade significa equilíbrio entre meios e fins, sendo um princípio que, segundo Hélvio Simões Vidal, "é utilizado para aferir o valor justiça dos atos do Poder Público" (VIDAL, 2011, p. 34).

Como diz Edmir Netto de Araújo, uma decisão não será razoável "quando, por exemplo, o sacrifício de um direito ou interesse do administrado não seja proporcional, ou aceitável, em relação ao fim de interesse público que se pretende atingir" (ARAÚJO, 2010, p. 81).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)" (MELLO, 2009, p. 109).

Interpretar a lei segundo a Constituição, conforme José Adércio Sampaio, exige a observância dos seguintes princípios: "a) unidade da Constituição; b) ponderação dos interesses em conflito; c) razoabilidade; d) interpretação conforme a Constituição" (SAMPAIO, 2002, p. 785).

Ao falar sobre a necessidade da leitura da lei nos moldes em que foi cogitada pela Constituição, o hoje Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, diz que se trata de "um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal" (BARROSO, 2008, p. 189).

Lenio Luiz Streck diz que a ideia constitui "um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela" (STRECK, 2007, p. 256 e 257).

Portanto, torna-se perfeitamente possível pensar que, ao se referir à culpa no art. 10, a Lei n. 8.429/92 ultrapassou aquilo que pretendia a Constituição Federal quando cogitou do ato de improbidade no art. 37, § 4º e estabeleceu algumas de suas graves penalidades.

Falando da proporcionalidade em matéria legal, Carlos Ari Sundfeld nos ensina:

> O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (= princípio da 'justa medida') significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote 'cargas coativas excessivas', ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos. (SUNDFELD, 2003, p. 70).

Poder-se-ia imaginar que o pensamento restritivo que se baseia na exigência de dolo deixaria sem a devida punição aquelas situações em que o agente agiu com desleixo em assuntos que demandam maior cuidado e que, por isso, exigiam a assessoria de profissionais habilitados nas diversas áreas de modo a permitir uma decisão administrativa correta.

Ocorre que a responsabilização na Administração Pública não se esgota na improbidade administrativa, uma vez que se pode punir a conduta do agente ou de terceiros beneficiários ou participantes do ato em outras instâncias.

6. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DO ELEMENTO SUBJETIVO

Com a preocupação de não interpretar como sinônimas expressões que possuem conceitos e valores distintos, nossos tribunais já decidiram:

> A acumulação de cargos públicos, um municipal e um estadual, apesar de se caracterizar como ato ilegal, não pode ser reconhecida como ímproba, à inexistência de má-fé do servidor público. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente que (...) a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduz, necessariamente, a falta de boa-fé, a

desonestidade (...) (Resp 480.387-SP) (TJPR, Ap. Civ. 169.169-0, rel. Luiz Cezar de Oliveira, j. 5.10.2005).

O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um *plus*, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé. (STJ, Resp 269.683-SC, rela. Min. Laurita Vaz, j. 6.8.2006, m.v.).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA. DOLO. MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE.

1. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o *status* de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, ou quando há proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba.

2. Os equívocos que não comprometem a moralidade ou que não atinjam o erário, não se enquadram no raio de abrangência do art. 11, da Lei 8.429/92, caso contrário restaria para o administrador público o risco constante de que qualquer ato que viesse a ser considerado nulo, seria ímprobo, e não é esta a finalidade da lei, cujo objetivo é combater o desperdício dos recursos públicos e a corrupção.

4. O Supremo Tribunal Federal faculta à administração a possibilidade de rever seus atos a qualquer tempo, sem que isso implique improbidade do administrador público, nos termos da Súmula 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

5. Apelação não provida e remessa oficial prejudicada. (TRF1 - APELAÇÃO CIVEL: AC 9941 MG 2003.38.03.009941-1 - Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO - Julgamento: 31.05.2005 - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Publicação: 01.07.2005 *DJ* p.14) – Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/default.htm>. Acesso em: 06 maio 2011.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EX-PREFEITO - PROCURAÇÃO OUTORGADA AO VICE-PREFEITO - **AUSÊNCIA** DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR - NÃO CONFIGURAÇÃO DE

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O ato que, embora ilegal, não foi praticado pelo Chefe do Executivo Municipal com desonestidade, imoralidade ou em detrimento do erário público, mas, sim, em virtude de inabilidade do administrador, não gera punição com base na Lei nº 8429/92, principalmente se inexistentes danos à Administração. (Apelação Cível nº 1.0205.04.911289-4/001 – 8ª C. Cível – Rel. Des. Silas Vieira – 01.09.2005) Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 17 maio 2013.

AÇÃO DE **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA** DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. A Lei 8.429/92 da Ação de improbidade administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção **ADMINISTRATIVA**, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade **ADMINISTRATIVA. É** cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.(REsp nº 480387/SP – Rel. Ministro Luiz Fux – 24.05.2004) Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 17 maio 2013.

7. CONCLUSÃO

Enxergar a autonomia constitucional da responsabilidade por ato de improbidade significa dar ao tema a importância que merece e que

tem servido de base para a condenação de tantos desonestos e corruptos que prejuízos causaram e causam ao interesse público e aos cofres do Estado.

Não se trata de reconhecer novas sanções que poderiam ser inseridas nas instâncias tradicionais de responsabilidade e, sim, de possibilitar a soma de outras punições que são impostas em benefício do interesse coletivo.

É preciso, no entanto, dar ao tema a correta dimensão, evitando-se que aquilo que deveria ser reservado aos casos sérios e extremos seja banalizado ao ponto de se reconhecer improbidade em todas as situações de ilegalidade, o que, com certeza, não foi a intenção da lei e, muito menos, é o que deseja a Constituição Federal.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa, prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEAL, Felipe Veit. O elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa e a sua comprovação. *Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região,* Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Felipe_Leal.html>Acesso em: 23 maio 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei Federal 8.429/92. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador*, n. 8, dez. 2006; jan./fev. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 maio 2013.

SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador.* São Paulo: Malheiros, 2003.

VIDAL, Hélvio Simões. *Curso avançado de processo penal*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

<http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 maio 2013.

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Felipe_Leal.html>. Acesso em: 23 maio 2013.

<http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 17 maio 2013.

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 22 maio 2013.

<http://www.trf1.jus.br/default.htm>. Acesso em: 17 maio 2013.

AMAGIS NUMERO 11.indb 150 20/06/2015 11:40:29

8

O JURISTA E FILÓSOFO CLÓVIS BEVILÁQUA

Rogério Medeiros Garcia de Lima[1]

RESUMO

Este trabalho aborda a vida e obra do grande jurista e filósofo brasileiro Clóvis Beviláqua. Seu pensamento filosófico deve ser compreendido no contexto da Escola do Recife. Não foi um filósofo criador e original, mas era dotado de inexcedível habilidade para assimilar o que havia de bom em novas ideias. Após receber forte influência do positivismo, estudou posteriormente outros sistemas e concepções filosóficos. Seu pensamento influenciou intensamente a Filosofia do Direito no Brasil.

Palavras-chave: Clóvis Beviláqua. Pensamento. Filosófico.

ABSTRACT

This article approachs life and work of the brazilian jurist and philosopher Clóvis Beviláqua. His idea must be comprehended in philosophical context of the Escola do Recife. He was not a creative and original philosopher, but he was equipped to insuperable capacity to assimilate the good news ideas. After accept great influence of the positivism, then examined others philosophical systems. His opinion inspired intensely the philosophy of law in Brasil.

[1] Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor no Centro Universitário Newton Paiva e na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

AMAGIS NUMERO 11.indb 151 20/06/2015 11:40:30

Keys words: Clóvis Beviláqua. Thinking. Philosophical.

Sumário: Introdução. 1. Perfil biográfico de Clóvis Beviláqua. 1.1 Nascimento e infância. 1.2 Formação em Direito. 1.3. Recato e vida familiar. 1.4 Morte. 2. Breve passagem pela política. 3. Literatura. 4. Carreira jurídica. 5. O pensamento filosófico de Clóvis Beviláqua. 6. A filosofia do direito em Clóvis Beviláqua. 7. Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda a vida e obra do grande jurista e filósofo brasileiro Clóvis Beviláqua.

Nascido em Viçosa, estado do Ceará, trazia nas veias a mistura de sangue italiano, português, indígena e brasileiro.

Ao iniciar o curso de Direito, interessava-se por política e literatura. Depois de formado, revelou-se a vocação pelos assuntos jurídicos e filosóficos. Foi professor da Faculdade de Direito do Recife.

Casado com Amélia, levava vida familiar afetuosa e pacata. A família instalou-se definitivamente no Rio de Janeiro, quando Clóvis elaborou o projeto de Código Civil brasileiro.

Estudioso e disciplinado, trabalhou diuturnamente até morrer.

O pensamento filosófico de Clóvis Beviláqua deve ser compreendido no contexto da Escola do Recife. Esse movimento, que teve como figura central o professor sergipano Tobias Barreto de Menezes, buscou a renovação do pensamento brasileiro, notadamente no campo jurídico, a partir de novas ideias filosóficas.

O denominado *culturalismo* estava no cerne do movimento recifense. Para Tobias Barreto, cultura é "a antítese da natureza, no sentido de que ela importa uma mudança do natural, no sentido de fazê-lo belo e bom".

Clóvis Beviláqua não foi um filósofo criador e original, mas era dotado de inexcedível habilidade para assimilar o que havia de bom em novas ideias.

Na mocidade, recebeu forte influência do positivismo. Mais tarde, estudou a fundo todos os sistemas e concepções filosóficos. Leu monistas e dualistas, cepticistas e moralistas, enciclopedistas e

ideologistas, pessimistas e otimistas, ecletistas e sensualistas, teologistas e misticistas, quietistas e dogmatistas, positivistas e evolucionistas.

O momento áureo da Escola do Recife não está na Filosofia, mas na Filosofia do Direito. Pela primeira, vez em nossa cultura, o Direito é transformado em fenômeno histórico, sujeito a desenvolver-se no tempo, ligado à vida.

Beviláqua, autor do Projeto do Código Civil brasileiro de 1916, ainda influencia intensamente o pensamento jurídico brasileiro. O Superior Tribunal de Justiça, mais alta Corte brasileira para interpretação da lei federal, proclama, ainda hoje, que o jurista há de aplicar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro. Deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada, pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta.

1. PERFIL BIOGRÁFICO DE CLÓVIS BEVILÁQUA

1.1 Nascimento e infância

Clóvis Beviláqua foi um notável jurista, filósofo, literato e historiador brasileiro. Nasceu em 4 de outubro de 1859, na cidade de Viçosa do Ceará, a cerca de 350 quilômetros de Fortaleza.

A família Beviláqua tem origem italiana (SCHUBSKY, 2006, p. 20-1). Seu avô paterno, Ângelo Beviláqua, chegou ao Brasil entre o final do século XVIII e o início do seguinte. Instalou-se no Nordeste e se casou com Luiza Gaspar de Oliveira, de ascendência indígena.

O avô materno de Clóvis, José Aires da Rocha, era português, enquanto a avó materna, Maria da Costa Ferreira, nasceu no Piauí.

O pai do jurisconsulto, o padre e político cearense José Beviláqua, foi vigário de sua cidade natal, Viçosa do Ceará, na serra de Ibiapaba, onde manteve união estável com Martiniana Maria de Jesus.

Em seu testamento, José afirmou ter vivido "de portas adentro" com Martiniana, natural do Piauí. Da união, entre outros filhos,

nasceu Clóvis. Observe-se que, durante o século XIX, não eram raros elos matrimoniais envolvendo clérigos.

O jurista – verifica-sem – trazia nas veias a mistura de sangue italiano, português, indígena e brasileiro. É um exemplo da miscigenação referida por Gilberto Freyre:

> Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo – há muita gente de jenipapo ou mancha mongólica pelo Brasil – a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro (FREYRE, 1983, p. 283).

Clóvis era um menino meigo e, desde a infância, mostrou-se amigo dos animais, notadamente os pássaros. Antes de completar dez anos, aprendeu as primeiras letras com o pai, padre José. Inclusive rudimentos de francês e latim (SCHUBSKY, 2006, p. 24).

1.2 Formação em Direito

Clóvis iniciou os estudos na Faculdade de Direito de Recife, em 1878. Graduou-se em 1882.

Nos anos iniciais da faculdade, seu interesse era totalmente voltado para a política e a literatura, mais especificamente a crítica literária.

No final do curso, Clóvis passaria a manifestar gosto e vocação pelos assuntos jurídicos e filosóficos. Ao longo da vida, depois de formado, sua produção intelectual multifária desabrocharia em diversos sentidos.

Em seus estudos políticos e literários, emergiu o vigoroso defensor dos ideais republicanos e abolicionistas. Ainda em 1882, participou do Clube Republicano Acadêmico e colaborou com o jornal desse agrupamento estudantil, "A República".

Sob a influência de vultos da inteligência brasileira, especialmente dos pensadores, juristas e escritores sergipanos Tobias Barreto e Sílvio Romero, Clóvis vinculou-se à Escola do Recife, grupo filosófico que representou importante renovação de ideias no país. Na realidade, até o advento da Escola do Recife, não havia qualquer originalidade no pensamento filosófico nacional, profundamente marcado por visão conservadora e arisca às inovações (SCHUBSKY, 2006, p. 28-30).

1.3 Recato e vida familiar

Clóvis Beviláqua casou no Recife, em 1884, com Amélia de Freitas.

Depois de Clóvis ser convidado para elaborar o Projeto do Código Civil, a família fixou residência definitivamente na cidade do Rio de Janeiro.

Segundo a neta Maria Cecília, o avô Clóvis "era um espírito manso, dedicado à esposa, às filhas e à leitura". Abrigava mais de vinte mil livros em sua casa, no bairro Tijuca. Maria Teresa, outra neta, afirma que, à exceção da cozinha e do banheiro, em todos os outros cômodos da residência havia livros: "nas estantes que iam do chão ao teto, quase três metros de altura, e empilhados pelos cantos".

O jurista adorava bichos. Seu insólito mundo incluía animais de estimação, às dezenas: gato, cachorro, tartaruga, aves etc. A neta Maria Cecília revela episódio pitoresco. Alguém se dirigira à casa do avô para pegar um parecer por ele concluído. No entanto, Clóvis fez o cliente esperar, porque um gato estava dormindo sobre o volume de papéis. Tranquilamente, avisou: "Vamos esperar o gatinho acordar" (SCHUBSKY, 2006, p. 36-7).

A casa dos Beviláqua era uma espécie de "epicentro do saber jurídico do Rio de Janeiro". Clóvis recebia diariamente a visita de especialistas e, principalmente, estudantes de Direito.

Nos fins de semana, promovia "almocinhos". Eram "eventos jurídico-gastronômicos que combinavam a boa mesa e apaixonados debates sobre Filosofia, Sociologia, Literatura e, claro, Direito" (SCHUBSKY, 2006, p. 37-8).

O jurista era apaixonado por Amélia, vivia sempre ao lado da esposa. Ela era escritora e Clóvis rompeu com a Academia Brasileira de Letras, que ajudara a fundar, em função da recusa, pela entidade, em aceitar a inscrição de Amélia para disputar a cadeira de Alfredo Pujol (SCHUBSKY, 2006, p. 40).

Não obstante o talento e fama do jurista, Clóvis auferia modesta renda. Disciplinado, acordava todos os dias, por volta das quatro

horas. Tomava o café que ele mesmo preparava e voltava ao quarto para trabalhar. Ali, passava praticamente o dia todo, parando apenas para as refeições ou atender os visitantes.

1.4 Morte

Embora debilitado fisicamente, no dia em que morreu, 26 de julho de 1944, Clóvis repetiu o ritual cotidiano. Só não preparou o café, porque estava adoentado. Ainda pela manhã, a filha Floriza entrou no quarto e encontrou o pai caído, morto. Sobre a mesa, estava o último texto que Clóvis havia produzido (SCHUBSKY, 2006, p. 38-42).

2. BREVE PASSAGEM PELA POLÍTICA

Clóvis Beviláqua, após a Proclamação da República (1889), foi eleito deputado à Assembleia Constituinte do seu Estado natal. Mudou-se para Fortaleza e colaborou ativamente na elaboração da Constituição do Ceará.

Todavia, foi a única vez que exerceu mandato político: "Convidado, mais tarde, para a Câmara dos Deputados e para o Senado, recusou. Francisco Sá quis indicá-lo para Governador do Ceará, mas Clóvis declinou, cedendo a vez a Justiniano de Serpa, e volta para o magistério no Recife, o seu meio intelectual" (ROMÉRO, 1956, p. 55).

3. LITERATURA

Clóvis Beviláqua foi notável escritor e crítico literário. Publicou vários ensaios e se tornou conhecido e respeitado nacionalmente. Foi sócio-fundador da Academia Brasileira de Letras. Ocupou a cadeira catorze, cujo patrono era Franklin Távora.

4. CARREIRA JURÍDICA

Escreveu Hermes Lima: "Toda a atuação de Clóvis Beviláqua verificou-se no campo intelectual. A política não o seduziu. Não o seduziu a advocacia. Desde muito moço ocupa-se de questões gerais de filosofia, de sociologia, de direito e de literatura." (ROMÉRO, 1956, p. 55).

Com dificuldade, conseguiu ser nomeado promotor de justiça em Alcântara, Maranhão. Não primou pela assiduidade e era pouco produtivo (SCHUBSKY, 2006, p. 30).

Em 1889, prestou concurso público e se tornou professor de Filosofia no Curso Anexo da Faculdade de Direito do Recife. A seguir, assumiu a cátedra de Legislação Comparada naquela instituição.

Docente dos mais respeitados, escrevera excelentes livros sobre Direito Civil e Legislação Comparada. Em 1899, Epitácio Pessoa, então Ministro da Justiça, convidou-o a escrever o projeto do Código Civil brasileiro.

José Carlos Moreira Alves, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, assinalou a rapidez impressionante com que Clóvis redigiu o projeto. Desde a sua mudança para a cidade do Rio de Janeiro, vindo de Recife, até a elaboração do texto, decorreram aproximadamente sete meses. Teixeira de Freitas, responsável pela primeira tentativa de elaboração de nossa codificação civil, demorou alguns anos, e não chegou a concluir seu projeto, que já tinha mais de quatro mil artigos. Coelho Rodrigues gastou quase três anos, na Suíça, para a feitura do seu projeto. Concluiu Moreira Alves:

> Um Código Civil, como bem dizia o professor Miguel Reale, é em verdade a Constituição do homem comum, porque nele se faz o detalhamento dos aspectos de vida que a todos interessa. Daí, sua importância capital. (SCHUBSKY, 2006, p. 177).

Clóvis Beviláqua foi assessor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, onde, ao longo de muitos anos, produziu excelentes pareceres. Sua casa tornou-se uma espécie de sucursal do Ministério. "'Tia Dorinha (a primogênita) contava que, em 1934, o governo instalou aqui uma linha telefônica exclusiva para que vovô e o jurisconsulto que assumiu o seu lugar, como consultor do Itamaraty, pudessem conversar', revela Maria Cecília. A linha só teria sido desligada quando Clóvis morreu" (SCHUBSKY, 2006, p. 28-30).

O jurista também elaborava pareceres privados. Eram um alívio financeiro para a família, especialmente depois da sua aposentadoria. Apesar do prestígio alcançado nacional e internacionalmente, Clóvis vivia

em situação de penúria. "Mesmo sendo uma fonte de renda essencial, (...) dava pareceres a quem batesse à sua porta, sem pensar nos honorários. 'Dinheiro não tinha a menor importância. Não era raro aparecer alguém aqui para pagar por um parecer que ele sequer lembrava que tinha feito', acentua Maria Teresa" (SCHUBSKY, 2006, p. 38).

Em suma, o jurista, professor e político San Tiago Dantas cunhou a expressão "oráculo" para se referir a Clóvis Beviláqua, quando discursou durante sessão da Câmara dos Deputados, de 5 de outubro de 1959, em homenagem ao centenário de nascimento do jurista cearense (SCHUBSKY, 2006, p. 142-143).

5. O PENSAMENTO FILOSÓFICO DE CLÓVIS BEVILÁQUA

Não se compreende o pensamento filosófico de Clóvis Beviláqua fora do contexto da Escola do Recife, tantas vezes mencionada neste colóquio.

Nos idos de 1850, Proudhon e outros socialistas começaram a ser citados em Portugal. Sobretudo a partir de 1865, o país acentuou contactos com a cultura estrangeira. Fora de suas fronteiras, processara-se profunda renovação cultural. Construíra-se uma nova síntese, que ultrapassava em muito aquela em que se detivera o primeiro Romantismo português, liberal e católico, com o individualismo iluminista, temperados por certas noções sobre o poder criador do povo no direito e na poesia (Savigny e os Schlegel). Formava-se a "geração de 70".

Nessa mesma época, aparece a "Questão Coimbrã", movimento de renovação literária e ideológica. Enfrentaram-se os defensores do *status quo* literário, desatualizados relativamente à cultura europeia, e um grupo de jovens escritores, estudantes de Coimbra, que tinham assimilado leituras inovadoras. Antero de Quental, nas "Conferências Democráticas", apontava as causas da decadência dos povos peninsulares:

> A Contra-Reforma, o absolutismo régio e a expansão ultramarina, que é como quem fala numa só causa complexiva, a estruturação antidemocrática das nações ibéricas desde meados do séc. XV com vista à conquista e exploração das terras no além-mar. (SARAIVA e LOPES, [s/d], p. 824, 829 e 851).

O famoso romancista português Eça de Queirós chegou a Coimbra em 1861. Considerou simples as condições de ingresso na

universidade, porque a única coisa que interessara aos examinadores fora o seu conhecimento da língua francesa: "E foi tudo ótimo, recitei o meu Racine, tão nobremente como se Luís XIV fosse o lente".

Eça acompanhou a agitação estudantil:

> Cada manhã trazia a sua revelação, como um sol que fosse novo. Era Michelet que surgia, e Hegel, e Vico e Proudhom; e Hugo, tornado poeta e justiceiro dos reis; e Balzac, com o seu mundo perverso e lânguido; e Goethe, vasto como o Universo; e Poe, e Heine, e creio que já Darwin, e quantos outros!.

Com os livros, vinham os ideais:

> Ao mesmo tempo nos chegavam, por cima dos Pireneus moralmente arrasados, largos entusiasmos europeus que logo adotávamos como nossos e próprios; o culto de Garibaldi e da Itália redimida, a violenta compaixão pela Polônia retalhada, o amor à Irlanda.

No entanto, ao contrário do que às vezes se afirma, Eça não pertenceu ao grupo que tornou famosa a Coimbra destes anos. Faltava-lhe a rebeldia de Antero de Quental e o ressentimento de Teófilo Braga (MÓNICA, M. F., 2001, p. 23-24).

O escritor João Pereira Coutinho, porém, salienta que Coimbra foi para Eça uma "escola de revolução", onde encontrou o poeta Antero de Quental (1842-91), o "revolucionário Antero".

A importância de Coimbra não está na jurisprudência que Eça lá aprendeu. Esteve, antes, no *cursus honorum* informal que ele palmilhou. Leu o melhor da filosofia francesa e alemã; a literatura de Balzac; a poesia de Goethe; e o insurrecionismo de Proudhon. Em *Os Maias*, Eça de Queirós retratou o esgotamento de um país – espiritual, material e moral:

> Ou, para voltarmos ao incesto como metáfora, a sua irrecuperável infecundidade. Pela boca do inconfundível João da Ega, eis a sentença fatal: 'Aqui importa-se tudo. Leis, ideias, filosofias, teorias, assuntos, estéticas, ciências, estilo, indústrias, modas, maneiras, tudo nos vem em caixotes pelo paquete'. E importa-se tudo porque os nativos pouco ou nada fazem (COUTINHO, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 nov., 2014).

A figura nuclear da Escola do Recife era o professor sergipano Tobias Barreto de Menezes, que ingressou em 1882, por concurso, como professor daquela faculdade:

> Encarnou a luta entre o escolasticismo formalista de uma tradição jurídica imóvel e as últimas correntes laicizantes e revolucionárias que Tobias desejava encarnar. Foi o maior animador intelectual da época, (...) segundo seus discípulos Sílvio Romero e Graça Aranha (PAES e MASSAUD, 1967, 51-52).

Para Fernando de Azevedo, Tobias Barreto, sem ser filósofo ou pensador original, mas antes agitador de ideias e destruidor de rotinas, prestou à cultura nacional serviços assinalados. Atraiu a atenção para os estudos filosóficos, vulgarizou os autores alemães e contribuiu, como nenhum outro, para a renovação das concepções jurídicas no Brasil:

> A sua coragem indômita e o gosto pela luta que o arrastavam a polêmicas, quase sempre violentas e bravias, como as de Sílvio Romero, outro admirável debatedor de ideias, se lhe tiraram a serenidade para as obras de criação, formaram em torno de seu nome uma atmosfera de batalha e lhe permitiram fazer uma pequena revolução intelectual, de libertação do espírito, numa atmosfera carregada de preconceitos (AZEVEDO, 1964, p. 340).

As primeiras faculdades de Direito surgiram para preparação dos quadros políticos e administrativos do Império brasileiro, logo após a Independência. Com elas, era superada a desvantagem de continuar a tê-los formados, com mentalidade reinol, pela Universidade de Coimbra.

Essa mentalidade ainda estava presente nas sebentas didáticas coimbrãs, associadas às exegeses conservadoras da legislação das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas do Reino de Portugal (CHACON, 2008, p. 11-12).

André Rebouças, escandalizava-se, em 15 de maio de 1864, diante do atraso da Instrução Pública em Pernambuco:

> Os lentes da Escola de Direito são quase pela mor parte ultramontanos. O direito natural é aí ensinado por Pe. Ventura Caparelli. (...) Os alunos são irmãos de Nossa Senhora do Bom Conselho. Acompanham as numerosas procissões do Recife, vestidos de casaca preta, com opa e trazendo pendentes do pescoço uma medalha com as armas da Escola presas a uma fita vermelha (CHACON, 2008, p. 89).

A Escola do Recife reagiu principalmente com Jhering e Kant:

> A reação foi iniciada pelos próprios estudantes em ruidosos e frequentes protestos, e aprofundou a movimentação com 'um bando de ideias novas' na sua definição por Sílvio Romero, rumo à elaboração do Código Civil de Clóvis Beviláqua e Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, aquele aceito nos começos da Primeira República, este recusado ao seu término (CHACON, 2008, p. 11-12).

Para Antonio Paim, a preferência pela vida espiritual, no que ela tem de mais nobre e elevado, caracteriza o projeto da Escola do Recife. Reformar o país é alterar e redirecionar essa camada mais alta de sua tradição cultural, inclusive a meditação de caráter ético.

No plano filosófico, a Escola do Recife soube se situar no momento de interseção em que viveu, quando a Filosofia se defrontava com a onda positiva contestadora de sua validade.

A Escola do Recife desenvolveu interesse pela produção intelectual brasileira, herdada dos primeiros românticos. Despe-a, contudo, da feição ingênua de que se revestira. Esse trabalho assume a forma de inventário. Pretende-se científico e duradouro.

À Escola do Recife pode ainda ser atribuído o mérito de ter lançado as bases da sociologia brasileira.

No entanto, fracassaram as incursões da Escola do Recife na arena política. A única reforma institucional importante que lhe pode ser atribuída é a elaboração do Código Civil de 1916, devida a Clóvis Beviláqua (PAIM, 1997, p. 94-96).

Miguel Reale denominou de *culturalismo* o movimento, característico da Escola do Recife, que elegeu a filosofia como elemento unificador da variada incursão promovida nos diversos componentes da vida social.

Para Tobias Barreto, a cultura é a antítese da natureza, no sentido de que ela importa uma mudança do natural, no sentido de fazê-lo belo e bom". Designa pelo nome geral de natureza "o estado originário das coisas, o estado em que elas se acham depois do seu nascimento, enquanto uma força estranha, a força espiritual do homem, com sua inteligência e vontade, não influi sobre elas e não as modifica (PAIM, 1979, p. 62 e 65).

Tobias Barreto acompanhou a mudança processada na ideia de cultura elaborada na Alemanha. Kant e Hegel permitiram-lhe, cada um a seu modo, compreender a cultura como objeto filosófico. Incluía a capacidade humana de estruturar projetos racionais, base da meditação filosófica. Tobias observou as consequências negativas de se reduzir cultura a uma categoria restrita da ciência sociológica, conforme entendiam os positivistas. Compreendeu-a como expressão de valores e, assim, chegou a um conceito de cultura abrangente da ideia de que se trata de uma forma de controle e aperfeiçoamento do homem e de um resultado da ação:

> A sociedade enquanto conjunto de pessoas em movimento decide pelos valores que ele, formula-os como expressão histórica. Devemos compreender a cultura como um elemento capaz de impor ao sujeito o autoaperfeiçoamento. A cultura passa a ser entendida como um sistema de forças que tem objetivos éticos. A prática cultural provoca a eliminação das anomalias da vida social, e o conceito de seleção natural empregado por Darwin ganha o sentido de uma seleção ética, jurídica, religiosa, intelectual, estética, cuja orientação contraria a noção de evolução biológica (CARVALHO, 2011, p. 82-83).

Clóvis Beviláqua sintetizava:

> Assim como o lago, cristalino ou turvo, reflete o firmamento, cada um de nós reflete, fraca ou fortemente, o espírito dominante na época em que vive, porque o homem é parte componente do meio social, cuja influência necessariamente recebe. (ROMÉRO, 1956, p. 17).

O pensador cearense era cético ao afirmar:

> É bem verdade que não podemos apresentar no Brasil um filósofo que incontestavelmente tenha dado contribuição original e indispensável ao pensamento filosófico e científico da humanidade, a ponto de provocar em Tobias Barreto a afirmação de que: 'não há domínio algum da atividade intelectual em que o espírito brasileiro se mostre tão acanhado, tão frívolo e infecundo como no domínio filosófico' (Tobias Barreto – 'Questões Vigentes' – pág. 245). E o pensador sergipano tinha razão na época em que escreveu, porque pode-se afirmar, em face de indagação histórica, que a Filosofia, nos três primeiros séculos de nossa existência, foi totalmente estranha na literatura nacional, devido ao abandono

> da colônia, e, ainda mais, ao atraso da metrópole, em relação ao pensamento filosófico da época. Foi preciso avançar quase um século mais, para que se deparasse com algum produto desta ordem, e, assim mesmo, como uma pequena realidade.
>
> Entretanto, se nada criamos de original no domínio filosófico, refletiu sempre a nossa mentalidade, mais ou menos intensamente, com firmeza de convicção variável, as tentativas de interpretação do mundo que a ciência universal engendra. Ao tempo em que escrevia Tobias aquelas palavras, estávamos assistindo ao mais brilhante surto, que, no campo filosófico, até então, havíamos conhecido; e, porque Portugal não tinha filósofos, era natural que as nossas vistas se voltassem para outros países, principalmente a França, que, desde longos anos, tem sido a nossa metrópole intelectual, apesar das concessões mais francamente feitas, agora, à literatura alemã, à inglesa, à italiana e à russa (ROMÉRO, 1956, p. 169).

Clóvis não foi um filósofo criador e original, mas era dotado de inexcedível habilidade para assimilar o que havia de bom em novas ideias (ROMÉRO, 1956, p. 170).

Foi um livre pensador e definiu filosofia como a mais alta generalização dos conhecimentos humanos fornecidos pela ciências particulares. Para ele, o caráter essencial da filosofia, o que a distingue de todos os outros conhecimentos, é a universalidade (ROMÉRO, 1956, p. 171 e 198).

Ainda moço, foi influenciado pelo grande movimento filosófico nascido e propagado na França, sob a influência de Auguste Comte. Esse movimento repercutiu no Brasil por intermédio dos grandes vultos como Miguel Lemos e Teixeira Mendes. Atraiu figuras das mais representativas da cultura brasileira, como Benjamin Constant, Martins Júnior, Clodoaldo de Freitas, Pereira Barreto e tantos outros, quase todos adeptos do regime republicano (ROMÉRO, 1956, p. 172).

A Proclamação da República no Brasil, em 1889, decorreu de um movimento militar inspirado pelo ideário positivista. A bandeira nacional, desde então, ostenta o dístico *Ordem e Progresso*:

> Os oficiais que se reuniam (à volta do Marechal Floriano Peixoto) possuíam outras características. Eram jovens que haviam frequentado a Escola Militar e recebido a influência do positivismo. Concebiam sua inserção na sociedade como

> soldados-cidadãos, com a missão de dar um sentido aos rumos do país. A República deveria ter ordem e também progresso. Progresso significava (...) a modernização da sociedade através da ampliação dos conhecimentos técnicos, do crescimento da indústria, da expansão das comunicações (FAUSTO, 1994, p. 246).

No Rio, onde fez estudos preparatórios, recebeu Clóvis Beviláqua os primeiros ensinamentos do positivismo, por intermédio dos trabalhos de Miguel Lemos, mas se firmou na doutrina no Recife, lendo o próprio Comte. Aprimorou seus conhecimentos com o estudo dos trabalhos de Littré e S. Mill, os dois maiores comentaristas do positivismo.

Mais tarde, estudou a fundo todos os sistemas e concepções filosóficos, lendo monistas e dualistas, cepticistas e moralistas, enciclopedistas e ideologistas, pessimistas e otimistas, ecletistas e sensualistas, teologistas e misticistas, quietistas e dogmatistas, positivistas e evolucionistas. Decorrido algum tempo, Clóvis Beviláqua notou algumas falhas na doutrina do positivismo e passou a se dedicar ao transformismo darwínico, depois ao monismo haeckeliano, para terminar firmando-se no evolucionismo spenceriano, talvez devido à influência de Tobias Barreto e Sílvio Romero, que a princípio foram também comtistas.

Entretanto, Clóvis não se submeteu incondicionalmente ao grande pensador inglês, naqueles pontos em que o evolucionismo ainda não conseguiu convencer plenamente, nem calar as rebeldias da crítica, como na classificação dos conhecimentos humanos, na teoria sobre o desenvolvimento das ideias religiosas e na tentativa de conciliação entre a religião e a ciência (ROMÉRO, 1956, p. 172).

Considerava o agnosticismo, sem dúvida, uma das notas fundamentais da Filosofia deste século:

> Porém o sábio que afasta em todos os domínios da natureza a intervenção do sobrenatural não poderá, sem notável inconsequência, fazer do que ele ainda não conhece uma redoma onde vá colocar um princípio que ele ainda conhece menos. Prefiro considerar a religião como uma criação fundamental do espírito humano sim, porém que emudece quando o verdadeiro sábio a interroga sobre as dúvidas que lhe atormentam o espírito indagador' (Clóvis Beviláqua – 'Sílvio Romero' – Lisboa, 1905 – pág. 41) (ROMÉRO, 1956, p. 197-198).

Em síntese:

> Clóvis Beviláqua foi um espírito aberto à compreensão e à tolerância ideológica, mesmo quando seu pensamento era divergente. Não fez da Filosofia o maior motivo de suas preocupações mentais; mas durante vários anos teve nela um objetivo consciente de realização, estruturado e definido através de páginas que evidenciam uma inteligência superior. Foi o direito que atraiu, em definitivo, o seu espírito; jamais, porém, abandonou a visão filosófica dos problemas humanos na pesquisa jurídica. A sua obra de jurista tem sangue de pensador da Filosofia: é uma das raízes mais penetrantes de sua grandeza. (NOGUEIRA, 1959, p. 45-46).

6. A FILOSOFIA DO DIREITO EM CLÓVIS BEVILÁQUA

Para Antonio Paim, o momento áureo da Escola do Recife não está na Filosofia, mas na Filosofia do Direito. Pela primeira, vez em nossa cultura, o Direito é transformado em fenômeno histórico, sujeito a se desenvolver no tempo e ligado à vida. Tobias Barreto, seguindo Jhering, mas igualmente contribuindo com ideias próprias, proclamou que, ‘‘no imenso mecanismo humano, o direito figura também como uma das peças de torcer e ajeitar, em proveito da sociedade, o homem da natureza’’. Não mais o direito natural abstrato e divinizado, mas o fenômeno histórico, produto cultural da humanidade, ligado à violência e à luta. Numa expressão magistral Tobias Barreto diria que ‘‘a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força’’ (PAIM, 1997, p. 96).

Prossegue Barreto:

> Dizer que o direito é um produto da cultura humana importa negar que ele seja, como ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus póstumos sectários, uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem.
>
> A proposição do programa é menos uma tese do que uma antítese; ela opõe à velha teoria, fantástica e palavrosa, do chamado direito natural, a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte comum de todas as conquistas e progressos da humanidade em seu desenvolvimento.

> (...) Quando, pois, dizemos que o direito é um produto da cultura humana, é no sentido de ser ele um efeito, entre muitos outros, desse processo enorme de constante melhoramento e nobilitação da humanidade; processo que começou com o homem, que há de acabar somente com ele, e que aliás não se distingue do processo mesmo da história (BARRETO, 2001, p. 31-33).

Clóvis Beviláqua também assinalou suas concepções jurídicas:

> Não é preciso discutir agora as diferentes definições dadas ao direito por filósofos e juristas. Seria ocioso. Como resultado de indagações anteriores, estabeleçamos que, sociologicamente, o direito é uma regra social obrigatória, quer sob a forma de lei, quer sob a de costume. É desse ponto de vista que JHERING o define: 'complexo das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas pelo poder público'. Olhando-o por esse mesmo aspecto, disse STAMMLER que o direito não é mais do que 'o modo pelo qual os homens realizam, em comum, a sua luta pela existência'. (...)
>
> Era preciso dar ao direito maior elasticidade, para que ele não fosse um entrave à evolução social, que, afinal, depois de alguma resistência, passaria por cima da lei assaz rígida, desorganizando a função normal das fontes jurídicas dos tempos modernos. Percebeu-o, inteligentemente, um dos mais ilustres mestres da Faculdade de Paris, BUFNOIR. Compreendendo que o direito oferece uma extensão maior do que a dos textos, e que não é a lógica o único instrumento de que se deve servir o intérprete, ensina que 'a ciência do direito deve dobrar-se às exigências da vida real, e a solução que preconiza é a mais em harmonia com as necessidades e as tendências da sociedade, no meio da qual desenvolve as suas doutrinas.'. Esta orientação é seguida por SALEILLES, que desenvolve o ponto de vista do BUFNOIR; por GENY, que dá um passo adiante e quer estabelecer o prestígio da livre indagação científica, 'inspirando-se nos resultados fornecidos por todas as disciplinas, que, analisando o mundo social, revelam, na sua estrutura íntima e nas suas exigências profundas, o que se pode chamar de natureza positiva das coisas; por LAMBERT, o profundo e erudito escritor do 'Droit civil comparé', e por muitos outros.
>
> Esta feição nova da doutrina em França e as audácias crescentes de jurisprudência, mostram, de um lado, que as ideias sobre interpretação já não satisfazem mais hoje as exigências do momento; que a lei não é a fonte única do direito; e que a vida social reagem incessantemente sobre o direito (BEVILAQUA, 1976, p. 17, 18, 47 e 48; grifos no original).

A grande contribuição do jurista Clóvis Beviláqua – um dos maiores, senão o maior que o Brasil conheceu – ainda se faz presente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a mais alta Corte nacional para interpretação da lei federal:

> O jurista, salientava Pontes de Miranda em escólio ao Código de 1939 XII/23, 'há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro'. 'Para cada causa nova o juiz deve aplicar a lei, ensina Ripert (Les Forces Créatives du Droit, p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muita vez tem longo passado'; 'deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada', pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta. (Trecho do voto do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do Recurso Especial n. 196-RS, *Revista dos Tribunais*, v. 651, p. 170-173 janeiro de 1990).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Fernando de. *A cultura brasileira* – Introdução ao estudo da cultura no Brasil. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, v. XIII, 1964. (Obras Completas).

BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito* – política brasileira. São Paulo: Landy, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

CARVALHO, José Maurício de. *Miguel Reale*: Ética e filosofia do direito. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

CHACON, Vamireh. *Formação das ciências sociais no Brasil* (Da Escola do Recife ao Código Civil). 2. ed. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 2008.

COUTINHO, João Pereira. Eça agora!, *Folha de S.Paulo*. São Paulo, Caderno *Ilustríssima*, p. 4-5, 2 nov. 2014.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento Educacional, 1994.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 22. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983.

MÓNICA, Maria Filomena. *Eça*: vida e obra de José Maria Eça de Queirós. Rio de Janeiro: Record, 2001.

NOGUEIRA, Alcantara. *O pensamento filosófico de Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: DASP – Serviço de Documentação, 1959.

PAES, José Paulo; MASSAUD, Moisés (Org.). *Pequeno Dicionário de Literatura Brasileira*. São Paulo: Cultrix, 1967.

PAIM, Antonio. *O estudo do pensamento filosófico brasileiro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1979.

PAIM, Antonio. *A Escola do Recife* – Estudos complementares à História das ideias filosóficas no Brasil. 3. ed. Londrina: Editora UEL, v. V, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROMÉRO, Lauro. *Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

SARAIVA, António José; LOPES, Óscar. *História da literatura portuguesa*. 4. ed. Porto: Porto Editora [s/d].

SCHUBSKY, Cássio (Org.). *Clóvis Beviláqua*: um senhor brasileiro. São Paulo: Lettera.doc, 2010.

9

AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO PELA INÉRCIA DA PARTE QUANDO INTIMADA PARA ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS

Yeda Monteiro Athias[1]

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de fazer um estudo sobre a ausência de preclusão pela inércia da parte quando intimada para especificação de provas no processo de conhecimento, pelo rito ordinário, visto que é costumeiro os advogados, na audiência de instrução e julgamento, insurgirem-se sobre a colheita da prova testemunhal. Para tanto, foram analisadas as normas legais que estabelecem o tema de pesquisa, de acordo com a doutrina, a jurisprudência e precedentes dos Tribunais Superiores, utilizando-se as lições de hermenêutica, a fim de encontrar a solução harmônica com o ordenamento jurídico vigente, quanto à possibilidade de serem ouvidas as testemunhas, desde que arroladas tempestivamente.

Palavras-chaves: Prova testemunhal. Procedimento ordinário. Prazo para arrolar testemunhas. Preclusão.

ABSTRACT

This research's purpose is studying the absence of estoppel caused by the inaction of the party, when summoned forevidencespecification in prejudgment phase of thecognitive proceeding, as it is usual for attorneysto objectthe examination of witnessin the preliminary

[1] Desembargadora da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

AMAGIS NUMERO 11.indb 169 20/06/2015 11:40:31

hearing.Therefore,the legal standards,doctrine,case law andprecedents of the Superior Courts related to this paper's topicwere analyzed, according to hermeneutic lessons, in order to find a harmonic solution regarding the possibility of hearing the witness if enrolled timely.

Keywords: Witnessevidence. Cognitive proceeding. Term of witness enrollment. Estoppel.

Sumário: 1. Introdução. 2. Prazo para apresentação do rol de testemunhas no rito ordinário. 3. Preclusão da prova testemunhal pela juntada extemporânea do rol de testemunhas. 4. Admissibilidade de oitiva de testemunhas arroladas tempestivamente, ainda que não haja manifestação da parte quando intimada para especificação das provas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente tema exsurgiu pelo fato de ser usual, na prática do processo de conhecimento, pelo procedimento ordinário, não somente o magistrado valer-se do despacho de especificação de provas, como também, ser utilizado em ato ordinatório pelas secretarias do juízo, sendo que nem sempre as partes se manifestam quando intimadas do referido despacho, o que leva à interpretação equivocada de preclusão da prova testemunhal em audiência.

Portanto, pretende-se discorrer sobre o prazo estabelecido no Código de Processo Civil para apresentação do rol de testemunhas, bem como sobre o instituto da preclusão quando as testemunhas forem arroladas extemporaneamente.

Após análise das normas que regulamentam o tema de pesquisa, de acordo com a doutrina, jurisprudência e precedentes dos Tribunais Superiores, serão utilizadas as lições de hermenêutica, a fim de se encontrar a solução harmônica com o ordenamento jurídico quanto à possibilidade de oitiva das testemunhas arroladas no prazo estabelecido no art. 407 do Código de Processo, eis que neste estudo não se pretende analisar o prazo para apresentação do rol de testemunhas no procedimento sumário.

Este estudo é de grande valia para os operadores do Direito, sobretudo para correta compreensão quanto à possibilidade de oitiva das testemunhas arroladas tempestivamente no processo de conhecimento, pelo rito ordinário, ainda que ausente a manifestação da parte quando intimada para especificação das provas.

2. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS NO RITO ORDINÁRIO

No processo, não se deve confundir o momento adequado para requerer a prova testemunhal, com o prazo para apresentação do rol de testemunhas, visto que em se tratando de procedimento ordinário, as partes, autor e réu, respectivamente, na peça inicial (CPC, art. 282, VI) e na contestação (CPC, art. 300), declaram as provas que pretendem produzir, para comprovação de suas alegações; enquanto que o prazo para apresentação do rol de testemunhas, encontra-se estabelecido no art. 407, do Código de Processo Civil, *verbis:*

> Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local do trabalho, omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 dias antes da audiência

Como se vê, a parte deverá apresentar o rol de testemunhas no prazo assinado pelo juiz no despacho que designar a audiência de instrução e julgamento, sendo certo que na ausência de prazo fixado pelo juiz, o rol de testemunhas deve ser apresentado no prazo legal de até 10 (dez) dias antes da audiência, sob pena de preclusão, eis que o prazo do art. 407 do CPC é preclusivo.

Sobre o assunto, assim decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:[2]

> PROCESSUAL CIVIL. ROL DE TESTEMUNHAS. PRAZO. FIXAÇÃO JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO. PRECLUSÃO. Sob pena de preclusão, cabe à parte apresentar o rol de testemunhas no prazo fixado pelo juiz, quando da marcação da audiência de instrução e julgamento. Apenas se o despacho designativo for

[2] REsp 828.373, Rel. Min. Castro Filho, j. 17.08.2006.

> silente a respeito é que passa a ser observado o prazo de 10 (dez) dias fixado no artigo 407 do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido.

No que concerne à contagem do prazo legal (CPC, art. 407) de até 10 (dez) dias antes da audiência, convém observar que se conta regressivamente, conforme o art. 184 do CPC, iniciando-se a partir da data da audiência, com exclusão deste dia e inclusão do dia do vencimento, antecipando-se a entrega do rol quando a contagem encerrar em dia não útil, sendo certo que o referido prazo para apresentação do rol de testemunhas deve ser observado pela parte, ainda que as testemunhas compareçam à audiência, independentemente de intimação.

É oportuno observar que a imposição de prévia apresentação do rol de testemunhas tem por escopo, não só possibilitar à parte elaborar seu questionamento, como também investigar as pessoas arroladas, a fim de tornar possível eventual contradita da testemunha pela parte contrária, haja vista que no rol de testemunhas deverá conter a identificação precisa da pessoa que prestará depoimento como testemunha, como nome, profissão, residência e local de trabalho.

Sobre o tema, nada melhor do que transcrever a lição do Prof. Humberto Theodoro Júnior:[3]

> Esse prazo é estabelecido pelo Código em benefício da parte contrária, a fim de que possa conhecer com a necessária antecedência a idoneidade da prova que contra si vai ser produzida.

No mesmo sentido, é o ensinamento do Prof. Ernane Fidélis dos Santos:[4]

> A finalidade da apresentação do rol de testemunhas antecipadamente é dar oportunidade à parte contrária de examinar a prova. Se a audiência for adiada, o prazo se reabre, porque tal fim não fica frustrado.

---

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v.1, p. 536.

[4] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I, p. 499.

Há que se observar, que ainda remanesce a controvérsia quanto à possibilidade de apresentação do rol de testemunhas se adiada a audiência de instrução e julgamento, pois para alguns, ainda que haja o adiamento da audiência de instrução e julgamento e a parte não apresentou o rol de testemunhas para a audiência que foi adiada, não lhe cabe alegar o direito de depositar o rol, por não se admitir a apresentação do rol de testemunhas fora do prazo do art. 407 do CPC, que é preclusivo e peremptório, não se prorrogando em razão de suspensão ou adiamento da audiência, conforme foi decidido, por maioria, pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Mandado de Segurança,[5] impetrado contra o ato do Desembargador Relator no Agravo de Instrumento n. 1.0024.04.444046-9/001.

Enquanto, que, para outros, com base nos ensinamentos dos Professores Humberto Theodoro Júnior e Ernane Fidélis dos Santos, sustentam que se o prazo para arrolar testemunhas é em benefício da parte contrária, para ter ciência dos nomes e qualificação das pessoas que irão depor e possibilitar eventual contradita e, se no prazo da nova audiência designada, for apresentado o rol de testemunhas, além de não haver prejuízo a parte contrária, não se verifica nenhuma restrição no art. 407 do CPC quanto à possibilidade de produção da prova testemunhal, por não ter sido iniciada a instrução.

Nesse ponto, foi o posicionamento da 4ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça:[6]

> RECURSO ESPECIAL. APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS (ART. 407 DO CPC). AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ADIADA. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO ASSEGURADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.1. Possui o artigo 407 do CPC dupla finalidade: uma, meramente operacional, qual a de garantir antecedência suficiente para permitir a intimação, em tempo hábil, das testemunhas; e outra, mais importante, de assegurar à parte contrária a prévia ciência de quais pessoas que irão depor.

[5] Mandado de Segurança n. 1.0000.08.472657-9/000, rel. Des. Duarte de Paula – j. 22.09.2010.

[6] REsp 209.456/MG, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, j. 27.08.2007.

> 2. No caso em testilha, houve o adiamento da audiência, sem que houvesse o início da instrução, visto que dois dos requeridos não haviam sido intimados a tempo para o ato processual; parece claro que, em tal situação, não se vulnerou qualquer das garantias objetivadas pela norma; por isso, não se afigura correto, haver como preclusa a faculdade, como entendeu o Tribunal *a quo*. 3. Recurso especial conhecido e provido.

Ainda no que pertine ao adiamento da audiência, sem que a parte tenha arrolado as testemunhas no prazo da audiência adiada, é oportuno anotar que a exigência do prazo do art. 407 do CPC advém da necessidade da parte ter os elementos indispensáveis para identificar as pessoas arroladas como testemunhas, a fim de possibilitar eventual contradita de testemunha. Logo, se a audiência não se realizar na data marcada e sequer foi iniciada a instrução, pelo princípio da instrumentalidade das formas, nada obsta à parte arrolar e até mesmo substituir as testemunhas, observados o prazo estabelecido no *caput* do art. 407 do CPC, contado regressivamente da data da nova audiência, bem como o parágrafo único do art. 407, no que se refere ao número de testemunhas para a prova do fato, por não prejudicar a parte contrária e não criar nenhum obstáculo ao regular andamento do processo, conforme vem entendendo os Tribunais Superiores.

3. PRECLUSÃO DA PROVA TESTEMUNHAL PELA JUNTADA EXTEMPORÂNEA DO ROL DE TESTEMUNHAS

Sobre o fenômeno da preclusão e sua essência, o Prof. Humberto Theodoro Júnior[7] citando Chiovenda, assim preleciona:

> A essência da preclusão para Chiovenda vem a ser a perda, a extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se houverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício (grifei)

Em outras palavras, a preclusão é "um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual".[8]

---

[7] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit*. p. 609.

[8] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, n. 207.

É pacífico na doutrina e jurisprudência que o prazo do art. 407 do Código de Processo Civil é preclusivo. Logo, somente não se admitirá a oitiva das testemunhas quando arroladas extemporaneamente, isto é, quando inobservado o referido dispositivo legal que estabelece o prazo de 10 (dez) dias antes da audiência para apresentação do rol de testemunhas, quando não fixado outro prazo pelo juiz na ocasião que proferiu o despacho designando audiência de instrução e julgamento.

4. ADMISSIBILIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS TEMPESTIVAMENTE, AINDA QUE NÃO HAJA MANIFESTAÇÃO DA PARTE QUANDO INTIMADA PARA ESPECIFICAÇÃO DAS PROVAS

A princípio, convém observar que o despacho ou ato ordinatório de "especificação de provas" não está previsto na legislação processual vigente, com exceção da revelia (CPC, art. 324), sendo praxe usual adotada, com amparo no Código de Processo Civil de 1939.

Sobre o tema, Alexandre Freitas Câmara[9] discorre que:

> É praxe no procedimento ordinário, após o oferecimento da réplica, determine o juiz às partes que especifiquem as provas que pretendem produzir. Tal costume está intimamente ligado a um dos vícios dos advogados, que nas petições iniciais e nas contestações raramente especificam as provas que pretendem produzir, preferindo apresentar um genérico 'protesto' pela produção de todos os meios de prova admissíveis. A ausência de especificação de provas na petição inicial e na contestação leva os juízes a determinar que tal especificação se faça após o oferecimento da réplica.

Portanto, na hipótese de a parte não se manifestar sobre a produção de provas, quando intimada no curso do processo, não significa dizer que desistiu das provas requeridas oportunamente, seja na inicial, pelo autor (CPC, art. 282, VI), seja na contestação, pelo réu (CPC,

[9] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. I, p. 349.

art. 300). Logo, é forçoso reconhecer que não ocorre a preclusão, pela inércia da parte diante do despacho que determinou a especificação de provas, desde que seja apresentado o rol de testemunhas no prazo estabelecido no art. 407 do Código de Processo Civil.

Com efeito, de acordo com a sistemática processual vigente, basta o requerimento de produção de provas na petição inicial (CPC, art. 282, VI) e na contestação (CPC, art. 300), inadmitindo-se o reconhecimento da preclusão quando as partes deixarem de se manifestar sobre o despacho para "especificação de provas", visto que além do referido despacho e/ou ato ordinatório não constar em nosso ordenamento jurídico, não gera qualquer efeito, conforme vem decidindo o nosso Tribunal de Justiça, *verbis:*

> AÇÃO DE COBRANÇA. REQUERIMENTO DE PROVAS. INICIAL. MOMENTO ADEQUADO. DESPACHO DE ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS. SILÊNCIO DO AUTOR. IRRELEVÂNCIA. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO MAGISTRADO. SENTENÇA CASSADA. Segundo determina o Código de Processo Civil (artigo 282, VI), as provas com que o autor pretende demonstrar a veracidade dos fatos devem ser indicadas na petição inicial. Portanto, o Juiz deve se manifestar sobre o requerimento expresso de provas formulado na inaugural, independentemente do silêncio da parte frente ao despacho que determinou a especificação de provas, não se operando a preclusão. Deixando o Magistrado de se pronunciar sobre tal pedido, a cassação da sentença é medida que se impõe.[10]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – MOMENTO OPORTUNO DE ESPECIFICAÇÃO – SILÊNCIO DA PARTE – DESIGNAÇÃO AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – POSSIBILIDADE DE AMBAS AS PARTES ARROLAREM TESTEMUNHAS – PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Apesar de ter o agravante se mantido silente no momento oportuno de especificação de provas, o mesmo tem o direito de produzir prova testemunhal de seu interesse em audiência quando esta é designada pelo juiz, independente do seu requerimento,

[10] Apelação Cível n. 1.0702.04.171505-4/002, Rel. Des. Renato Martins Jacob, j. 30.11.2006.

observado o disposto no art. 407 do CPC. Homenagem ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa[11].

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESPACHO QUE DETERMINA A ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS – SILÊNCIO DA PARTE – PRECULUSÃO – INOCORRÊNCIA. De acordo com a sistemática processual civil pátria, a especificação de provas deve ser feita na petição inicial, a teor do artigo 282, VI, e na contestação (art. 300, do CPC). Qualquer oportunidade que se conceda às partes para indicar ou especificar provas não gera qualquer efeito, nem induz preclusão, não se aplicando os arts. 183 e 185, ambos do CPC.[12]

AÇÃO ANULATÓRIA – PEDIDO DE PROVA PERICIAL FORMULADO NA INICIAL – INTIMAÇÃO PARA ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS – INÉRCIA DO AUTOR – JULGAMENTO ANTECIPADO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – PETIÇÃO INICIAL É O MOMENTO PROCESSUAL DE INDICAÇÃO DE PROVAS – DESPACHO DE ESPECIFICAÇÃO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – INÉRCIA DO AUTOR QUE JÁ INDICOU AS PROVAS NA INICIAL NÃO PODE PREJUDICÁ-LO.[13]

5. CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado sobre o tema, outra não é a conclusão, senão a de admissibilidade de serem ouvidas as testemunhas, quando arroladas no prazo previsto no art. 407 do Código de Processo Civil, isto é, 10 (dez) dias antes da audiência de instrução e julgamento, quando não fixado outro prazo pelo juiz na ocasião do despacho que designou audiência de instrução e julgamento, ainda que haja inércia da parte quando intimada para especificação de provas, por ausência de preclusão, desde que haja o requerimento das provas oportunamente, seja na inicial, pelo autor (CPC, art. 282, VI), seja na contestação, pelo réu (CPC, art. 300).

---

[11] Agravo n. 1.0079.04.164693-0/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 08.03.2007

[12] Apelação Cível n. 1.0702.07.391019-3/001, Rel. Des. Osmando Almeida, j. 07.10.2006.

[13] Apelação Cível n. 1.0024.07.383488-9/002, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 12.02.2008.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. II.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Vade Mecum 800 em 1*. Franca: Lemos & Cruz, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002, v. I.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* Salvador: Podivm, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Dierle *et al. Curso de direito processual civil*: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. IV.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 2 jun. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <www.tjmg.jus.br> Acesso em: 2 jun. 2012.

ESPAÇO ABERTO

AMAGIS NUMERO 11.indb 179 20/06/2015 11:40:31

AMAGIS NUMERO 11.indb 180 20/06/2015 11:40:31

10

COMENTÁRIOS À LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO

Carlos Alberto Rohrmann[1]

RESUMO

A Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o uso do meio eletrônico para a prática de atos processuais e criou o processo eletrônico no Brasil. Embora a efetiva e ampla aplicação da Lei n. 11.419, de 2006, ainda dependa de a tecnologia ser mais disponibilizada, várias experiências no país já se fazem sentir, com destaque para a Justiça do Trabalho. Este texto comenta todos os dispositivos da Lei n. 11.419/2006 do processo eletrônico do Brasil.

Palavras-chave: Processo eletrônico. Lei n. 11.419/2006. Informatização do Processo no Brasil

ABSTRACT

The Brazilian Federal Statute n. 11.419 of December 19th, 2006, regulates the use of cyberspace for the practice of procedural acts and created the electronic law suit in Brazil. Although the actual and wide application of the Statute n. 11.419 of 2006 still depends upon

[1] Doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley. Mestre em Direito pela UCLA. Mestre em Direito Comercial pela UFMG. Coordenador didático do Mestrado em Direito Empresarial na Faculdade de Direito Milton Campos. Coordenador-Geral da Pós-Graduação das Faculdades Milton Campos. Procurador do Estado de Minas Gerais.

AMAGIS NUMERO 11.indb 181 20/06/2015 11:40:32

the technology, there are already many successful experiences in the country, especially in the Labor Courts. This text comments all the articles of the Statute that regulates electronic law suits in Brazil.

Keywords: Electronic law suits. Statute n. 11.419 of 2006. Brazilian digital law suits.

Sumário: 1. Introdução. 2. O uso do meio eletrônico para a prática de atos jurídicos. 3. A informatização do processo judicial. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O uso do mundo virtual para a prática de atos jurídicos já vem de longa data. Defendemos a tese que o surgimento das telecomunicações modernas, em 1835, deu início ao espaço virtual que, por óbvio, muita complexidade ganhou ao longo das duas últimas décadas. A utilização do mundo virtual para a prática de atos processuais será analisada neste artigo, para tal, no capítulo dois, fazemos uma breve apresentação do tema sob uma ótica comparativa. O capítulo três, verdadeiro núcleo deste texto, é dedicado a comentar, artigo por artigo, todos os dispositivos da Lei n. 11.419 de 2006. A nossa conclusão é favorável ao advento da Lei do Processo Eletrônico, com uma observação acerca do risco de fraude que é inerente à utilização do mundo virtual.

2. O USO DO MEIO ELETRÔNICO PARA A PRÁTICA DE ATOS JURÍDICOS

A Lei n. 11.419, cujo texto comenta-se abaixo, deu andamento ao ciclo de normas voltadas para a institucionalização do processo judicial eletrônico, informatizado ou virtual no Brasil:

> LEI N. 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006.
>
> Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.
>
> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: [...]

A informatização do processo judicial é um fenômeno que já vem sendo desenvolvido há mais de duas décadas. As primeiras utilizações foram limitadas à prestação de informações através dos computadores dos órgãos do Poder Judiciário. O advento da Internet e a facilidade de acesso à rede internacional de computadores tornaram tal prestação de informações maior e mais acessível aos advogados.

A aplicação da informática como fonte do suporte eletrônico para o estabelecimento de certas relações jurídicas traz consigo vantagens associadas à eficiência, à rapidez e à facilidade da prática de certos atos, independentemente da presença física. Assim, torna-se possível a "projeção" da pessoa que, sem estar presente em um determinado local, pode praticar um ato jurídico pelo ambiente eletrônico ou virtual.

O fenômeno da "projeção" causou muita discussão ainda no início da década de 1990, com a popularização da Internet. As questões relacionadas à "falta de fronteiras" no mundo virtual levaram a indagações sobre qual seria a lei aplicável a determinado ato praticado, por projeção, no meio eletrônico. Um exemplo é a regulamentação do teletrabalho, quando o prestador do serviço situa-se em um país e o tomador em outro.

O caráter eminentemente territorial do direito doméstico de cada país levou os doutrinadores até mesmo à crença de que o ambiente virtual não seria passível de regulamentação pelo direito.

Hoje, muitas das questões teóricas referentes à possibilidade, ou não, da aplicação do direito ao mundo eletrônico já se encontram superadas. A tendência pela regulamentação local, com a aplicação do direito doméstico, vem demonstrando a viabilidade da regulamentação jurídica dos atos jurídicos praticados no ambiente eletrônico.

Apesar da tendência da regulamentação dos atos informatizados pelo direito tradicional, não se pode negar que algumas características do espaço virtual tornam a aplicação das normas um pouco mais difíceis. Entre tais características, podemos citar, a título exemplificativo: a dificuldade de se fazer prova em juízo; a presença de pessoas tecnicamente muito qualificadas e que têm a capacidade de fazer duplicações e alterações em documentos eletrônicos; a ausência da presença física e a possibilidade de automatização das tarefas. Estes

exemplos apontam para aquela que deve ser a maior preocupação quando da prática de atos jurídicos em ambientes eletrônicos: a fraude.

A ocorrência de fraudes em transações eletrônicas é um fator de preocupação jurídica e que leva a uma primeira constatação: em face de a duplicação e a alteração de documentos digitais serem relativamente fáceis para um técnico da computação, o documento eletrônico deve ser analisado com mais rigor do que o documento tradicional impresso em papel.

É claro que a vida moderna requer a utilização do meio virtual e as pessoas têm praticado atos jurídicos que têm como suporte exclusivamente a mídia eletrônica. Há um equilíbrio entre a segurança e a eficiência, como no caso da utilização dos bancos eletrônicos; entre o risco de fraude e a rapidez, presente no caso do envio de declarações do imposto de renda pela Internet; ou entre a exigência da presença física da parte contratante e a facilidade de se celebrar um ato jurídico sem sair de casa, como no caso dos contratos de aquisição de passagens aéreas ou pacotes celebrados em *web sites* das empresas de aviação.

Nota-se interessante tendência das pessoas em terem uma sincera crença na tecnologia digital. Pode-se citar como exemplo a urna eletrônica, que dispensa completamente o voto em cédulas de papel. Uma vez que não há o voto em papel para conferência, toda a confiabilidade do sistema de eleição fica baseada na tecnologia da urna eletrônica.

A prática de atos jurídicos em ambiente eletrônico, informatizado, já é uma constante entre nós e, como vimos, vai desde a celebração de contratos eletrônicos e transações bancárias até as eleições.

As mesmas facilidades listadas anteriormente parecem aplicáveis no caso do advogado que quer praticar atos processuais. A comodidade de se enviar uma petição escrita por meio de correio eletrônico, sem a assinatura manuscrita, em vez de se dirigir até o protocolo físico do fórum, é evidente. Por outro lado, os riscos também devem ser um fator de preocupação. O caso de uma petição poder ser juntada digitalmente a um processo, sem que tenha sido efetivamente enviada pelo advogado, por ter sido objeto de fraude, é uma preocupação evidente.

Antes de se passar à análise específica da Lei n. 11.419/2006, que busca regulamentar a informatização do processo judicial, traz-se

interessante decisão interlocutória proferida nos Estados Unidos, em julho de 2003, que demonstra curiosa situação processual advinda da informatização do processo naquele país, já há algum tempo.[2]

Em um processo, havia a possibilidade de a petição ser enviada eletronicamente para o protocolo do judiciário até a meia-noite do último dia do prazo. Especificamente neste caso, uma das partes protocolizou eletronicamente a petição aos quatro minutos e vinte e sete segundos do dia seguinte ao último dia do prazo. Após tal petição, alguns documentos eletrônicos que acompanharam a petição ainda tiveram o tempo registrado como uma hora, onze minutos e quinze segundos.[3]

O primeiro comentário do juiz foi que ele "não sabe disto pessoalmente porque estava em casa dormindo, porém, isto é o que o registro do sistema de protocolo do computador da Corte diz" e o magistrado norte-americano, concluindo, afirmou que aceitava como verdade o que o computador registrara.[4]

Esta observação do magistrado aponta para a presunção de veracidade dos atos eletrônicos e do próprio funcionamento perfeito do sistema computacional. Neste caso concreto, tudo indica que o advogado da parte realmente protocolizou a petição nos quatro minutos do dia seguinte ao término do prazo, porém, caso tivesse havido falha do sistema, certamente uma longa discussão judicial poderia ter-se iniciado.

---

[2] IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE WESTERN DISTRICT OF WISCONSIN ORDER 02-C-647-C HYPERPHRASE TECHNOLOGIES, LLC and HYPERPHRASE INC., Plaintiffs, v. MICROSOFT CORPORATION, Defendant.

[3] *Idem*.
"Pursuant to the modified scheduling order, the parties in this case had until June 25, 2003 to file summary judgment motions. Any electronic document may be e-filed until midnight on the due date. In a scandalous affront to this court's deadlines, Microsoft did not file its summary judgment motion until 12:04:27 a.m. on June 26, 2003, with some supporting documents trickling in as late as 1:11:15 a.m."

[4] *Idem*.
"I don't know this personally because I was home sleeping, but that's what the court's computer docketing system says, so I'll accept it as true."

A outra parte prontamente requereu não fosse conhecido o pedido da petição em decorrência da intempestividade.[5]

Talvez para evitar tal discussão acerca da responsabilidade pelo registro posterior ao término do prazo por pouco mais do que quatro minutos, o magistrado, após tecer considerações sobre a falta de pontualidade, que é de vital importância para a Corte, decide não só por conhecer da petição serôdia assim como por antecipar que, caso a outra parte precise, poderá, no futuro, protocolizar uma petição eletrônica com até quatro minutos e meio de atraso e ainda enviar os documentos eletrônicos em mais setenta e dois minutos.[6]

O termo "informatização do processo" refere-se ao uso da informática quando da prática dos atos processuais que, tradicionalmente, se davam por petição escrita ou oralmente e eram posteriormente reduzidos a termo. Como se terá oportunidade de verificar no texto da lei, existe a possibilidade do uso da Internet para o envio de petições. Entende-se o meio criado pelas telecomunicações modernas como o "espaço virtual" ou o "mundo virtual", ou o

---

5 *Idem*.
"Microsoft's insouciance so flustered Hyperphrase that nine of its attorneys, namely […] promptly filed a motion to strike the summary judgment motion as untimely. Counsel used bolded italics to make their point, a clear sign of grievous iniquity by one's foe. True, this court did enter an order on June 20, 2003 ordering the parties not to flyspeck each other, but how could such an order apply to a motion filed almost five minutes late?"

6 *Idem*.
"Microsoft's temerity was nothing short of a frontal assault on the precept of punctuality so cherished by and vital to this court. Wounded though this court may be by Microsoft's four minute and twenty-seven second dereliction of duty, it will transcend the affront and forgive the tardiness. Indeed, to demonstrate the even-handedness of its magnanimity, the court will allow Hyperphrase on some future occasion in this case to e-file a motion four minutes and thirty seconds late, with supporting documents to follow up seventy-two minutes later.
Having spent more than that amount of time on Hyperphrase's motion, it is now time to move on to the other Gordian problems confronting this court.
Plaintiff's motion to strike is denied.
Entered this 1st day of July, 2003.
BY THE COURT: STEPHEN L. CROCKER
Magistrate Judge"

"mundo *online*". O fato de o meio ser virtual não significa que ele não seja real. O virtual se opõe ao atual, e não ao real. Assim, caso o processo seja totalmente informatizado e gravado em um meio ótico, por exemplo, e não em papel, ele é real; todavia, ele se atualiza a cada vez que for acessado.

3. A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

> CAPÍTULO I – DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL
>
> Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

O *caput* do art. 1º da Lei n. 11.419/2006, explicitamente, admite a transmissão de peças processuais por meio eletrônico e a própria tramitação do processo judicial eletrônico. Portanto, não há mais que se falar em nulidade somente com base no fato de o ato processual ter sido praticado tendo o meio eletrônico (que terá definição legal no § 2º) como o seu suporte.

A Lei n. 9.800/99, que regulamenta o uso de fax, não é revogada pela lei nova. Destarte, quando se tratar de envio de fax, continua a viger a exigência de protocolo da petição no prazo de cinco dias. Por outro lado, quando se enviar a petição eletrônica nos termos da lei nova, não há mais que se falar nas formalidades da Lei n. 9.800/99.

> § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

Trata-se de uma lei de direito processual e que tem aplicabilidade bastante genérica, uma vez que abrange o processo civil, penal e trabalhista em todos os graus de jurisdição. Uma indagação é quanto à aplicabilidade da lei em análise ao processo administrativo, que se apresenta como uma tendência natural. Todavia, a lei em análise é aplicável especificamente ao processo judicial.

> § 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

> I – meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

A lei define de forma abrangente o meio eletrônico de forma a incorporar tanto o armazenamento estático dos arquivos digitais como o seu tráfego. Assim, estão englobados os dispositivos de memória primária, como as memórias RAM e os dispositivos de memória secundária, como os meios magnéticos (os discos rígidos e os discos flexíveis), os meios óticos (os CDs e os DVDs) e outras formas de memória que venham a ser inventadas e incorporadas ao sistema computacional de armazenamento de arquivos digitais.

A definição legal de meio eletrônico compreende também o tráfego de documentos. Estão, pois, compreendidos na definição de meio eletrônico todos os arquivos digitiais em deslocamento.

A abrangência da lei ao acomodar o tráfego de arquivos dentro do conceito de meio eletrônico vai ao encontro da própria conceituação doutrinária de espaço virtual que, como já se teve oportunidade de expor, compreende não apenas a Internet, porém toda a mídia criada pelas formas modernas de telecomunicações. Portanto, o meio eletrônico, conforme definido em lei, não é apenas o elétron ou o meio magnético (como as fitas, os discos rígidos e flexíveis), mas também o meio ótico (feixes de luz).

> II – transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;

Nesse inciso, a lei privilegia a utilização da rede mundial de computadores, a Internet, como rede a ser preferencialmente usada na transmissão eletrônica. A Internet pode ser entendida como uma rede de computadores e de outras redes de computadores que utiliza o TCP-IP como o seu protocolo de comunicação.

Este dispositivo da lei, ao incentivar a utilização da rede mundial de computadores, não veda a transmissão de arquivos por outras formas, tais como por aparelhos celulares de transmissão de dados. Caso o órgão do Poder Judiciário ofereça a teconologia para receber transmissões eletrônicas que não tenham origem na rede mundial de computadores, não há que se falar em nulidade. Por outro lado, não

pode a parte exigir que o Judiciário se adapte às suas necessidades e conveniências a ponto de disponibilizar todas as formas de transmissão e de comunicação de dados a distância. Trata-se, pois, de uma questão relacionada à própria discricionariedade do órgão judicial, que, após dar preferência à rede mundial de computadores, poderá, sem dúvida, disponibilizar outras tecnologias de transmissão e recepção de dados.

Cumpre uma última observação quanto às hipóteses de comunicações que se originam em dispositivos não padronizados da rede mundial de computadores. Em tais casos, havendo a interligação com o órgão do Poder Judiciário, por meio da rede mundial de computadores, caso, em decorrência da origem em dispositivos não padronizados, ocorra algum mau funcionamento, ou uma recepção ruim, o risco corre por quem enviou a transmissão sem atender à preferência legal pela rede mundial de computadores. Cabe, pois, a quem for utilizar outro equipamento, o dever de diligência junto ao órgão do Poder Judiciário, no sentido de avaliar, com antecedência, a compatibilidade de seu equipamento (seja um novo aparelho de comunicação de dados via comunicação celular, por exemplo) com o sistema oficial ligado à rede mundial de computadores.

> III – assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

A doutrina conceitua assinatura eletrônica de forma bastante ampla como sendo "qualquer forma de identificação inequívoca utilizada no ambiente virtual ou eletrônico", normalmente a forma mais usada de assinatura eletrônica são as senhas. Senhas, identificadores, códigos ou outras formas digitais convencionadas pelas partes para identificar as pessoas em ambiente eletrônico são entendidos como assinaturas eletrônicas.

A lei em tela foi bastante específica ao trazer interpretação do que seria assinatura eletrônica e, como se depreende das letras "a" e "b" a seguir, a lei compreende apenas a assinatura digital e a assinatura eletrônica decorrente do cadastro de usuário no Poder Judiciário.

> a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

Há uma diferença entre o conceito de "assinatura digital" e o conceito de "assinatura eletrônica". A assinatura digital é uma espécie do gênero das assinaturas eletrônicas. A assinatura digital envolve, sempre, técnicas de criptografia assimétrica e a presença de certificado digital emitido por uma terceira parte conhecida como "Autoridade Certificadora".

A assinatura digital é um substituto eletrônico que busca ter os mesmos efeitos da assinatura civil. Todavia, ela não é a imagem digitalizada da assinatura manuscrita.

A assinatura digital é um conjunto grande de caracteres alfanuméricos inseridos em uma mensagem digital e que é criptograficamente gerada a partir da própria mensagem e de uma "chave privada" de criptografia:

> A criptografia é um recurso da técnica da computação que permite, a partir de um arquivo digital, gerar um arquivo protegido, como se fosse "embaralhado" pelo programa de computador de criptografia, que pode ser simétrica, ou assimétrica, senão vejamos:
>
> Existem dois tipos básicos de criptografia – a "simétrica" e a "assimétrica". Na primeira, o programa que codifica o "texto" em caracteres indecifráveis, vale-se da mesma "chave", tanto para criptografar quanto para "descriptografar", ou "decriptar". Já na criptografia assimétrica, a "chave" utilizada para criptografar a mensagem é uma (denominada chave privada), ao passo que a chave necessária para descriptografar é outra (denominada chave pública).
>
> A criptografia simétrica não é a mais adequada para o comércio eletrônico, uma vez que há necessidade do compartilhamento da chave privada de certa pessoa com as demais partes envolvidas nas transações, o que levaria a uma grande sensação de insegurança na confiabilidade do método.
>
> Já com a criptografia assimétrica, a chave privada é de conhecimento apenas do seu dono e não circula pela rede de computadores. Nota-se, pois, que há uma garantia de sigilo, e, consequentemente, de segurança muito maior do que com a mera utilização de uma senha que circularia pelo meio eletrônico, a qual poderia ser interceptada.

A assinatura digital é gerada, para cada documento digital, a partir dos seus dados, com a utilização da chave privada de

criptografia à qual é associado um certificado digital. Quando se utiliza a assinatura digital, em cada documento enviado pelo ambiente eletrônico, o programa de computador usa os dados do documento mais a chave privada de criptografia do seu titular para gerar uma assinatura digital específica. O documento é enviado ao destino que se vale da chave pública correspondente à chave privada do assinante para checar se o documento foi enviado com a criptografia do titular dessa chave privada.

O funcionamento da criptografia é todo eletrônico e, na prática, o destinatário recebe um documento eletrônico com um certificado digital de que a chave privada utilizada para gerar a assinatura digital é realmente a do titular que enviou a mensagem. Este certificado digital é emitido por uma terceira parte desinteressada; conhecida como Autoridade Certificadora – AC. A AC é responsável por manter a chave pública correpondente à chave privada de cada titular e expede o certificado digital que comprova a titularidade da chave privada de quem enviou o documento digitalmente assinado.

A legislação brasileira (MP n. 2.220-2/2001) criou uma Autoridade Certificadora Raiz, em Brasília, que credencia outras ACs:

> Para que uma autoridade certificadora utilize o processo de certificação da ICP-Brasil, ela precisa ser credenciada perante a primeira autoridade da cadeia de certificação brasileira, a AC Raiz (MP n. 2.200-2, art. 5º.).
>
> Uma vez credenciada perante a AC Raiz, às autoridades certificadoras competirá "emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações" (MP n. 2.200-2, art. 6º, *caput*.).
>
> A AC Raiz, a primeira autoridade certificadora da ICP-Brasil, não emite certificados para usuários finais (MP n. 2.200-2, art. 6º, parágrafo único), apenas para as diversas autoridades certificadoras que vierem a ser credenciadas perante ela. A AC Raiz é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, ao Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, com sede e foro no Distrito Federal (MP n. 2.200-2, arts. 12 e 13).
>
> As demais ACs credenciadas perante a AC Raiz podem emitir certificados digitais, sendo que a geração do par de chaves

> criptográficas será sempre feita pelo seu titular, conforme o disposto no art. 6º da MP n. 2.200-2.

As ACs credenciadas perante a AC Raiz são consideradas como aquelas que fazem o processo de certificação disponibilizado pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

A geração do par de chaves de criptografia é sempre feita pelo próprio titular (o que requer a identificação presencial do titular perante uma AC ou perante uma Autoridade de Registro – AR.). As Autoridades de Registro são entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC e a elas compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter os registros de suas operações (art. 7º da MP n. 2.200-2/2001).

Os efeitos legais de uma declaração digitalmente assinada e consequentemente com o certificado digital disponibilizado pela ICP-Brasil são os mesmos da assinatura civil, conforme dispõe o art. 10 da MP n. 2.200-2/2001:

> Art. 10. [...]
>
> § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica, produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

O referido artigo 131 do Código Civil, então em vigor, corresponde ao art. 219 do atual Código Civil:

> Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.
>
> Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

Assim, as declarações com assinaturas digitais produzidas dentro da ICP-Brasil presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Por outro lado, a legislação brasileira não veda a utilização de outra

forma de assinatura eletrônica, eis que o artigo 10 da referida MP n. 2.200-2/2001, em seu parágrafo segundo, permite inclusive a emissão de certificados fora da ICP-Brasil:

> § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Conclui-se, pois, que esta letra "a" cuida da utilização da assinatura digital nos termos da MP n. 2.200-2/2001 (ou da lei que vier a substituí-la).

Uma observação pertinente é que o titular, após gerar o seu par de chaves, recebe a sua chave de criptografia gravada em um cartão com *chip* ou em um *token*. Essa chave privada de criptografia deve ser de seu uso e conhecimento exclusivos. O acesso à chave privada ainda é, normalmente, protegido por uma senha (para evitar que, caso o titular venha a perder a chave, um terceiro não tenha acesso imediato a ela). Caso o advogado titular do certificado digital deixe o seu cartão ou o seu *token,* que contém a sua chave privada com um terceiro com a senha, os atos praticados por terceiros serão registrados à conta do advogado titular. É claro que em caso de perda da chave privada, o seu titular deve informar imediatamente à AC correspondente para que se proceda ao cancelamento do certificado digital respectivo, pois o ônus da prova de que o ato não foi eventualmente praticado pelo titular da chave privada de criptografia cabe a ele (e não é uma prova fácil de se fazer, pois requer, necessariamente, perícia complexa).

> b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

O cadastro do usuário diretamente no Poder Judiciário é uma forma de se evitar para o usuário a utilização da assinatura digital. Nessa hipótese, o que acontece é algo muito semelhante à atribuição de senhas por bancos aos seus clientes. Uma vez realizado o cadastramento de uma pessoa perante o órgão do Poder Judiciário, tal órgão entrega uma senha de acesso ao sistema e pode, assim, conferir

uma assinatura eletrônica ao usuário, que tem o dever de guardá-la e passa a valer-se dela para a comunicação com o referido órgão. A senha será usada para fazer o *login* no sistema do respectivo órgão do Poder Judiciário.

A vantagem do cadastro pode estar associada ao baixo custo em relação à aquisição do certificado digital no caso das assinaturas digitais. Por outro lado, a utilização da assinatura digital com o certificado digital traz consigo o benefício de ser realizada uma única vez e poder ser utilizada com mais de um órgão do Poder Judiciário. Ademais, a princípio, a assinatura digital confere maior segurança, não só pelas razões já expostas, como também pelo fato de ela associar uma senha a um dispositivo de *hardware*, como um cartão com *chip* ou até mesmo uma leitora de biometria.

Por fim, ressalta-se que, em face da tecnologia digital, os arquivos digitais que contêm textos, imagens ou sons são sempre representados por conjuntos de zeros e uns. Assim, a reprodução de um arquivo digital nada mais é do que a reprodução de um conjunto de zeros e uns. Consequentemente, uma senha é apenas um conjunto de zeros e uns para o computador. O risco da utilização de senhas que são transmitidas através da rede mundial de computadores é associado à possibilidade, ainda que remota, em decorrência da utilização de programas de criptografia, da interceptação da senha e da sua utilização por um terceiro não autorizado.

Vale uma sugestão para que a legislação criminal também acompanhe a legislação processual no sentido de se tornar crime o conjunto de acessos não autorizados, duplicação de senhas e outros atos que ameaçam a própria segurança do sistema de informatização do processo.

> Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

A admissão do uso da assinatura eletrônica, na forma do art. 1º, simplifica o processo informatizado porque adota o princípio da neutralidade tecnológica. Tal princípio é obedecido, pois a lei admite

tanto a assinatura digital que requer o uso da tecnologia computacional da criptografia assimétrica, quanto alguma outra forma de identificação inequívoca mediante o cadastro prévio no Poder Judiciário (assinatura eletrônica).

A exigência legal de cadastro prévio no Poder Judiciário faz com que o envio de petição por meio eletrônico, ainda que digitalmente assinado e com certificado emitido por Autoridade Certificadora que se encontra dentro da ICP-Brasil, não seja aceito. Assim, o credenciamento prévio no Poder Judiciário é obrigatório, sob pena de nulidade da prática do ato processual por meio eletrônico, uma vez que o requisito legal e formal da assinatura válida não terá sido atendido.[7]

É importante que aquele que se cadastrar perante o Poder Judiciário, nos termos deste artigo, terá o ônus de observar o disposto no art. 5º da presente lei: recebimento de intimação feita por meio eletrônico, em portal próprio com a consequente dispensa da publicação no órgão oficial (tanto em papel quanto no Diário da Justiça eletrônico).

Enquanto não tiver implementado o cadastro único (v. § 3º deste artigo), a dispensa de publicação, inclusive no Diário Eletrônico (e o ônus a ela associado para o cadastrado) somente será aplicável às publicações referentes ao órgão perante o qual foi efetuado o cadastro sob pena de flagrante nulidade na intimação.

> § 1º O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado.

Este parágrafo justifica o entendimento da nulidade da petição eletrônica que não atende à exigência legal de assinatura válida (ainda que assinatura eletrônica) dada a necessidade de se observar o princípio da segurança. Lembra-se, novamente, que o uso do meio eletrônico virtual, por um lado, facilita e agiliza o processo judicial. Todavia, a não utilização da assinatura digital em muito aumenta o risco de fraude.

---

[7] Neste sentido, STF, AI n. 564.765-6, RJ, j. 14.02.2006, Relator Ministro Sepúlveda Pertence e, STF, RMS n. 24257 AgR/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, *DJ* 11.10.2002, p. 0032).

A exigência legal do credenciamento no Poder Judiciário, que poderia até mesmo ser considerada dispensada no caso da utilização, pelo advogado, da assinatura digital (uma vez que esta já requer a identificação pessoal do interessado perante a Autoridade de Registro, nos termos do art. 7º da MP n. 2.200-2/2001), é uma formalidade que busca conferir ainda mais segurança ao processo informatizado.

Um argumento da "ausência de nulidade quando não há prejuízo", a favor da desnecessidade da identificação presencial não sobrevive ao risco de outro usuário utilizar a assinatura eletrônica de determinada pessoa e o Poder Judiciário não ter tido a oportunidade de reconhecer, através de conferência presencial, o verdadeiro advogado que utiliza o seu sistema.

> § 2º Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

A proteção do sigilo das comunicações reflete, na verdade, um mandamento constitucional:

> Art. 5º, inciso XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A violação do sigilo das comunicações de telemática, inclusive as que a lei em questão trata, é crime, conforme o art. 10 da Lei n. 9.296/96.

O registro é a própria identificação do usuário do sistema eletrônico. O acesso ao sistema pode ser interpretado de duas formas: primeira, a certeza de que o sistema funcionará ininterruptamente (ou que, quando não esteja funcionando, isto não acarrete prejuízo para as partes, o que é assegurado pelo § 2º do art. 10 da própria Lei n. 11.419/2006) e, segunda, a busca da universalização do acesso aos recursos computacionais, o que vai ao encontro dos ditames da Lei n. 9.998/2000 (a Lei do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações) e que também é assegurada pelo § 3º do referido art. 10 da Lei n. 11.419/2006.

A identificação e a autenticidade são duas propriedades da maior importância para a confiabilidade no processo eletrônico. A assinatura digital certamente garante a identificação e a autenticidade dos documentos eletrônicos, em razão da utilização dos dados do documento digital como um dos parâmetros para a geração do selo digital (da assinatura digital) a ser gerada em cada um dos casos. Neste caso é inegável a responsabilidade da AC emissora do certificado digital.

Caso seja utilizada uma forma de assinatura eletrônica distinta da assinatura digital, toda a responsabilidade se desloca para o Poder Judiciário.

> § 3º Os órgãos do Poder Judiciário poderão criar um cadastro único para o credenciamento previsto neste artigo.

Dispositivo de lei que pode ser de difícil implementação em face da federação brasileira. Por outro lado, a utilização de assinaturas digitais emitidas pela OAB pode facilitar em muito a adoção de um cadastro nacional único que seria um objetivo louvável até mesmo para se evitar a duplicidade de dados e de senhas para o acesso do advogado.

> Art. 3º Consideram-se realizados os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico.

O protocolo eletrônico é, obviamente, o substituto digital do protocolo escrito ou impresso, porém com um certo risco de fraude. Deve haver um registro nos computadores do Poder Judiciário (e consequentemente no processo informatizado) que demonstra o protocolo eletrônico de forma que as partes possam ter a certeza da confiabilidade dos dados e do próprio sistema. O protocolo eletrônico que o advogado tem faz prova do cumprimento do prazo. Todavia, caso haja divergência entre o dele e o do processo eletrônico, a presunção de veracidade é do protocolo do processo; cabendo a quem dele divergir fazer a prova contrária (prova que exigiria perícia técnica).

Cabe, portanto, a quem utiliza o sistema eletrônico, um dever de diligência no sentido de fazer uma pronta conferência do seu protocolo eletrônico.

Logo, a lei brasileira adotou a Teoria da Recepção do Documento Eletrônico, e não a Teoria da Expedição do Documento Eletrônico. Não basta expedir e enviar o documento eletrônico ao Poder Judiciário; faz-se absolutamente necessário receber o protocolo eletrônico correspondente para se assegurar o cumprimento do prazo.

> Parágrafo único. Quando a petição eletrônica for enviada para atender prazo processual, serão consideradas tempestivas as transmitidas até as 24 (vinte e quatro) horas do seu último dia.

Portanto, é tempestiva a petição que tiver o protocolo eletrônico do último dia até as vinte e três horas, cinquenta e nove minutos e cinquenta e nove segundos (23:59:59). A hora será sempre a hora oficial constante do sistema de computador do Poder Judiciário.

> CAPÍTULO II – DA COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DOS ATOS PROCESSUAIS
>
> [...]
>
> Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

Trata-se, este dispositivo, de uma faculdade do Poder Judiciário de criar o Diário da Justiça eletrônico, aliada a uma obrigação de disponibilizá-lo em sítio da Internet. A assinatura desse Diário da Justiça eletrônico, não obrigatoriamente, deve ser gratuita porque, a exemplo do que ocorre com o Diário da Justiça em papel, há custos associados à sua elaboração, manutenção e disponibilização para o acesso contínuo a vários computadores. Todavia, o órgão do Judiciário há de manter, obrigatoriamente, terminais públicos gratuitos de consulta ao Diário da Justiça eletrônico, em locais de fácil acesso ao público (como nos prédios dos fóruns e dos tribunais) sob pena de inviabilizar a própria publicidade dos atos em face daqueles que não podem arcar com os custos de ter um computador e de pagar a assinatura do Diário da Justiça eletrônico.

A tendência da mudança do paradigma do papel para o paradigma digital (a mudança dos átomos para os *bits*) é aqui estendida também para a publicação dos atos judiciais.

Uma vantagem indiscutível da criação do Diário da Justiça eletrônico é a economia de tempo e de papel, inclusive com impactos positivos no aspecto ambiental.

É claro que o ônus da necessidade do computador vem atrelado a esta inovação na medida em que a rede mundial de computadores passa a ser depositária da comunicação oficial dos atos judiciais e administrativos.

> § 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

É louvável a exigência de assinatura digital para as publicações oficiais porque garante a segurança e a integridade dos seus respectivos conteúdos. Como já vimos, o programa que gera a assinatura digital, ao usar o próprio documento digital que vai ser assinado como parâmetro de entrada para a criptografia assimétrica, que cria a assinatura digital, protege o conteúdo porque uma mínima alteração do documento digitalmente assinado invalida o certificado digital garantidor da assinatura digital.

Enquanto viger a MP 2.200-2/2001, a lei específica que regula o credenciamento da Autoridade Certificadora é a própria Medida Provisória de 2001.

> § 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

Uma vez implementado o Diário de Justiça eletrônico, uma publicação eletrônica nele disponibilizada torna dispensável a publicação em jornal impresso em papel. Portanto, uma vez feita a publicação eletrônica, salvo nos casos de intimação ou vista pessoal, o prazo começa a fluir nos termos da lei (v. § 3º deste artigo, a seguir), independentemente de publicação no papel. Hipótese remota, pois a publicação em papel acaba com o diário eletrônico, seria o caso de ocorrer uma publicação eletrônica, seguida de uma publicação em papel, quando o prazo começaria a contar nos termos legais aplicáveis à publicação eletrônica (a segunda publicação em papel não teria efeito de anular a primeira, salvo determinação expressa).

> § 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

Aqui há uma inovação e uma mudança à qual há de se ficar muito atento.

Uma vez que o Diário de Justiça eletrônico irá disponibilizar as intimações na Internet, e que pode haver divergência de horário na disponibilização dele decorrente de atrasos, ou até mesmo de diferenças de fuso horário ou de adoção de horário de verão, a lei determina que o dia considerado como data da publicação será o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação na Internet.

Assim, caso a disponibilização da informação na Internet ocorra na sexta-feira, considera-se a data da publicação na segunda-feira. Contudo, há de se ficar atento, porque caso a disponibilização da informação na Internet se dê no sábado, ou em um dia feriado, a data da publicação considerada também será a segunda-feira.

> § 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

Nenhuma mudança em relação à forma de contagem de prazo estabelecida na lei processual.

Apenas a título exemplificativo, havendo a disponibilização da informação na Internet na sexta-feira (ou no sábado) considera-se a data da publicação a segunda-feira (admitindo-se, por óbvio, que seja a segunda-feira dia útil) e o primeiro dia do prazo será terça-feira. Caso se trate de um prazo de cinco dias, por exemplo, o último dia do prazo será a segunda-feira seguinte.

> § 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso.

Mais uma iniciativa legal louvável para conferir maior publicidade à inovação do Diário da Justiça eletrônico e que, se não for obedecida, implicará nulidade das publicações eletrônicas e a necessidade de se cumprir, na totalidade, a ampla divulgação do ato administrativo de criação do Diário da Justiça eletrônico durante novos trinta dias.

> Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Todos aqueles que fizerem a opção pelo cadastro perante o Poder Judiciário, mediante o cadastro prévio e presencial, ficarão obrigados a receber suas intimações por meio eletrônico.

O órgão do Poder Judiciário deverá manter um portal próprio com as intimações eletrônicas que substituirão a publicação no Diário da Justiça em papel e no Diário da Justiça eletrônico.

O eventual não funcionamento do portal próprio do órgão do Poder Judiciário por motivo técnico, por exemplo, poderá levar à necessidade de suspensão da disponibilização das intimações no portal e o retorno à intimação por publicação em Diário da Justiça eletrônico ou impresso em papel. Exemplos de situações que podem acarretar tal suspensão do funcionamento do portal são: defeitos nos computadores, falta de energia, queda de comunicação por problemas nos cabos de fibra ótica, entre outras.

Deve-se observar que se dois advogados atuam no mesmo processo e apenas um é cadastrado, obrigatoriamente deverá haver a intimação também fora do portal (em Diário da Justiça eletrônico ou impresso em papel) sob pena de nulidade da intimação daquele que não é cadastrado.

> § 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

As intimações por meio eletrônico, no portal próprio do Poder Judiciário, só são consideradas realizadas no momento em que o intimando efetivar a consulta (quando o intimando "abrir" o arquivo digital que contém os termos da intimação).

Os computadores do Poder Judiciário serão programados para detectar o momento da efetivação da consulta eletrônica, e, prontamente, eles certificarão tal consulta na pasta correspondente nos autos do processo eletrônico (que será objeto de estudo no Capítulo III da lei em análise).

Notamos, assim, que a consulta é ato do intimando que tiver sido cadastrado previamente perante o órgão do Poder Judiciário, cabendo-lhe

o ônus de acessar o portal a cada dez dias, nos termos do § 3º deste artigo, para realizar as suas consultas referentes às intimações eletrônicas.

> § 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

É mantida, aqui, a mesma regra da intimação da lei processual: a intimação realizada em dia não útil será considerada como feita no primeiro dia útil seguinte, o que deverá ficar certificado nos autos do processo eletrônico.

> § 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

Surge aqui uma obrigação legal para os intimandos que tiverem sido cadastrados perante o órgão do Poder Judiciário, de consultarem o respectivo portal a cada dez dias, sob pena de uma intimação ter sido considerada como automaticamente realizada.

Assim, caso haja o envio de uma intimação ao portal na sexta-feira, contam-se dez dias corridos (sábado, domingo, segunda-feira, terça-feira, quarta-feira, quinta-feira, sexta-feira, sábado, domingo e segunda-feira) e considera-se a intimação automaticamente realizada na segunda-feira e o primeiro dia do prazo será a terça-feira. Caso a segunda-feira seja dia feriado, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte, terça-feira, e o primeiro dia do prazo será a quarta-feira.

O propósito da lei, neste artigo, é evitar que se perpetue a não realização da intimação em decorrência da falta de diligência do intimando em efetuar a consulta.

> § 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

Há a faculdade de o Poder Judiciário enviar mensagens eletrônicas (como *e-mails* ou mensagens SMS para celulares, entre outras) para o intimando com a notícia do envio da intimação eletrônica para o

portal e o prazo limite para a consulta, sob pena de, ao término dos dez dias corridos, a intimação ser automaticamente realizada.

Nota-se que, por se tratar de caráter informativo, não há aqui imposição legal ao órgão do Poder Judiciário e o não envio da correspondência eletrônica de que trata este parágrafo não acarreta nulidade da intimação: essa correspondência informativa não desobriga o intimando de seu ônus de efetuar a consulta eletrônica nos termos do presente artigo.

> § 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

Uma vez que a lei em análise confere o prazo considerado longo (dez dias corridos) para a efetivação da consulta da publicação eletrônica, em caso de urgência ou prejuízo, a lei permite a realização do ato por outro meio desde que assim, fundamentadamente, o juiz a determine.

> § 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

A lei cria, aqui, uma presunção de que as intimações eletrônicas no portal na Internet do órgão do Judiciário, inclusive as intimações da Fazenda Pública, são intimações pessoais.

> Art. 6º Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infracional, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

Uma grande inovação legal é a possibilidade de a citação ser feita por meio eletrônico (à exceção dos Direitos Processuais Criminal e Infracional). A citação, portanto, chega ao mundo virtual e, com isso, as questões de segurança surgem de forma muito relevante. Este artigo regulamenta a nova redação do inciso IV do art. 221 do Código de Processo Civil dada pela própria Lei n. 11.419/2006.

O requisito claro da lei é o acesso do citando à íntegra dos autos. Pressupõe, portanto, o processo eletrônico (v. Capítulo III da lei em análise) completamente disponível em meio eletrônico para o acesso do citando. A citação eletrônica, portanto, somente faz sentido se o processo for eletrônico. Ademais, uma interpretação desse artigo, em conjunto com o art. 9º da presente Lei n. 11.419/2006, demonstra que a citação eletrônica é obrigatoriamente adotada no processo eletrônico (v. comentários ao referido art. 9º, *infra*).

Nota-se que o dispositivo em tela não revoga a citação por correio, por oficial de justiça e por edital; ele apenas cria um novo meio de citação. Em hipótese alguma a citação eletrônica poderá, por óbvio, suprimir a ampla defesa e o contraditório. Desta forma, somente poderá ser citado por via eletrônica aquele que tiver acesso pleno aos recursos eletrônicos que lhe permitam o acesso à íntegra dos autos. Qualquer tentativa de citação eletrônica de quem não tenha condições de acesso pleno ao processo eletrônico será nula de pleno direito.

A possibilidade de a Fazenda Pública ser citada por meio eletrônico vai ao encontro das facilidades trazidas pela telemática e, é claro, após o devido cadastro no órgão do Poder Judiciário, será de grande valia no sentido de abrir uma possibilidade de agilizar o processo civil para os advogados públicos.

A citação por meio eletrônico é, a exemplo da citação por correio, uma citação real.

> Art. 7º As cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferentemente por meio eletrônico.

A legalização da comunicação eletrônica entre os órgãos do próprio Poder Judiciário, ou entre os órgãos do Poder Judiciário e órgãos do Executivo, do Legislativo e do Ministério Público requer a utilização de um meio que garanta a segurança dos dados e a certeza de que quem os enviou foi realmente o remetente declarado. Uma vez que a legislação brasileira, através da MP n. 2.200-2/2001 estabelece a assinatura digital como a forma de identificação no meio eletrônico, esta deve ser utilizada.

O § 3º do art. 202 do CPC (nova redação dada pelo art. 20 da lei em análise) faz referência ao uso da assinatura eletrônica nas

comunicações oficiais. Ocorre que, como já visto, a assinatura eletrônica é gênero que envolve tanto a assinatura digital como qualquer outra forma de identificação no meio eletrônico. A própria nova redação do § 3º do art. 202 do CPC faz referência expressa ao uso da assinatura eletrônica "na forma da lei". Entendemos, pois, de maior prudência, que a forma da lei adequada é aquela do § 1º do art. 10 da MP n. 2.200-2/2001, que requer a assinatura digital.

A não utilização da assinatura digital em comunicações eletrônicas oficiais, como cartas precatórias e cartas rogatórias, abriria um campo muito grande para fraudes, como alterações dos documentos eletrônicos, que grande prejuízo podem trazer para o processo judicial.

Tomemos por exemplo uma comunicação de acesso aos dados fiscais sigilosos de uma parte em processo civil. Tais dados são sensíveis e devem ter o sigilo preservado pelo Estado. É inadimissível que se corra o risco da insegurança da comunicação com a não adoção da assinatura digital dentro dos termos do § 1º do art. 10 da MP n. 2.200-2/2001.

Outro ponto relevante é a obrigação, por parte do Poder Judiciário, de garantir o sigilo das comunicações toda vez que documentos sigilosos (como aqueles relacionados com os processos que correm sob sigilo de justiça) forem enviados por meio eletrônico. A forma de o Poder Público se desincumbir de tal ônus da manutenção do sigilo e da proteção da comunicação dos dados é a utilização de comunicação protegida por criptografia forte.

CAPÍTULO III – DO PROCESSO ELETRÔNICO

> Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

O título do capítulo faz referência ao chamado "processo eletrônico". Como vimos, os termos "processo informatizado" ou "processo eletrônico" aparecem na lei em questão e ambos se referem à utilização do meio eletrônico (ou meio virtual, ou mundo *online*), o qual, repita-se, nem sempre é exclusivamente eletrônico, porque pode valer-se do meio ótico.

A utilização preferencial da rede mundial de computadores (Internet) não exclui, é claro, que se permita o acesso por meio de outros recursos de telemática.

Por fim, cumpre lembrar que a lei cria uma faculdade e não uma obrigação para o Poder Judiciário. Todavia, uma vez implementado o processo eletrônico, não poderá o órgão do Poder Judiciário abandoná-lo sem um motivo justificável, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da eficiência por falta de motivação do ato administrativo correspondente.

O processo eletrônico pode ser totalmente eletrônico, nos casos em que seja possível prescindir por completo do documento em papel (o que inclui os processos que são instruídos com cópias digitais dos documentos originalmente em papel, a chamada "digitalização do documento físico"). Por outro lado, haverá o processo com autos parcialmente digitais, em situações nas quais não seja possível o processo totalmente digital, por problemas, por exemplo, de uma instância não ter os equipamentos computacionais necessários.

Por fim, interessante a classificação da lei em processo eletrônico com autos totalmente digitais e processo eletrônico com autos parcialmente digitais, o que demonstra que os nomes "processo eletrônico" e "processo digital" referem-se ao mesmo tipo de processo.

> Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

A lei faz exigência da assinatura eletrônica para os atos processuais. Como a assinatura eletrônica é gênero do qual a assinatura digital é uma das espécies, fica claro que a lei permite tanto a utilização da assinatura digital como de outra forma de identificação (assinatura eletrônica que não utiliza a criptografia assimétrica).

Quando a lei em análise fizer referência expressa à assinatura digital, obrigatoriamente a espécie assinatura digital deverá ser utilizada, sob pena de nulidade do ato praticado com a assinatura eletrônica.

> Art. 9º No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.

Como foi visto no art. 6º, *supra*, a lei em análise criou a citação eletrônica, e que se torna obrigatória no processo eletrônico, por força de lei processual de natureza cogente. A obrigatoriedade é também aplicável às intimações e às notificações do processo eletrônico. A lei em comento assim dispõe sobre a forma da citação e as exceções nos casos especificados por ela:

> § 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

Mais uma vez a lei em análise cria uma presunção legal absoluta para as citações, intimações, notificações e remessas que viabilizam o acesso à íntegra do processo como vista pessoal do interessado.

A vista somente poderá ser considerada vista pessoal para todos os efeitos legais se se tratar de processo eletrônico com autos totalmente digitais.

> § 2º Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.

Para atos da própria Justiça, a regra geral no processo eletrônico é a prática dos atos por meio eletrônico. Todavia, a inviabilidade técnica autoriza a prática da citação, da intimação ou da notificação por regra ordinária com a obrigação da posterior digitalização do documento físico e a sua consequente destruição.

O motivo da posterior destruição do documento físico é a necessidade de se manter o processo eletrônico o mais digital possível. Apenas em casos nos quais não seja possível digitalizar o documento (quando se tratar de documento muito grande ou de documento cuja versão digital seja ilegível) é que se mantém o documento físico.

A prática dos atos em análise por meio eletrônico é a regra da norma imperativa, não cabendo ao juiz derrogá-la por discricionariedade própria.

Assim, não há como o juiz deferir a prática da citação, da intimação ou da notificação por via ordinária, em processo eletrônico,

a não ser que ele fundamente o motivo de tal prática do ato com base na inviabilidade técnica, por exemplo.

> Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

O processo eletrônico apresenta a grande vantagem de poder tramitar em meio digital, com grande economia de papel e de tempo. A superação de todo o andamento administrativo do processo em papel é um avanço na rapidez que, por outro lado, cria alguns ônus para os advogados públicos e privados, entre eles, a prática direta de determinados atos, como a distribuição da petição inicial e a juntada das demais petições nos autos do processo eletrônico.

Uma vez que o processo eletrônico é armazenado em pastas de arquivos de computador, o próprio programa de computador que implementa o processo eletrônico permite aos advogados a autuação automática, sem a intervenção da secretaria do juízo.

Cabe ao advogado gravar o seu recibo eletrônico do protocolo para poder comprovar o cumprimento do prazo (que ficará também certificado nos autos do processo eletrônico) ou a juntada de determinada peça processual.

> § 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

O recibo do protocolo eletrônico deverá registrar até as 23 horas, 59 minutos e 59 segundos do último dia do prazo para que o ato processual seja tempestivo, ressalvado o caso de indisponibilidade do sistema como se verá a seguir.

> § 2º No caso do § 1º deste artigo, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

O sistema de computação do Poder Judiciário deve obedecer ao Princípio da Eficiência e ser mantido em funcionamento ininterrupto. Todavia, há várias situações justificáveis nas quais o Sistema do Poder Judiciário pode ficar indisponível, como, por exemplo: falta de energia elétrica, necessidade de manutenção do sistema, e, até mesmo, em casos de ataques de *crackers*, "piratas" da rede que visam "derrubar" o sistema.

Cabe ao Poder Judiciário identificar as situações de indisponibilidade do sistema e procurar, na medida do possível, manter uma página reserva na rede mundial de computadores para informar a indisponibilidade do seu sistema de processo eletrônico. As situações de indisponibilidade do sistema deverão ser registradas e mantidas tais informações ao alcance dos advogados para que, assegurada a transparência, possam até provar aquelas situações caso venham a precisar, no futuro.

Os advogados poderão, por cautela, obter cópia da página que prove que o Sistema do Poder Judiciário estava indisponível, sem a necessidade de irem até o Fórum para pedir certidão em papel. Ademais, aplica-se aqui o princípio da boa-fé objetiva: cabe ao Poder Judiciário documentar e tornar público todos os momentos nos quais o seu sistema de processo eletrônico esteve indisponível.

> § 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.

O processo eletrônico não pode ser, em hipótese alguma, obstáculo à plena prestação jurisdicional e ao acesso à Justiça. Uma vez que o Poder Judiciário promove a migração do processo em papel para o processo eletrônico, em meio digital, cabe a ele permitir e promover o pleno acesso do advogado ao meio digital (ou eletrônico).

Os órgãos do Poder Judiciário que implementam o processo eletrônico devem também manter, para os interessados, computadores com acesso à Internet e equipamentos de digitalização de peças processuais e de documentos.

O não oferecimento ou o não funcionamento dos referidos equipamentos nos órgãos do Poder Judiciário pode implicar a impossibilidade da prática de determinado ato processual, o que equivale à hipótese do § 2º deste mesmo art. 10: sistema indisponível.

Consequentemente, caso os equipamentos de que trata este § 3º não estejam efetivamente em funcionamento no dia do prazo, caberá ao advogado pedir certidão da situação para provar que o Sistema do Poder Judiciário para o processo eletrônico não estava disponível.

> Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

A regulamentação legal do documento eletrônico pela lei em análise afasta a noção de original e cópia para o documento digital. O conceito de documento original, que é bastante evidente para o documento físico, perde sentido no caso dos documentos eletrônicos porque eles não têm diferenças internas.

Enquanto os documentos físicos são compostos de átomos e, consequentemente, os átomos que compõem o documento original não são idênticos aos que compõem uma de suas cópias, os documentos digitais ou eletrônicos são representados por *bits* que são obrigatoriamente idênticos. Assim, não há como fazer distinção entre um documento digital "original" e uma "cópia".

Os documentos eletrônicos são arquivos que têm no meio eletrônico seu suporte físico e que representam um fato. Os documentos digitais são exemplos de documentos eletrônicos.

A lei faz a exigência da garantia da origem e de seu signatário, o que somente se dá, seja por meio da assinatura digital, seja da assinatura eletrônica com o credenciamento prévio perante o Poder Judiciário, nos termos da lei. Ocorre que a força probante dos documentos eletrônicos deve ser analisada de forma distinta quando se tratar de documento digitalmente assinado em relação ao não digitalmente assinado, devido ao fato de a assinatura digital garantir a integridade do documento.

> § 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

Por força deste parágrafo, os documentos digitais, públicos ou privados, juntados aos autos por órgãos públicos ou por advogados, têm a mesma força probante que os originais, o que nos remete à regulamentação do Código de Processo Civil (arts. 364 a 369).

Um ponto é de grande importância: o documento particular digital somente pode ser considerado assinado, para os termos do art. 368 do CPC, se tiver sido assinado digitalmente, dentro da ICP-Brasil, conforme o art. 10, § 1º da MP n. 2.200-2/2001. Assim, um *e-mail*, por exemplo, sem assinatura digital, é um documento digital. Contudo, não se pode presumir verdadeira a declaração em relação ao seu emitente, que poderá arguir sua falsidade.

> § 2º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

A arguição de falsidade do documento eletrônico será resolvida por perícia. Contudo, insista-se, havendo assinatura digital dentro da ICP-Brasil, a presunção corre contra o seu signatário. Caso seja um documento digital sem assinatura digital dentro da ICP-Brasil, não há presunção de veracidade, e quem juntou tal documento aos autos terá que provar inclusive a autoria.

Portanto, para documentos eletrônicos que não têm origem em documentos em papel, a regra para a solução da arguição de falsidade há de ser a perícia técnica da computação. Trata-se de casos de escritos, sons ou imagens fixados diretamente em arquivos digitais sem assinatura digital como, por exemplo, fotografias digitais, arquivos que contenham textos de escritos digitais, gravações de sons digitais, entre outros. Nestes casos, caso a outra parte venha a arguir falsidade, uma perícia técnica da computação é necessária para verificar tanto a origem quanto a integridade do documento eletrônico. Em relação à autoria do documento, não há que se falar de presunção de que quem enviou documento eletrônico, se o documento não tiver a assinatura digital.

Assim, por força do art. 10, § 1º, da MP n. 2.200-2/2001, caso o documento contenha uma assinatura digital com o processo de certificação dentro da ICP-Brasil, presume-se que ela foi assinada pelo titular do certificado digital e a ele caberá desconstituir tal presunção (nota-se que o fato de ele emprestar a sua chave privada

de criptografia a terceiros corresponde a uma assunção do risco de o terceiro assinar digitalmente documentos que serão imputados ao titular daquela chave). Aqui há de se aplicar a presunção de origem e de inalterabilidade do conteúdo do documento.

Quando se tratar de documento eletrônico com assinatura digital com processo de certificação fora da ICP-Brasil, por força do § 2º do art. 10 da MP n. 2.200-2/2001, a presunção de que foi produzido pelo titular do certificado digital vale apenas entre as partes que previamente elegeram aquela forma de identificação no mundo eletrônico. Caso um terceiro venha a opor o documento digital contra o assinante, a ele caberá o ônus da prova de que fora realmente o titular do certificado digital fora da ICP-Brasil quem enviou o documento. Por força da tecnologia da assinatura digital, se, por um lado, não se aplica a presunção de origem do documento digital, por outro, a presunção da inalterabilidade do documento digitalmente assinado prevalece.

Outro caso é o dos documentos digitais que contenham meras assinaturas eletrônicas. Estes não têm presunção de inalterabilidade do conteúdo do documento, e lhes aplica, todavia, a presunção de origem do assinante eletrônico, apenas em relação às partes que previamente elegeram aquela assinatura eletrônica como forma de identificação no meio virtual, por força do mesmo § 2º do art. 10 da MP n. 2.200-2/2001.

Por fim, nota-se que os documentos eletrônicos com assinaturas eletrônicas que foram geradas por uma das partes, por força de um contrato de adesão, em uma relação de consumo, além de não terem a presunção de inalterabilidade do conteúdo, também estão sujeitos à inversão do ônus da prova. Portanto, ainda que tal assinatura eletrônica tenha sido adotada pelas partes, por força de um contrato de adesão, o consumidor poderá inverter o ônus da prova ao arguir a falsidade do documento.

A arguição de falsidade de documentos eletrônicos que tiveram sua origem em documentos previamente fixados em papel deve ser resolvida com a apresentação dos originais em papel. Nesta situação, na grande maioria dos casos, o próprio magistrado poderá decidir a arguição sem a necessidade de uma perícia técnica, por simples comparação do conteúdo do documento em papel com o documento

digital. Uma solução simples, em caso de algum erro de digitalização, ou de parte do documento digitalizado estar ilegível, pressupondo-se presente a boa-fé, é a simples nova digitalização do documento físico original, com o consequente descarte da versão digital anterior. Uma vez que o § 3º deste mesmo art. 11 impõe a obrigação de manutenção do documento digitalizado pelo seu detentor até o trânsito em julgado (ou até o final do prazo da rescisória), o descumprimento de tal preceito leva à perda de valor probante do documento digitalizado em caso de arguição de falsidade, pela outra parte, que não terá acesso ao documento físico original.

> § 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

Aqui a lei faz referência expressa aos originais físicos dos documentos digitalizados. Portanto, este parágrafo se aplica aos documentos gerados em papel e que foram digitalizados para serem juntados ao processo eletrônico.

Um documento que já tem sua origem como um documento digital também não precisa ser preservado pelo seu detentor porque o documento originalmente digital não é "digitalizado". Documento digitalizado é documento digital correspondente a um documento físico existente anteriormente. Uma vez que a digitalização pode gerar um documento digital de pouca legibilidade, por exemplo, é razoável exigir-se a preservação dos originais até o término do prazo exigido pela lei em comento.

> § 4º (VETADO)
>
> § 5º Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegibilidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

O princípio da razoabilidade informa o texto de lei em tela porque seria absurdo exigir-se a digitalização de um documento muito antigo, ou muito pequeno, por exemplo, que levaria a um documento digital ilegível. O mesmo princípio será usado pelo juiz para a interpretação

do que seja "grande volume" dentro do estado da técnica disponível a cada momento e em cada tribunal. Os sistemas de computadores poderão comportar documentos até determinado tamanho em *bytes*, a partir do qual a parte será obrigada a apresentá-los em cartório ou secretaria.

> § 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

Aqui está criada a obrigação de segurança para o Poder Público que deverá tomar todas as medidas tecnicamente possíveis para preservar o sigilo dos documentos digitais. Em caso de quebra da segurança do sistema, responderá o Poder Público pelos danos, independentemente de culpa.

O princípio da segurança dos atos praticados no meio eletrônico ou virtual informa claramente este dispositivo da lei. Este princípio, aliado ao princípio da confiança, é vital para que as partes e seus advogados possam valer-se das vantagens que a utilização do mundo virtual trará para o processo judicial sem que bens maiores como a privacidade e a própria dignidade da pessoa humana sejam violados, dados os enormes riscos de fraudes e de acesso indevido, entre outros, que circundam o mundo virtual ou eletrônico.

Este dispositivo da lei deve ser interpretado em conjunto com o disposto no § 1º do art. 12 a seguir comentado.

> Art. 12. A conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico.

A obrigação da preservação dos autos do processo judicial pode ser satisfeita pelo Poder Público de forma eletrônica, ainda que parcialmente, nos casos em que parte dos autos ainda se encontre em papel.

A preservação eletrônica dos autos do processo eletrônico exige que o Poder Público mantenha atualizados os sistemas de acesso aos documentos eletrônicos. Em outras palavras, a eventual mudança no programa de computador ou no sistema de computador que dá acesso

aos processos eletrônicos não pode ser justificativa para que se deixem de acessar os autos antigos (sob inaceitável justificativa de estarem em "versão defasada" ou "superada", por exemplo).

> § 1º Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.

Mais uma vez, surgem os princípios da confiança e da segurança dos atos praticados no meio eletrônico como informadores do processo eletrônico.

A lei cria uma obrigação do Poder Público de proteger o acesso aos autos do processo eletrônico, seu armazenamento com segurança e a integridade dos dados.

Há uma presunção de que os documentos eletrônicos são mantidos íntegros. Em casos de adulteração, ou de ataques externos de *crackers*, cabe ao Poder Público restaurá-los aos seus estados anteriores à alteração, sob pena de responsabilidade objetiva.

> § 2º Os autos de processos eletrônicos que tiverem de ser remetidos a outro juízo ou instância superior que não disponham de sistema compatível deverão ser impressos em papel, autuados na forma dos arts. 166 a 168 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, ainda que de natureza criminal ou trabalhista, ou pertinentes a juizado especial.

A lei permite que o processo eletrônico "deixe" o mundo virtual e seja impresso em papel nos casos em que o outro juízo ou a outra instância não tenha sistema compatível. Trata-se de um dispositivo que será muito usado em casos de transição, quando um determinado juízo tiver o processo eletrônico, e o outro ainda não.

Após o retorno do processo da instância superior, nada impede que os autos sejam novamente digitalizados e o processo retorne à forma eletrônica.

Assim, o sistema processual brasileiro permite o chamado processo judicial de "forma híbrida", na qual podem alternar a forma digital e a forma eletrônica, sem prejuízo do andamento do feito.

> § 3º No caso do § 2º deste artigo, o escrivão ou o chefe de secretaria certificará os autores ou a origem dos documentos

> produzidos nos autos, acrescentando, ressalvada a hipótese de existir segredo de justiça, a forma pela qual o banco de dados poderá ser acessado para aferir a autenticidade das peças e das respectivas assinaturas digitais.

Uma consequência direta da forma híbrida do processo judicial brasileiro é a necessidade de se garantir a autenticidade das peças do processo eletrônico que era garantida por meio da assinatura digital.

Caberá ao chefe de secretaria, ou ao escrivão, assegurar não só a autenticidade dos documentos produzidos nos autos, como a forma de se aferir tal autencidade.

> § 4º Feita a autuação na forma estabelecida no § 2º deste artigo, o processo seguirá a tramitação legalmente estabelecida para os processos físicos.

Corolário do processo híbrido é a aplicação da lei em comento somente durante a fase na qual o processo for eletrônico, deixando-se de aplicá-la, naquilo que for o caso, quando o processo estiver tramitando em meio físico.

> § 5º A digitalização de autos em mídia não digital, em tramitação ou já arquivados, será precedida de publicação de editais de intimações ou da intimação pessoal das partes e de seus procuradores, para que, no prazo preclusivo de 30 (trinta) dias, se manifestem sobre o desejo de manterem pessoalmente a guarda de algum dos documentos originais.

A não observância desta norma implica responsabilidade objetiva do Poder Público, dado o direito da parte de manter algum documento original. O silêncio da parte após o prazo de 30 dias acarreta a preclusão do direito.

> Art. 13. O magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo.

A instrução eletrônica torna-se uma faculdade conferida ao magistrado que a deverá utilizar dentro do princípio da razoabilidade. Uma vez que muitos cadastros de empresas e de órgãos públicos já se encontram digitalizados, a ordem do magistrado será, em muitos casos, facilitadora para a própria parte.

Há de se interpretar este dispositivo em consonância com o § 5º do art. 11 já comentado, a fim de se evitarem ordens de produção de prova em meio eletrônico quando a digitalização dos documentos mostrar-se inviável ou não razoável, tanto sob o aspecto tecnológico quanto o econômico.

A diferença entre "exibição" e "envio" de dados reside no computador no qual tais dados ou documentos eletrônicos ficarão armazenados. Quando se tratar de envio de dados, a parte deverá, obrigatoriamente, juntar uma cópia do arquivo digital ao programa que controla o processo eletrônico. Por outro lado, em hipóteses de exibição de dados e de documentos, tais dados ou documentos ficarão disponibilizados nos computadores da parte com a possibilidade de acesso conferido ao magistrado. A razão para se optar pela exibição de dados ou de documentos muitas vezes pode ser tecnológica, a fim de se evitar a reprodução de grande quantidade de dados nos computadores do Poder Judiciário quando se necessita apenas de parte da base de dados.

Apenas a título ilustrativo, para se poder verificar a diferença entre a exibição e o envio de dados; tome-se como exemplo o acesso a dados de parte dos servidores públicos de um Estado para fins de realização de perícia. Ao invés de se reproduzirem todos os dados dos servidores nos computadores do Poder Judiciário, o Poder Executivo pode franquear ao magistrado (ou ao perito) o acesso apenas aos dados relevantes para a perícia. Ao final dos trabalhos periciais, o perito requer a juntada do laudo pericial aos autos do processo eletrônico, evitando-se, desta forma, grande alocação de dados inúteis no processo.

> § 1º Consideram-se cadastros públicos, para os efeitos deste artigo, dentre outros existentes ou que venham a ser criados, ainda que mantidos por concessionárias de serviço público ou empresas privadas, os que contenham informações indispensáveis ao exercício da função judicante.

Este parágrafo, como se verá a seguir, deve ser interpretado de forma restritiva. Sabe-se que os bancos de dados de caráter público são passíveis de *habeas data*, porém, o que o presente dispositivo de lei faz é ir além e tornar cadastro público aquele que contenha informação

indispensável ao exercício da função judicante. Ocorre que somente é possível tal publicização do cadastro para os fins específicos de produção da prova para a instrução no processo eletrônico.

O magistrado, por exemplo, deverá levar em consideração o sigilo de dados ao aplicar a norma deste parágrafo. Ademais, cadastros específicos podem ter um tratamento especial na lei processual. É o caso da exibição dos livros comerciais, que, a requerimento da parte, poderá ocorrer nas hipóteses do art. 381 do CPC.

Um ponto importante e que diz respeito ao próprio mundo virtual é o referente aos cadastros dos usuários da Internet. O presente § 1º é plenamente aplicável na situação em que o magistrado necessita saber em qual computador teve origem determinado documento eletrônico. Neste caso, é legal a ordem ao provedor de acesso ou à empresa responsável para que seja apresentado o endereço IP de origem de determinado documento. É claro que o endereço IP pode fazer prova do computador do qual se originou o documento eletrônico, mas não faz prova de quem efetivamente enviou tal mensagem (somente a assinatura digital certificada dentro da ICP-Brasil cria a presunção de que foi o assinante quem enviou a mensagem e, por consequência, a inversão do ônus da prova).

> § 2º O acesso de que trata este artigo dar-se-á por qualquer meio tecnológico disponível, preferentemente o de menor custo, considerada sua eficiência.

Aqui a lei deveria ter manifestado expressamente preocupação maior com a segurança dos dados. O princípio da segurança é o que informa as relações jurídicas praticadas em meio virtual em face do grande risco de fraude. Usuários muito mais capacitados na técnica da computação em relação ao homem comum e a presença de *crackers* põem em risco aqueles que operam pelo ambiente eletrônico, e a atenção à segurança deve estar presente no processo eletrônico, principalmente na fase de instrução, a fim de se evitarem possíveis nulidades futuras.

Por outro lado, o princípio da eficiência tem, no meio eletrônico, o princípio da segurança como seu corolário lógico. Assim, deve-se interpretar este dispositivo de lei no sentido de que a eficiência pressupõe a segurança porque um meio tecnológico eletrônico inseguro não pode apresentar eficiência alguma.

> § 3º (VETADO)
>
> CAPÍTULO IV – DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS
>
> Art. 14. Os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização.

Esta norma revela a opção do Poder Público pelos programas de computador de código aberto, o que significa que a preferência será pelo programa cujo código-fonte for disponibilizado para o Poder Judiciário. Somente poderá, destarte, o Poder Judiciário adotar um programa cujo código-fonte não seja aberto quando outro semelhante não estiver disponível. Há que se interpretar esta norma em consonância com o princípio da eficiência e com o princípio da razoabilidade. Assim, não se pode impor ao Poder Judiciário a adoção de um programa de código-fonte aberto quando tal programa de computador for manifestamente menos eficiente do que um outro programa de computador, ainda que ele não tenha o código-fonte aberto. A mesma interpretação vale para a padronização de programas de computador.

> Parágrafo único. Os sistemas devem buscar identificar os casos de ocorrência de prevenção, litispendência e coisa julgada.

Louvável iniciativa legal de se procurarem identificar, desde o início, os casos de prevenção, litispendência e coisa julgada, porém, cuida-se de norma que não terá implicação processual direta porque, mesmo que a ocorrência não seja localizada pelo sistema de computador, poderá ser arguida pelas partes na forma da lei processual.

> Art. 15. Salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça, a parte deverá informar, ao distribuir a petição inicial de qualquer ação judicial, o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, conforme o caso, perante a Secretaria da Receita Federal.

Este artigo traz à baila uma importante discussão sobre a proteção de dados pessoais. Uma vez que a própria lei do processo eletrônico requer que sejam informados os números do CPF, e tal dado fica disponibilizado para acesso pela Internet, não é razoável entender-se tal dado como sendo um "dado sigiloso" ou "dado privado". O número

do CPF é um dado público que vem sendo perigosamente utilizado como "senha" para confirmação de operações no mundo virtual, porém de forma descabida.

Uma consequência lógica da exigência legal do art. 15 em análise é que um documento digital que contém o número do CPF de alguém não pode ser considerado "assinado" pela pessoa correspondente (a não ser que tenha uma assinatura digital, é claro). Ou seja, contratos eletrônicos que se baseiam em números de CPF como os identificadores dos contratantes não têm a força probante que têm os documentos digitalmente assinados. Se a própria lei do processo eletrônico exige a "publicização" do número do CPF, não há que se falar em identificação do autor do documento eletrônico sob o único argumento de que ele fornecera o número do CPF, que seria sigiloso.

> Parágrafo único. Da mesma forma, as peças de acusação criminais deverão ser instruídas pelos membros do Ministério Público ou pelas autoridades policiais com os números de registros dos acusados no Instituto Nacional de Identificação do Ministério da Justiça, se houver.
>
> Art. 16. Os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário poderão ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico.

Os livros cartorários eletrônicos são uma evolução consequente do próprio processo eletrônico e, se ainda não são uma obrigação do Poder Público (pois a lei diz que eles "poderão ser gerados"), por outro lado, caso sejam adotados, ficam sujeitos às mesmas obrigações de conservação e de preservação eletrônica, discutidas na análise do art. 12, inclusive no que se refere à atualização dos sistemas e compatibilização com as versões futuras dos programas de computador adotados para a leitura e o acesso aos livros.

> Art. 17. (VETADO)
>
> Art. 18. Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências.

Apenas há de se lembrar a necessidade de se observar o princípio da eficência sem prejuízo de seu corolário: o princípio da segurança. Ademais, a busca pela padronização estipulada no art. 14 também deve ser uma meta a ser alcançada pelo Poder Judiciário.

> Art. 19. Ficam convalidados os atos processuais praticados por meio eletrônico até a data de publicação desta Lei, desde que tenham atingido sua finalidade e não tenha havido prejuízo para as partes.

Trata-se de uma relevante regra de direito intertemporal que visa preservar as iniciativas anteriores de eletronização de processos judiciais.

Não há, pois, nulidade de atos processuais praticados por meio eletrônico apenas porque eles foram praticados anteriormente à publicação da Lei n. 11.419/2006.

Podemos tomar como exemplo o caso de perícia realizada anteriormente à edição da lei em análise e que foi disponibilizada para consulta, por via eletrônica, em *site* do Tribunal, e com a adoção de assinatura digital para assegurar a integridade dos dados. As cópias impressas de tal laudo pericial que foram utilizadas em processos físicos têm sua validade assegurada pelo artigo em questão.

> Art. 20. A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> Art. 8º [...]
>
> Parágrafo único. A procuração pode ser assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica. (NR)

A exigência da assinatura digital com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora (AC) credenciada é a forma prescrita em lei para as procurações outorgadas a advogados; tal exigência legal é, pois, da essência do ato jurídico. Caso não existam a assinatura digital e o certificado emitido por AC credenciada, o efeito é o mesmo da ausência de procuração.

A AC pode ser credenciada na forma da lei específica, no caso, hoje, a MP n. 2.200-2/2001 que criou a ICP-Brasil. Por outro lado, por se tratar de identidade de advogado, também o certificado digital emitido pela ICP-OAB tem que ser aceito porque a lei confere à OAB tal prerrogativa de identificação do profissional da advocacia.

> Art.154 [...]
>
> Parágrafo único. (VETADO)

> § 2º Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei. (NR)

Sobre o processo eletrônico, v. nossos comentários ao Capítulo III da Lei n. 11.419/2006. O presente parágrafo deixa claro que não há qualquer nulidade no fato de os atos e termos do processo serem produzidos e armazenados na forma eletrônica. Assim, a liberdade de forma no processo civil abrange também a forma eletrônica.

O CPC torna expresso que não há nulidade em se utilizar o meio eletrônico para a prática de todos os termos e atos do processo, inclusive para a sua transmissão e armazenamento, descartando-se, portanto, qualquer necessidade, ainda que para fins de arquivo, da impressão em papel de todo ou de parte do processo eletrônico.

> Art.164 [...]
>
> Parágrafo único. A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei. (NR)

Veja comentários ao art. 8º da Lei n. 11.419/2006.

Melhor teria sido se o CPC tivesse exigido a assinatura digital como a espécie de assinatura eletrônica para ser utilizada pelos magistrados no processo eletrônico, em razão das questões de segurança que já foram tratadas. O motivo da manutenção do gênero "assinaturas eletrônicas" deve-se ao fato de muitas assinaturas eletrônicas de magistrados já terem sido lançadas em processos eletrônicos anteriores à lei nos juizados especiais.

Logo, não há que se falar em nulidade em decorrência da utilização de assinaturas eletrônicas por magistrados. Todavia, em face do princípio da segurança, melhor que o magistrado adote a assinatura digital por ser ela a mais segura espécie de assinatura eletrônica.

> Art. 169 [...]
>
> § 1º É vedado usar abreviaturas.
>
> § 2º Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro

> em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes.

A possibilidade de se praticar ato processual por via eletrônica, em processo total ou parcialmente eletrônico, requer que os atos praticados na presença do juiz também sejam armazenados de forma eletrônica.

Interessante que neste artigo o CPC faz referência expressa ao termo "digital" no que se refere ao armazenamento de modo integralmente digital no processo eletrônico.

Assim, poderão ser gravados termos de audiências e as próprias audiências em arquivo digital que será assinado digitalmente pelo juiz, chefe de secretaria e pelos advogados.

O CPC é expresso ao exigir a assinatura digital, e não mera assinatura eletrônica no caso do armazenamento dos arquivos em discussão para que estes permaneçam invioláveis, em razão da criptografia da assinatura digital, que assegura a integridade do documento digitalmente assinado.

> § 3º No caso do § 2º deste artigo, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo. (NR)

O CPC refere-se ao momento da transcrição para que as questões a ele sejam suscitadas e decididas, sob pena de preclusão. É claro que da decisão do juiz caberá agravo oral.

> Art. 202 [...]
>
> § 3º A carta de ordem, carta precatória ou carta rogatória pode ser expedida por meio eletrônico, situação em que a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, na forma da lei. (NR)

Veja comentários ao parágrafo único do art. 164 do CPC, supra.

> Art. 221 [...]
>
> IV – por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria. (NR)

Sobre a citação por meio eletrônico, veja os comentários ao Capítulo III da Lei n. 11.419/2007.

> Art. 237 [...]
>
> Parágrafo único. As intimações podem ser feitas de forma eletrônica, conforme regulado em lei própria. (NR)

Sobre as intimações eletrônicas, v. os comentários ao Capítulo II da Lei n. 11.419/2007.

> Art. 365 [...]
>
> V – os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem;

Veja os comentários ao art. 11 da Lei n. 11.419/2006.

Este dispositivo do CPC, iluminado pelo princípio da Instrumentalidade das Formas, contempla os extratos digitais de bancos de dados com a mesma força probante dos originais. Há um requisito obrigatório: o emitente deve atestar que as informações conferem com os originais.

> VI – as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

Veja os comentários ao art. 11 da Lei n. 11.419/2006.

> § 1º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no inciso VI do *caput* deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

Vejaos comentários ao art. 11 da Lei n. 11.419/2006.

> § 2º Tratando-se de cópia digital de título executivo extrajudicial ou outro documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar o seu depósito em cartório ou secretaria. (NR)

Este poder conferido ao juiz para que determine o depósito do título em cartório ou secretaria torna-se um dever quando se tratar de documentos que, apesar de poderem ser digitalizados, são necessários para o exercício do próprio direito. É o caso, por exemplo, dos títulos de

crédito típicos. Assim, não pode o magistrado dar início a uma execução de título de crédito sem que o documento físico lhe seja apresentado.

> Art. 399 [...]
>
> § 1º Recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de 30 (trinta) dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de ofício; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem.

Dispositivo sem alteração no conteúdo em relação ao texto anterior do Código de Processo Civil.

> § 2º As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado. (NR)

Veja os comentários ao art. 11 da Lei n. 11.419/2006.

> Art. 417 [...]
>
> § 1º O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte.

Dispositivo sem alteração no conteúdo em relação ao texto anterior do Código de Processo Civil.

> § 2º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei. (NR)

Veja os comentários aos referidos artigos. Abre-se aqui a possibilidade do armazenamento em arquivo digital, tanto do termo quanto do próprio depoimento. Sempre há de se observar que os documentos digitais que contêm os depoimentos deverão ser digitalmente assinados, nos termos da nova redação do §2º do art. 169 do CPC.

> Art. 457 [...]
>
> § 4º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei. (NR)

Veja os comentários aos referidos artigos. Abre-se aqui, também, a possibilidade legal do armazenamento em arquivo digital tanto do termo quanto do ocorrido na audiência.

Sempre há de se observar que os documentos digitais que contêm os termos e demais atos praticados na audiência deverão, obrigatoriamente, ser digitalmente assinados, nos termos da nova redação do § 2º do art. 169 do CPC.

> Art. 556 [...]
>
> Parágrafo único. Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico. (NR)

Aqui, mais uma vez ressalta-se o fato de a lei ter exigido apenas a assinatura eletrônica, e não a assinatura digital com a garantia da integridade do conteúdo dos votos, dos acórdãos e dos demais atos processuais. Contudo, desloca-se para o Poder Judiciário toda a obrigação de manter tais documentos digitais em arquivos eletrônicos invioláveis.

Uma das formas de se garantir a inviolabilidade dos arquivos eletrônicos de que trata este dispositivo do CPC seria a adoção de criptografia forte para assegurar que o conteúdo não seja violado. Mais uma vez, chama-se a atenção ao princípio da segurança, que deve sempre nortear a conduta no meio virtual tão susceptível à atuação de *crakers* e de outros piratas de computadores.

> Art. 21. (VETADO)
>
> Art. 22. Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias depois de sua publicação.
>
> Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.
>
> LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
>
> Márcio Thomaz Bastos

4. CONCLUSÃO

Parece-nos inegável que a utilização do mundo virtual para a implementação do processo eletrônico é uma realidade no Brasil que vem ao encontro das expectativas da sociedade de um direito mais moderno, mais rápido e mais eficiente. Destacamos, por um

lado, que a economia de tempo com a informatização é muito grande porque reduz tarefas administrativas como retirar grampos de petições, furar, carimbar, numerar páginas, amarrar processos e capas. Por outro lado, devemos nos lembrar de que sempre haverá a figura humana do juiz que preside o processo. Sobrecarregar o magistrado com um andamento veloz do processo eletrônico pode demonstrar que o material humano é sempre o mais importante. Não podemos deixar de considerar que o número de juízes ainda é pequeno no Brasil, em relação à população e à enorme extensão territorial no país.

O processo eletrônico democratiza o acesso à Justiça quando permite o acesso ao Judiciário mesmo nos rincões do país, todavia, o acesso à tecnologia, aos computadores e à rede internet de alta velocidade é um imperativo para que tal democratização se faça efetiva como desejamos.

O risco de fraude, inerente ao uso do mundo virtual, deve ser minimizado ao máximo, com o uso de criptografia forte e assinatura digital em todos os atos do processo. Contudo, a segurança do processo eletrônico é um dever de todos que o utilizam. Terminamos com uma reflexão: Devemos tomar cuidado para evitar que situações corriqueiras como o uso de uma rede sem fio em casa, com uma senha de acesso simples, ou sem a alteração da senha do roteador que veio do fabricante possa permitir ao vizinho de prédio o acesso a todas as petições enviadas pelo advogado de sua casa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMElDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*. A informatização judicial do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. *Lei n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Disponível em: <http://wwwO I 0.dataprev.gov.br/sislexlpaginas/42/2006/l1419.htm>. Acesso em: 27 out. 2007.

BRASIL. *Lei n. 9.998 de 17 de agosto de 2000*. Institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/legislacao/lei9998.htm>. Acesso em: 27 out. 2007.

BRASIL. *Lei n. 9.800 de 26 de maio de 1999*. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9800.htm>.

BRASIL. *Lei n. 9.296 de 26 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XlI, parte final, do artigo 5° da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudoslbibliotecavirtual/dh/volurne%20ilprilei9296.htm>.

BRASIL. *Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.brlsis-lexlpaginas/1711973/5869htm>. Acesso em: 27 out. 2007.

BRASIL. *Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001*. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Poder Executivo. Brasília – DF, Seção I. 27 ago. 2001.

CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007.

ROHRMANN, Carlos Alberto; ALBERGARIA NETO, 1. S. Electronic lawsuits: how do we regulate digital evidence? *International Journal of Liability and Scientific Enquiry*, v. I [s.p.], 2008.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

11

FUTURO DO JUDICIÁRIO PASSA POR NOVO ESTATUTO, DEMOCRATIZAÇÃO E AUTONOMIA

Herbert Carneiro[1]

Temos dito e reafirmado que o Poder Judiciário e a Justiça, com seus alcances ideais e reais, estão em permanente construção pela sociedade civil, mundo acadêmico e, especialmente, pelos magistrados, cujo protagonismo tem sido cada vez maior desde que deixaram de ser apenas aqueles que aplicam as leis. Não se trata de ativismo ou cair na tentação da judicialização, como em muitas vezes a própria sociedade reclama, mas de uma postura sintonizada e compromissada com o estado de direito, a democracia e a cidadania, além de, objetivamente, dar respostas mais céleres e eficientes.

A construção é permanente e dinâmica porque assim é a sociedade à qual servimos. Nesse processo de estruturação, consideramos que a democratização lenta do Judiciário nos distancia do ideal de direito e de justiça e dos avanços obtidos por outros setores. Ao lado da democratização, a autonomia administrativa e financeira é fundamental para que possamos ser, de fato e de direito, um Poder na plenitude da expressão republicana.

Condições de trabalho e de segurança, aperfeiçoamento constante e diálogo incessante com a sociedade e com os outros Poderes constituídos são os meios pelos quais o Judiciário dará salto de qualidade em seus serviços. Com a democratização, o avanço será constitucional e institucional, implicando mais transparência

[1] Desembargador do TJMG e Presidente da Associação dos Magistrados Mineiros.

AMAGIS NUMERO 11.indb 229 20/06/2015 11:40:35

e compromisso com a gestão administrativa dos vários recursos empenhados, como devem ser, em sua vocação original.

Ainda assim, em função de uma cultura conservadora e acomodada, o Judiciário vive em um mundo antiquado, no qual coabitam direitos e avanços conquistados na Constituição de 1988 com uma esdrúxula lei que regula seu funcionamento (Lei Orgânica n. 35/1979), instituída sob o viés de um regime que não vislumbrava a democracia nem o estado de direito; ao contrário, foi concebida em pleno regime de exceção e, absurdamente, ainda em vigor nos dias atuais.

A democratização do Judiciário passa inevitável e irreversivelmente pela urgente substituição da atual Loman em favor da instituição de um novo estatuto da Magistratura. Admitir a permanência dessa incompatibilidade e nada fazer é continuar convivendo e ser responsabilizado, passiva e omissivamente, pelo atraso e anorexia que distanciam a justiça de seus reais destinatários. As autonomias administrativas e financeiras previstas na Carta Magna, e reiteradas na EC n. 45 (Reforma do Judiciário), devem ser para valer, mas só terão eficácia se os tribunais, e os magistrados que os integram, resolverem, corajosamente, colocá-las em vigência. Data vênia, os tempos de hoje vão muito além da retórica, conveniência, corporativismo e do comodismo. Somos, antes de tudo, agentes políticos e de nosso próprio tempo.

Com o novo estatuto, teremos a oportunidade, como destacou o presidente da Suprema Corte, o eminente ministro Ricardo Lewandowski, em seu discurso de abertura do ano Judiciário de 2015, de rediscutirmos as bases da Magistratura Nacional, de maneira a colocar os juízes em um patamar profissional e institucional compatível com os inestimáveis serviços que prestamos ao País.

Ao pontuar sua proposição, o ministro vinculou o momento histórico ímpar pelo qual desfrutamos de uma democracia amadurecida e de um ambiente apto ao debate franco e aberto com todos os interessados nessa relevante questão. É igualmente inaceitável que os tribunais continuem a reboque do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), expondo o Judiciário em constantes situações de fragilidade e desprestígio. Não tivemos, até agora, a lucidez e a iniciativa de colocar em prática as autonomias administrativas e financeiras das quais o Poder Judiciário é detentor. Com o novo estatuto, elas serão basilares e o principal eixo dos avanços.

INDEPENDÊNCIA CONFIGURA CLÁUSULA PÉTREA

Como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o respeito à independência entre os Poderes constitui cláusula pétrea consagrada na Constituição Federal e é base da harmonia que deve presidir as relações interinstitucionais.

Ao organizar sua estrutura e definir diretrizes administrativas, cada um dos Poderes o faz com base em suas prerrogativas e competência. Ao exercer as suas, o Poder Judiciário manda, por exemplo, o seu orçamento de acordo com a necessidade mínima para o bom funcionamento na prestação de seus serviços. Como também é competência do Legislativo (Congresso Nacional) apreciar, emendar, aprovar ou reprovar, dentro de seus limites constitucionais, o orçamento dos três Poderes.

Cumpridores da Constituição e das leis, e conscientes da realidade nacional, os juízes brasileiros estão prontos e preparados para seguir as normas vigentes e debater a realidade do Judiciário com deputados federais e senadores, a quem compete a palavra final sobre a destinação e inversão de recursos.

Juízes e juízas têm a responsabilidade social de atender aos reclames da sociedade, que anseia por um Judiciário melhor aparelhado, mais eficiente e que solucione, com celeridade, as demandas que lhe são trazidas. Sem recursos compatíveis e sem as condições necessárias, o Judiciário cumprirá somente papel decorativo e acessório na República.

Tão urgente quanto o novo estatuto é a democratização do Judiciário, que, de tão irreversível, virá com ou sem o primeiro.

DEMOCRATIZAÇÃO IMPÕE COMPROMISSO COM A GESTÃO

Na falta de autonomia e de uma prática democrática, não há razão para se acreditar em princípios que reforcem a gestão, como a transparência e impessoalidade, como meios, e a eficiência, como um fim e um dever. Em um contexto assim, fica perfeitamente tolerado e conformado que os tribunais se neguem a adotar efetiva democratização, com adoção de eleições diretas para os cargos

diretivos. Quando não há democracia como referencial e prática, o poder é estabelecido pelos critérios de quem o exerce. Já o exercício da democracia, especialmente para o âmbito do Judiciário, é tarefa para aqueles que não temem a submissão de suas ações ao crivo do juízo de valor de desembargadores e juízes, indistintamente.

Abrir o Tribunal, com a possibilidade de eleição de todos os desembargadores para os cargos diretivos e com o voto de todos os juízes, seria avanço histórico capaz de nos contextualizar nos tempos de pós-modernidade e representaria opção refletida e consciente de sobrevivência democrática com eficiência. Se não agirmos assim, estaremos, cada vez mais, fadados ao enfraquecimento e desprestígio de nosso Judiciário.

Sintonizados com esse tempo, os juízes mineiros aprovaram, em histórica assembleia, realizada em agosto de 2013, provocar o Tribunal de Justiça de Minas (TJMG) para o debate democrático sobre as eleições diretas. O protagonismo histórico desse importante momento deve ser tributado aos juízes com a consequente decisão do Pleno do Tribunal, que, sete meses depois, em março de 2014, ampliou a elegibilidade a todos os desembargadores, embora tenha negado o direito ao voto aos mesmos juízes. Entendemos que o processo é irreversível e que, mais cedo ou mais tarde, o impulso à participação e o reconhecimento do pleno direito afastará o medo da igualdade entre os diferentes.

Na mesma direção, associações de magistrados de todo o País, lideradas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), solicitaram aos tribunais, no dia 31 de março daquele ano, que adotassem as eleições diretas. São inconsistentes e frágeis os argumentos segundo os quais a democratização depende de alterações constitucional e legal. Pensar assim, com a devida vênia, é desconhecer e desprezar as autonomias administrativas e financeiras dos tribunais estaduais. Mais frágil ainda é o raciocínio de que a democratização interna vivenciada pelo Ministério Público, com eleições diretas, representou retrocesso e trouxe desorganização político-institucional. Ao contrário, o Ministério Público, diferentemente do Judiciário, cuidou de fazer sua lei orgânica e garantiu, assim, as conquistas previstas na Constituição. Amadureceu e se fortaleceu enquanto instituição. Brigam, democraticamente, por

ocasião das eleições, mas, passado o pleito, unem-se e defendem, ardorosamente, a instituição e sua missão constitucional.

De outro lado, não é minimamente razoável tirar do juiz de primeira instância o direito à participação integral nas atividades de gestão do Judiciário, quando se sabe que são eles os responsáveis por 85% de toda a demanda judicial. Se não tivermos a grandeza cívica e visão orgânica responsável do Poder Judiciário para reconhecer isso, com a participação direta dos juízes nas eleições das mesas diretivas dos tribunais, mais uma vez, receberemos, de forma subserviente e sem direito a esperneios, da parte do CNJ ou de outro Poder, a ordem nesse sentido. Depois, não haverá mais nada a fazer, a não ser reconhecer a nova realidade e que a democratização não veio como uma conquista, mas uma advertência ao nosso atraso.

Com a certeza cristalina de que não existem alternativas fora do regime democrático, só haverá o adequado aparelhamento das varas, juízos e juizados, onde milhares de brasileiros comparecem diariamente como partes ou testemunhas em busca da realização da Justiça, quando os juízes puderem participar da escolha das mesas diretoras dos tribunais. É comum encontrarmos uma estrutura física bem melhor na segunda instância e, nas Comarcas, é habitual pedir auxílio às prefeituras para as mínimas necessidades, inclusive para apoio de servidores.

LODJ: PARCERIA PELO APERFEIÇOAMENTO DA JUSTIÇA

Numa sociedade democrática, é necessário que o debate seja transparente e representativo para que tenha legitimidade. Nesse aspecto, é preciso ressaltar a responsabilidade social e o compromisso público da Assembleia Legislativa de Minas, que em tempo recorde de apenas quatro meses, após intensos debates, aprovou a nova Lei de Organização e Divisão Judiciárias estadual. Por meio dela, a instituição Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) dispõe, hoje, de importante ferramenta de aperfeiçoamento do funcionamento de suas 296 comarcas, e respectivos fóruns e varas, para fazer e distribuir Justiça, com mais qualidade e celeridade, a todos os mineiros de todas as regiões.

Num processo permanente de ausculta, incentivada por uma gestão participativa, os mais de 1.500 magistrados mineiros puderam se manifestar e apresentar propostas que, em etapa posterior, foram discutidas e apreciadas por comissão específica do Tribunal de Justiça, após ouvir a OAB, sindicatos e sociedade civil por meio de audiências públicas. Após esse intenso debate, as propostas de mudanças, incorporadas a um anteprojeto, foram submetidas ao crivo do Órgão Especial do TJMG, integrado por 25 desembargadores, a quem compete regimentalmente a tratativa do tema.

Somente após cumprir todo esse ritual institucional é que as propostas de mudanças, de modernização do Judiciário e de revisão da lei que regula seu funcionamento, foram encaminhadas à Assembleia Legislativa, para apreciação e votação dos 77 representantes do povo mineiro. No Parlamento, o projeto passou pelo criterioso exame de três destacadas comissões – Constituição e Justiça, Administração Pública e de Fiscalização Financeira e Orçamentária –, em seguida, foi ao Plenário para votação aberta. Um processo totalmente transparente, democrático e representativo, por conseguinte, consagrado pela constitucionalidade e legitimidade.

Cientes de sua missão constitucional, e pautados por princípios democráticos e republicanos, os deputados têm sido parceiros na construção permanente de uma sociedade mais justa, por meio de um Judiciário mais eficiente e de uma Justiça mais acessível, ágil e verdadeiramente justa e cidadã. A harmonia e parceria entre os Poderes, guardadas suas particularidades e distinções funcionais, somadas ao constante debate democrático com a sociedade são fundamentais à consolidação do Estado de Direito e convergem, em suas finalidades e destinação, ao interesse do cidadão e do Estado.

A nova norma aprovada pelos deputados promove a revisão da chamada LODJ após seis anos, quando, por lei, deveria ser renovada a cada dois anos. No entanto, soubemos esperar, embora a sociedade mereça, cada vez mais, seja de dois em dois anos ou em período até menor, o Judiciário estadual atualizado e que lhe atenda de forma ágil e condizente com o dinamismo e as mudanças constantes da realidade social.

MODELO ÚNICO DE JURISDIÇÃO

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no Brasil possui um modelo único no mundo. Não nos fixamos apenas no modelo estrangeiro, mas criamos o nosso próprio de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Ainda assim, o modelo brasileiro será objeto de aperfeiçoamentos, seja por alterações normativas, ou via jurisprudencial. A história da jurisdição constitucional brasileira também está em plena construção e vem recebendo continuadas transformações e aprimoramentos desde que o Estado chamou para si, no período moderno, a responsabilidade de solucionar os conflitos. Já foi privada no período feudal e, no Brasil Colonial, as Capitanias Hereditárias tinham sua própria jurisdição. Já foi também eclesiástica na monarquia, quando Igreja e Estado se confundiam.

Assumido pelo Estado, nossa jurisdição constitucional está fundada nos valores da liberdade e na igualdade. A história do constitucionalismo é também a história desses dois fundamentos na ordem jurídica, que, juntos, constituem o Estado Democrático de Direito.

VISÃO CRÍTICA DA RACIONALIDADE

Em seu livro *Como decidem as cortes? para uma crítica do Direito (brasileiro)*, o professor José Rodrigo Rodriguez, da Fundação Getúlio Vargas, chama a atenção para a decisão judicial, sua forma e conteúdo, desde uma perspectiva crítica, não naturalizada e fincada em nossa experiência pós-Constituição de 1988. Para ele, a transformação do direito e das instituições, em geral, passa, necessariamente, pela transformação do papel do Judiciário e da atuação dos juízes.

"Manter inalterada a visão do que seja e deva ser a atuação de um juiz ou uma juíza é defender a paralisação do devir do direito e das instituições do estado. E não se pode barrar conceitualmente o correr da história. Os conceitos devem ser instrumentos de reflexão e crítica sobre a efetividade do real e não parte de profissões de fé sobre uma determinada visão de estado de direito e de sociedade", pontua o professor, considerando que há vários modelos de racionalidade judicial funcionando, simultaneamente e em conflito.

"É interessante notar que o juiz, quando decide, ou seja, quando exerce sua autoridade, também invoca autoridades em profusão para demonstrar que sua posição é a única correta. As cortes brasileiras citam, com muita frequência, doutrinadores e teóricos do Direito (além de jurisprudências) sem reconstruí-los em uma linha de argumentação racional, ou seja, sem explicar o porquê de cada autor (ou caso) ser relevante para a solução final, de acordo com sua reconstrução sistemática das fontes de Direito. Se somarmos a isso à falta de organização dos argumentos nos julgamentos colegiados (sobre a qual falaremos a seguir) o quadro fica bem mais complexo e interessante!"

Os juízes e os tribunais devem decidir com base no direito objetivo, sem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios. Jurisdição é aquilo que o legislador constituinte incluiu na competência dos órgãos judiciários, de modo que o ato jurisdicional é o que emana dos órgãos jurisdicionais no exercício de sua competência constitucional.

Uma vez estatal, como agora, ela está confiada aos magistrados e legitimada por suas prerrogativas, constituindo monopólio do Poder Judiciário do Estado (CF, art. 5º, XXXV). A esse Poder (CF, art. 92 a 126) compete a distribuição de justiça, de aplicação da lei em caso de conflito de interesses.

VALOR DO MAGISTRADO, DA CARREIRA E DA EXPERIÊNCIA

O País conta hoje com uma Magistratura sólida, altamente qualificada e reconhecida até por organismos internacionais. Ao ingressar na carreira, os juízes passaram por rigorosos concursos públicos e são, desde o início, permanentemente fiscalizados pelo próprio Judiciário, via corregedorias, pela sociedade e pelo CNJ.

Não há outro profissional que conheça de tão perto as aflições do brasileiro quanto o juiz de Direito em cada um dos rincões do país e são, em muitos casos, o último recurso à cidadania. Ao passar por várias comarcas e instâncias, o magistrado vai acumulando experiência própria do conhecimento, do desafio e do exercício profissional.

Em quaisquer carreiras do mundo, da área pública ou privada, é fundamental reconhecer o valor da experiência, do conhecimento e da *expertise*. Quando isso não ocorre, além de extremamente desestimulante, as consequências são também conhecidas: desinteresse crescente pela profissão, prejuízo pela formação profissional, que deve ser continuada, pouca atratividade, concorrência com outros setores e, por fim, evasão de quadros valorosos.

A situação se agrava ainda mais quando se trata de funções essenciais ao Estado de Direito e à cidadania, como o são a Magistratura e o Ministério Público. Ao contrário das demais carreiras, as da Magistratura e do Ministério Público não possuem progressão horizontal, o que impede a valorização da experiência profissional, de modo que o juiz e o promotor que ingressam, hoje, recebem vencimentos de valor muito próximo ao dos que estão no topo da carreira, alguns com mais de 30 anos, 40 anos ou mais de atividade.

Para magistrados e promotores, não há escalonamento remuneratório em níveis, funções, gratificações, jetons e outros, como normalmente estão estruturadas as carreiras de servidores em geral, inclusive as ditas carreiras de Estado. A progressão vertical para magistrados, por exemplo, ocorre somente quando há vaga, o que leva menos de 10% dos juízes que ingressaram na carreira a chegar ao cargo de desembargador.

O magistrado possui ainda rígidas limitações constitucionais, como a impossibilidade de atividades política, empresarial e de ocupar cargo público de livre nomeação (ministro de Estado, secretário de Estado, etc.) ou mesmo cargos privados. Também não podem exercer a advocacia.

Não foi sem razão que, no ano passado, 531 magistrados e candidatos aprovados em concursos públicos deixaram os respectivos cargos, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por conta da baixa atratividade da carreira na atualidade, baixa remuneração e alto grau de responsabilidade.

A Magistratura, pois, exerce um Poder de Estado, estruturado em carreira que se difere dos demais Poderes carecendo de adequação constitucional que valorize a experiência profissional dos integrantes

desse Poder. Tal situação, que merece profunda atenção e reflexão do legislador, pode e deve ser corrigida com a instituição da valorização do tempo de serviço.

Na atual conjuntura, a única maneira de se assegurar a valorização do tempo de serviço na Magistratura e, por igual, no Ministério Público, é o estabelecimento, no texto constitucional, com imediata autoaplicabilidade (e sem retroatividade), de compensação remuneratória objetivamente atrelada àquele tempo de serviço.

Ao mesmo tempo, essa medida restabelece a figura do adicional por tempo de serviço, prevista originalmente no art. 65, VIII, da Lei Orgânica da Magistratura, a LOMAN (Lei Complementar n. 35/1979), que previa a "gratificação adicional de cinco por cento por quinquênio de serviço, até o máximo de sete" — mas prejudicada ulteriormente pela edição da Emenda Constitucional n. 19/1998.

Por isso, apoiamos a pretensão dos juízes do 1º e 2º grau, estaduais e federais, trabalhistas, militares, ativos e inativos, enfim, da Magistratura nacional e dos promotores e procuradores pela instituição de parcela indenizatória de valorização por tempo no Ministério Público e na Magistratura.

Essa é uma demanda que une e reclama toda a Magistratura. A matéria valoriza a experiência acumulada e o investimento na formação permanente dos integrantes dessas funções essenciais ao Estado. Entendemos ser necessária a instituição de um sistema de efetiva e concreta valorização da carreira percorrida na Magistratura e no Ministério Público.

Trata-se de valorização à dedicação e retribuição pelo tempo de serviço, como forma de garantir a permanência e estimular o crescimento profissional na carreira e evitar a perda de valorosos quadros. Além disso, permite a organização dessa mesma carreira por meio de progressões vinculadas ao tempo de dedicação e atividade dos magistrados e promotores.

Como já ocorre no serviço público em geral, com melhor estruturação da carreira, por meio do tempo de serviço, a PEC n. 63/2010 é o instrumento, hoje, mais eficiente de resgate da dignidade e de estímulo aos juízes e promotores brasileiros: eles precisam ser reconhecidos pelo esforço em todo o tempo de carreira. Esse adicional

é mais do que o ganho monetário; na verdade, ele resgata o valor, o reconhecimento, a dedicação exclusiva e, principalmente, premia quem faz de sua vida uma causa: a missão de julgar, distribuir justiça e garantir o estado democrático de direito neste País.

TRATA-SE DE GESTÃO, E NÃO LINHA DE MONTAGEM

O relatório "Justiça em Números", elaborado e divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, em setembro de 2014, confirmou, mais uma vez, a alta produtividade dos juízes brasileiros, com cerca de 1.600 casos resolvidos por ano, uma das maiores médias do mundo, com acréscimo de 1,7% em relação ao ano anterior.

A quantidade de processos finalizados a cada ano pelos magistrados brasileiros cresceu 9,3% desde 2009, mas ainda é inferior ao surgimento de casos novos que ingressam anualmente na Justiça. Segundo os dados, o estoque de processos tramitando na Justiça brasileira chegou a 95,14 milhões em 2013, sendo que 28,3 milhões representam os casos novos e 27,7 milhões, os processos baixados no respectivo ano. O número de casos pendentes de solução definitiva nos tribunais cresce, em média, 3,4% por ano desde 2009, sendo 66,8 milhões em 2013.

Ainda assim, é crescente a demanda por Justiça em todo o País e em todos os segmentos do Judiciário. Hoje, são mais de 95 milhões de processos na Justiça, com ingresso de 28,3 milhões de novos casos em 2013. Um aumento médio de 3,4% ao ano.

Vivemos, atualmente, a Era dos Direitos, com o Poder Judiciário assumindo papel fundamental na transição entre os séculos XX e XXI, como reconheceu o presidente do STF e do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, ao citar o filósofo e historiador italiano Norberto Bobbio.

Essa mudança trouxe um aumento expressivo no volume de demandas judiciais, razão pela qual devemos buscar outras formas para a solução dos conflitos sociais, como conciliação, mediação, arbitragem e Justiça Restaurativa, já adotadas com êxito aqui em Minas.

Por conta dessa mentalidade vigente na sociedade, segundo a qual todos os conflitos e problemas sociais serão resolvidos mediante o ajuizamento de um processo, o novo presidente do STF adiantou que sua gestão terá como uma de suas marcas o estímulo aos meios alternativos de solução de conflitos.

Justiça não é para dar lucro por meio de arrecadação nem bater metas de produtividade, como se fosse uma linha industrial de montagem. Processos tratam direitos, liberdade, patrimônio, enfim, são histórias de vidas, o que nos leva a perguntar que Judiciário queremos e que a sociedade deseja e merece.

De uma hora para outra, não serão modelos de gestão baseados em produtividade que irão resolver o problema da alta litigiosidade. A política de metas não pode apenas atuar na ponta final da carga processual, do tamanho da litigiosidade e sobre a capacidade de respostas/sentenças do Judiciário.

Também é insuficiente alcançar a produtividade pelos índices do CNJ. Por essa metodologia, um tribunal é considerado eficiente quando consegue produzir mais com menos recursos, mais com menos juízes e menos servidores. Tão ou mais importante do que os números e a produtividade é a qualidade desse serviço público especializado que reclama a sociedade.

Em suma, todos querem solução dos tribunais para seus problemas, desde governos, empresas e o cidadão. Muitos a eles recorrem não para ter respostas, apenas postergação dos conflitos de modo a frustrar o objetivo da demanda. Se não se tem solução para os próprios problemas, a reação tem sido transferi-los para o campo da judicialização, onde, por meio de uma legislação atrasada e confusa, há recursos para que os processos não sejam finalizados.

Ainda assim, o país está e vive em paz, graças, em grande parte, por conta dos juízes que fazem e distribuem justiça diariamente de norte a sul. Contudo, é necessário, inadiável, o investimento e a valorização da Justiça de primeiro grau, por onde passam cerca de 85% das demandas do cidadão.

Também é preciso reconhecer que essa enorme litigiosidade é resultado da confiança do povo brasileiro no Judiciário. A confiança é

o nosso principal patrimônio. Sem ela, não há democracia; sem essa, a cidadania é enfraquecida.

O desafio atual tem foco na eficiência, meta que somente será atingida após radiografia profunda da realidade judicial no País.Há necessidade de mais diálogo com o Parlamento, especialmente nas questões que podem impactar diretamente na racionalização do processo judicial e, consequentemente, diminuir o congestionamento na Justiça.

A taxa de congestionamento, que mede o número de processos em tramitação que não foi baixado durante o ano, passou de 70% para 70,9%. Isso significa que, em 2013, a cada 100 processos, aproximadamente 29 foram finalizados no período. O maior número de pendências se refere às ações de execução de título extrajudicial fiscal, referentes a dívidas cobradas na Justiça pelo governo ou particulares, representando 41,4% do total.

A alta no número de processos pendentes se reflete na carga de trabalho dos magistrados: no ano passado, cada juiz tinha, em média, 6.041 casos para julgar. Eles conseguiram, em média, dar baixa em 1.684 processos. Os dados revelados pelo relatório reforçam o que vem sendo observado nas pesquisas anteriores: uma crescente e incontrolável demanda por Justiça e um aumento anual da taxa de congestionamento, apesar da alta produtividade dos magistrados.

Faz-se necessária a elaboração de leis processuais desburocratizadas. Os grandes litigantes (governo, bancos e concessionárias de serviços públicos) usam a Justiça de forma predatória, diante da ineficiência de um sistema regulatório que não tem capacidade de controle.

NA DÚVIDA, O FOCO É SEMPRE O CIDADÃO

As lições e os desafios cotidianos da judicatura e das relações com a sociedade são importantes para que nos lembremos dos compromissos pactuados e da responsabilidade social de cada um de nós. O foco deve ser o cidadão e a justiça social, metas que só serão alcançadas se o Judiciário enfrentar a realidade presente em vez de adiá-la para um futuro incerto.

A sociedade espera muito de nós, e os magistrados sabem disso e mantêm o compromisso, apesar dos contratempos e das dificuldades.

Cada juiz e juíza dessa Minas continental, da 1ª e da 2ª instâncias, da capital e da mais longínqua comarca quer distribuir justiça. Sabem como fazê-lo, mas, como é público, carecem de melhores condições da atividade para o pleno exercício profissional.

Nesse aspecto, as associações de magistrados têm papel relevante e histórico, ao manter atuação permanente e intensa pela defesa das prerrogativas, da democratização e defesa do Estado de Direito, onde quer que seja necessária, no TJMG, no Órgão Especial, no CNJ, junto à imprensa, na Assembleia Legislativa ou no Congresso Nacional.

Todos temos compromissos, em particular, com a Magistratura e o Judiciário, e, em geral, com a própria sociedade, que reclama serviços públicos de qualidade. Essa responsabilidade social também nos move na direção de um Judiciário moderno e vocacionado.

A sociedade continua reclamando por justiça e cabe a nós dar essas respostas. Quem detém posições tem o dever de buscar os meios necessários para alcançá-las. Sem esperar pelo futuro, que, nada mais pode fazer a não ser apontar o dedo para nossa omissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Henry. *Regime Jurídico da Magistratura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Refletindo o direito e a justiça*. Belo Horizonte: TJMG/EJEF, 2010.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Perfil contemporâneo da justiça brasileira*. Belo Horizonte: TJMG, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes* – Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SILVA, Antônio Álvares da. *Reforma do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOARES, Luiz Eduardo. *Justiça* – Pensando alto sobre violência, crime e castigo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

12

A CULPA PRESUMIDA COMO VIÉS INTERMEDIÁRIO ENTRE A TEORIA DA CULPA E A TEORIA DO RISCO

José Luiz de Moura Faleiros Júnior[1]

RESUMO

Este trabalho tem como enfoque a análise da teoria da culpa presumida e seu posicionamento entre a teoria da culpa e a teoria do risco, no intuito de demonstrar que o Direito Civil brasileiro contemporâneo dela não se desconectou, admitindo-a em hipóteses pontuais, como no caso da responsabilidade médica. Para a análise proposta, após um breve escorço histórico sobre as teorias que norteiam a responsabilidade civil, além de um sucinto esboço sobre os elementos que compõem a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, analisar-se-á o *leading case* contido no repositório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e noticiado no Informativo n. 383 da Corte, com realce à inversão do ônus da prova, culminando na discussão sobre a importância da culpa presumida como viés intermediário entre as duas principais teorias da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Culpa presumida; responsabilidade civil; teoria da culpa; teoria do risco; inversão do ônus da prova.

---

[1] Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado.

AMAGIS NUMERO 11.indb 243 20/06/2015 11:40:35

ABSTRACT

This work is focused on the analysis of the presumption of fault theory and its groundings in between fault theory and risk theory, aiming to demonstrate that the contemporary Brazilian Civil Law has not disconnected itself from said theory, whereas it's contemplated in specific situations, like medical liability. For the proposed analysis, after a brief historical foreshortening on the theories that guide civil responsibility and a succinct outlining of the elements that compose subjective responsibility and objective responsibility, the leading case divulged on Superior Court of Justice's Informative n. 383 will be analyzed, with emphasis on burden of proof inversion, to finally conclude the discussion on the relevance of presumed fault as an intermediary bias between the two main civil responsibility theories.

Keywords: Presumption of fault; civil responsibility; fault theory; risk theory; burden of proof inversion.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Premissas históricas da responsabilidade civil. 2. Responsabilidade subjetiva e a teoria da culpa. 3. Responsabilidade objetiva e a teoria do risco. 4. O viés intermediário: teoria da culpa presumida. 5. O *leading case* brasileiro sobre o tema. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em decorrência da evolução social e do desenvolvimento humano, as relações intersubjetivas se tornaram cada vez mais organizadas e passaram a ser regidas por um conjunto de normas próprias.

Nesse sentido, o desenvolvimento dos paradigmas tecnológicos e a globalização mundial, bem como o crescimento demográfico decorrente do processo de urbanização e a alteração do panorama de vida do homem moderno são fatores que contribuem para o surgimento de elevado número de interesses de ordem subjetiva tendentes a se confrontarem.

Disso decorre o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos civis, notadamente o da responsabilidade civil, diante de uma realidade multifacetária de situações jurídicas que demandam enfrentamento,

cabe aos operadores do Direito diagramar soluções que permitam, diante das circunstâncias e particularidades de cada caso, solucionar os conflitos.

A responsabilidade civil afeita às relações entre particulares é juridicamente adotada no Brasil desde sua primeira regulamentação, pelo Código Civil de 1916, período em que se entendia correta a teoria subjetiva ou da culpa. Contudo, com o advento de novos regramentos jurídicos nas sucessivas Constituições da República e novas leis, como o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, que expressamente trataram da responsabilidade civil *objetiva*, baseada na teoria do risco.

Esta teoria se mostrou apta e madura o suficiente para solucionar conflitos do mundo moderno, mas deixou brechas complicadas, notadamente com relação à responsabilidade civil dos médicos, que ainda causava dissenso e controvérsia, principalmente no plano jurisprudencial.

As dúvidas foram extirpadas pelo Superior Tribunal de Justiça, contudo, quando veio à lume o Informativo n. 383 daquela Corte, que expôs o entendimento definido no Recurso Especial n. 236.708/MG, em que ficou definida a aplicação da teoria da culpa presumida aos casos de responsabilidade médica, ainda que se tratem de obrigações de resultado, como a cirurgia plástica.

Diante disso, a completa compreensão da teoria da culpa presumida e de seu enquadramento perante as teorias da culpa e do risco tornou-se essencial para posicionar a aplicação normativa às hipóteses de responsabilidade médica, e a principal baliza delineada pelo STJ para nortear a aplicação da culpa presumida – a inversão do ônus da prova – ganhou ainda maior relevância.

Utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se de regras gerais sobre a responsabilidade civil dentro da Teoria Geral do Direito, para, afunilando as análises histórico-evolutivas do instituto, explicar-se as diferenças entre a teoria da culpa e a teoria do risco e, ao final, abordar especificamente a teoria da culpa presumida e o *leading case* do Superior Tribunal de Justiça sobre ela e concluir pela adequação de tal teoria à hipótese.

1. PREMISSAS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos primórdios da civilização, a responsabilidade civil tinha seu principal fundamento na vingança coletiva, em que determinado grupo se unia contra o agressor visando à reparação por ofensa praticada contra um de seus membros por meio da exclusão ou do assassínio, sem regras ou limites, do transgressor.

Posteriormente, os agressores passaram a ser penalizados pela vingança privada, em que se punia a agressão com outra agressão, espontaneamente praticada com o objetivo de penalizar o ofensor. Não passava de direito à vingança, que, segundo José de Aguiar Dias, era "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal".[2]

Noutras palavras, a pessoa lesada poderia fazer "justiça com as próprias mãos" e a forma de reparação ou de se "fazer justiça" era de sua livre escolha. Inexistiam regramentos que tutelassem penas ou punições, uma vez que a responsabilidade se baseava na mera aparência de nexo de causalidade entre a ação e o dano, não havendo necessidade de se comprovar a culpa do agressor.[3]

Pelo que se tem notícias, o dano e sua reparação foram inicialmente tratados pelos povos Sumérios, em tempos imemoráveis da civilização humana, no Código de Ur-Nammu (2040 a.C.), que contemplava, em seus dispositivos, alguns princípios inerentes à reparação dos danos por meio de penas pecuniárias.[4] Com o declínio da Suméria e sua absorção pela Babilônia e pela Assíria, por volta do ano 2000 a.C., o Código de Ur-Nammu foi abandonado. Isso significou um retrocesso no tratamento

---

[2] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

[3] *Ibidem*.

[4] Descoberto em 1952 pelo assiriólogo Samuel Noah Kramer, na região onde hoje é o Iraque, tal Código trazia alguns dos princípios hoje utilizados na reparação dos danos morais, ao impor quantias que deveriam ser pagas por quem causasse algum tipo de lesão corporal a outrem. (SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65).

dado à questão da reparação de danos, eis que por volta de 1780 a.C. surgiu um novo aporte para a matéria, com o Código de Hamurabi.[5]

Outrossim, imposições semelhantes às de ambas as suprarreferidas normas eram adotadas pelo Código de Manava-Dharma-Sastra, também chamado de Código de Manu (século II a.C.), que é parte do compêndio de escritos bramânicos instituidores do sistema de castas na sociedade da Índia.[6]

A reparação do dano também esteve presente no Direito Romano, particularmente em seu ordenamento jurídico escrito, que estipulava normas que obrigavam o causador do dano a responder pelo ato praticado. Os romanos adotavam, como princípios basilares do Direito, a honestidade e o não lesar direito de outrem, sendo exemplo disso o que consta no Digesto de Justiniano: "Os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o que é seu".

Refletindo esta nova mentalidade, a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), instituída na Roma antiga, prescrevia algumas sanções particulares para determinados crimes, como nos danos causados por fato do animal, sem, contudo, abandonar completamente a lei de talião.[7]

Todavia, é apenas com a *Lex Aquilia* (286 a.C.) que se começa a esboçar um princípio geral que norteia a reparação do dano. Sua principal importância foi na elaboração da teoria da culpa aquiliana, também chamada de teoria extracontratual ou de culpa delitual, que tratava da reparação dos danos causados às coisas alheias, tanto que José de Aguiar Dias a definia como "uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, [...] fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana".[8]

---

[5] Descoberto na cidade de Suza pelo arqueólogo Jacques Morgan, em uma expedição francesa à antiga Pérsia, o Código de Hamurabi foi o que primeiro instituiu a lei de talião, ou *lex talionis* no latim (*lex*: lei e *talio*, de *talis*: tal, idêntico), que era aplicada pela reciprocidade do crime e da pena, por simples retaliação, que consagrou-se na expressão "olho por olho, dente por dente" (SILVA, Américo Luís Martins da. *Op. cit.*, p. 69).

[6] SILVA, Américo Luís Martins da. *Op. cit.*, p. 66.

[7] DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 20.

[8] *Idem*, p. 34.

Foi no princípio da culpa que os clássicos *Ulpianus* e *Gaius* embasaram suas primeiras premissas que traziam o vocábulo *culpa*. A importância desta lei, como se vê, reside na introdução do elemento subjetivo da culpa na análise da responsabilidade civil, sendo necessária a caracterização da *intenção* da pessoa que causa o dano à outra.

Forte nessas premissas, o Código de Napoleão, de 1804, foi o modelo da legislação moderna no tema da responsabilidade civil, sendo seus arts. 1.382 e 1.383 baseados nos ensinamentos dos doutrinadores *Domat* e *Pothier*, *que desenvolveram o tema em seus caracteres e construíram a doutrina subjetiva*.[9]

O Código, além de trazer o preceito básico da responsabilidade civil extracontratual, fundamentando-se na culpa efetivamente provada, sistematizou a teoria da culpa e a distinção entre culpa contratual e extracontratual.

2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E A TEORIA DA CULPA

A responsabilidade civil *subjetiva* se funda na teoria da culpa, que, em simples termos, foca na demonstração prática do elemento subjetivo motivador da prática de ato que gere danos a outrem, e a ulterior responsabilização do agente causador desse dano porque laborou de forma culposa.

A ideia de culpa parte sempre do pressuposto da violação de obrigação ou de dever preexistente, que passa a constituir o ato ilícito do qual a culpa é o substrato. Assim, em conceituação genérica, a culpa nada mais é que o "fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável",[10] e é composta de dois elementos

[9] Na França do século XVII, o jurista Jean Domat foi pioneiro ao tratar da noção de culpa que se tornaria o principal pilar da teoria da responsabilidade civil francesa no Código de Napoleão, na tentativa de elaborar um sistema jurídico baseado em princípios morais, com aportes romanistas e jusnaturalistas. Por sua vez, Robert-Joseph Pothier, já no século XVIII, contribuiu imensamente para a construção do Código Civil francês, tendo pautado-se nos princípios da moral cristã para a elaboração de conceitos sobre o direito contratual e obrigacional.

[10] DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 133.

essenciais: um objetivo, que encontra suas raízes na própria ilicitude ou antijuridicidade, e outro subjetivo, que se afigura no mau procedimento imputável ao agente.

Uma vez que ocorra a conduta eivada de culpa, pode ou não produzir um resultado danoso ao patrimônio de outrem. Para a responsabilidade civil, só interessam essas hipóteses em que há, efetivamente, um dano à esfera patrimonial da outra pessoa, eis que é neste momento que a conduta culposa nascerá sob a forma de ato ilícito.

Remontando ao Direito Romano, boa parte da doutrina nega que tenha sido a *Lex Aquilia* a pioneira no tratamento da noção de culpa como elemento constitutivo do delito, neste pólo se situando vários autores, com destaque para Emilio Betti e os irmãos Henri e León Mazeaud. De outro lado, alguns sustentam a imprescindibilidade da culpa como elemento inerente ao delito, e, repelindo a tese de que o famoso princípio *in lege Aquilia et levissima culpa venit* seja mera interpolação, estão os autores Girard e Rudolf von Jhering.[11]

A despeito da controvérsia, é consenso que, no Direito Romano, não existia a noção de culpa como a vista nos dias atuais, sendo verdadeiro princípio geral ou fundamento da responsabilidade. Nesse sentido, é crucial que se delimite um conceito claro para a culpa, considerada em seu sentido mais amplo, que engloba o *dolo* e a *culpa em sentido estrito* (imprudência, negligência e imperícia), uma vez que nela reside a própria substância da teoria da responsabilidade subjetiva. Buscando um meio-termo entre o simplista e o complexo, René Savatier definiu culpa de modo bastante categórico:

> A culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito.[12] (tradução nossa)

[11] DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.,* p. 136.

[12] SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, Paris: Librairie Génêrale de Droit et de Jurisprudence, 1951, n. 4, p. 5.

No Brasil, o Código Civil de 2002 previu expressamente, em seu art. 186, que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". A exegese do dispositivo denota que a obrigação de indenizar existe em função de o agente ter procedido com culpa, por ação ou omissão voluntária, com negligência ou imprudência, merecendo, por isso, ver tal conduta censurada ou reprovada pelo Direito.

Tem-se em vista o *ato ilícito*, pouco importando a distinção deste mesmo ato em doloso ou culposo, embora tais elementos constem do dispositivo legal quando se fala em ação ou omissão voluntária (dolo) e negligência ou imprudência (culpa). Também não há filiação repetitiva à responsabilidade civil do Direito francês, uma vez que o legislador brasileiro não se baseou na *faute* dos europeus, tendo optado pela noção do ato ilícito.

Evidentemente, da culpa caracterizada no art. 186 como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, notadamente a imperícia, sendo que todas denotam falta de diligência, falta de prevenção e falta de cuidado.

A teoria da culpa, embora permaneça fortemente marcada no Direito, desde suas origens, apresenta um problema na errônea assimilação da noção de responsabilidade pela de culpa. Assim, surgiram a teoria do risco e as primeiras diretrizes da responsabilidade objetiva.

3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO

Como se viu, em matéria de responsabilidade civil, o novel Código Civil brasileiro se manteve fiel à teoria subjetiva, ao estabelecer, em seu art. 186, o dever de reparar o dano por aquele que laborou com culpa. No entanto, adotou, por exceção, a responsabilidade objetiva, insculpida no parágrafo único de seu art. 927, definindo a obrigação de reparação dos danos causados, independentemente da averiguação da culpa, por quem desempenhe atividade que, por natureza, gere riscos a outrem.

A teoria do risco nasceu para representar uma modalidade de visualização da responsabilidade sob um viés objetivo, "em que basta a simples causação (causalidade extrínseca), sem cogitação da intenção do agente".[13] Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade, que, por sua natureza, gere risco de dano para terceiros, deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Isso significa dizer que a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco.

Os franceses Raymond Saleilles e Étienne Louis Josserand foram os doutrinadores que mais se destacaram no estudo da teoria objetiva, cuja razão determinante de aceitação, tanto na França, quanto no restante do mundo ocidental, foi a consideração da responsabilidade desvinculada de culpa, assentando-se em contrário às disposições do próprio Código Napoleônico, que era totalmente partidário da teoria da culpa.

A necessidade de substituição deste sistema subjetivista foi fator determinante para a formação de nova concepção para a matéria: a teoria objetiva. Fernando Noronha traz excelente comentário sobre a ruptura do sistema subjetivo e ulterior adoção da teoria da responsabilidade objetiva:

> A responsabilidade objetiva agravada insere-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa não sempre era imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar: o exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, implicava, em contrapartida aos benefícios que elas proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva.[14]

Esta teoria não restou incólume de repúdios, contudo, tendo seus maiores críticos no Direito francês, em especial os irmãos Henri e

[13] BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*: teoria & prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40.

[14] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 37.

León Mazeaud, que, com André Tunc, declaravam a insuficiência de todos os critérios propostos em substituição ao da culpa, por diagnosticarem que todos os partidários das teorias objetivas iniciam suas análises na negação da culpa, declarando sua total desnecessidade, o que seria um erro.

Neste ponto, os irmãos Mazeaud e Tunc seguem os ensinamentos de Planiol e Ripert, no tocante à inconsistência do método histórico, comentando sobre a utilização da *Lex Aquilia* como fundamento doutrinário da doutrina do risco: "Das regras formuladas por essa lei, fizeram os juristas surgir lentamente, graças a um longo trabalho de análise, que teria de recomeçar, se a ideia simplista do risco o desfizesse".[15]

Este ponto é veementemente rejeitado por Aguiar Dias, que aponta o equívoco dos franceses, salientando que o que sempre se pôs em foco foi a insuficiência da culpa, e não sua total desnecessidade.[16]

A despeito de todas as críticas, a teoria objetiva definiu um novo extremo de aferição da responsabilidade civil, permitindo a imposição do dever reparatório, independentemente da averiguação da culpa. Isto, por um lado, ofereceu soluções mais adequadas a diversos conflitos sociais, mas, por outro, criou um impasse com outros cenários aos quais a teoria subjetiva se mostrava mais apropriada.

Para solucionar a questão, muitos autores buscaram delimitar uma gradação intermediária, que não desprezasse por completo a culpa na aferição da responsabilidade, mas que também não a elevasse ao patamar de elemento preponderante na atribuição do dever de reparar o dano.

4. O VIÉS INTERMEDIÁRIO: TEORIA DA CULPA PRESUMIDA

Sendo as teorias da culpa e do risco dois extremos diametralmente opostos no que diz respeito à averiguação do comportamento do agente causador do dano, surgiu a necessidade de se estabelecer um

[15] PLANIOL, Marcel Ferdinand; RIPERT, Georges. Traité pratique de droit civil français, v. 2, n. 863, *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 89.

[16] DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 85.

viés intermediário, um elemento transacional, entre os dois extremos, e foi daí que se elaborou a teoria da culpa presumida.

Para Eugênio Facchini Neto, é necessário afastar-se do princípio da culpa, avançando-se em direção a um modelo misto, que posicione, de um lado, a culpa e a teoria subjetiva, e, de outro, a responsabilidade objetiva, fundada no risco ou na ideia de garantia da suposta vítima.[17]

Seguindo este raciocínio, chegou-se à teoria da culpa presumida, exatamente como uma teoria medianeira entre as outras duas. Para Caio Mário da Silva Pereira, na teoria da culpa presumida, o elemento culpa não é excluído em absoluto do foco caracterizador da responsabilidade civil, contudo, deixa de ser considerado elemento etiológico fundamental da reparação civil.[18]

A teoria da culpa presumida foi inicialmente esboçada e fundamentada na doutrina e na jurisprudência francesas, por ocasião da interpretação dada às disposições do vetusto Código Civil francês de 1804, na parte que trata da responsabilidade civil, mais especificamente com relação ao art. 1.384, § 2º, que viabilizou novas conotações no que tange à responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos, posto que, em princípio, o lesado deveria provar a existência da culpa na conduta do filho para obter a reparação.

Caio Mário da Silva Pereira explica que, com a nova redação dada ao art. 1.384, § 2º, do Código Civil francês de 1804, doutrina e jurisprudência daquele país passaram a preconizar a inversão do ônus da prova, estabelecendo-se uma *presunção* na responsabilidade do agente (filho), cabendo aos pais provar a ausência de responsabilidade e até mesmo de culpa na conduta danosa do filho.[19]

No Brasil, com o advento do Código Civil de 2002, não se adotou a culpa presumida na hipótese da responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores. Ao invés disso, para esta e outras hipóteses, o legislador optou por impor uma responsabilidade objetiva, conforme se infere dos arts. 932 e 933.

---

[17] FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 1, p. 6, jan./mar. 2010.

[18] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 263.

[19] *Ibidem*, 264.

Cogitou-se, em face disso, do completo esvaziamento da aplicabilidade da teoria da culpa presumida no Brasil, até que o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, julgou o primeiro *leading case* em que restou definida a aplicação da teoria, enfrentando hipótese de responsabilidade civil do médico.

5. O *LEADING CASE* BRASILEIRO SOBRE O TEMA

Após muitos anos de indagações sobre a verdadeira pertinência da teoria da culpa presumida, o Superior Tribunal de Justiça a definiu no julgamento do Recurso Especial n. 236.708/MG, divulgado no Informativo n. 383 do STJ, no qual se questionava a objetivação da responsabilidade civil do médico pelos resultados de procedimento de cirurgia plástica.

É inegável que, entre cliente e médico, forma-se uma autêntica relação contratual quando do atendimento, de modo que, hoje, não restam mais dúvidas acerca da natureza contratual da responsabilidade médica. Contudo, sobre o tema, muito se indagou sobre a dicotomia entre ser a obrigação assumida pelo médico uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado, e o precedente sob análise cuidou de diferenciar o campo de aplicabilidade de cada hipótese, definindo que há dicotomia entre o procedimento reparatório e o procedimento embelezador.

Nessa linha, o disposto no art. 951 do Código Civil brasileiro, que trata das ofensas causadas por profissionais, no exercício de suas atividades, aparece como fundamento do caráter subjetivo desta responsabilidade.

A razão de o médico ter seu enquadramento na regra geral de que trata a lei civil, pressupondo a análise de culpa na aferição de eventual responsabilidade, parte do fato de ser ele um profissional liberal, que age de maneira livre e independente no mercado, disponibilizando seus conhecimentos sobre uma área do conhecimento. Assim, sendo um profissional liberal, responderia segundo a teoria da culpa por eventuais danos causados no desempenho de seu labor, sendo esta, inclusive, a regra do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Trazendo à lume diversos posicionamentos doutrinários, o Relator do acórdão, Juiz Federal convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Dr. Carlos Fernando Mathias, asseverou que

"*[o STJ]* é um Tribunal de precedentes e observa-se que esta Corte Superior de Justiça tem-se posicionado no sentido de que a natureza jurídica da relação estabelecida entre médico e paciente nas cirurgias plásticas meramente estéticas é de obrigação de resultados e não de meios [...]"[20]. Escorou referida conclusão nos seguintes precedentes da Corte: REsp n. 326.014/RJ, REsp n. 81.101/PR e REsp n. 10.536/RJ.

O caso versava, portanto, sobre uma obrigação de resultado, o que poderia levar muitos a defender a aplicabilidade da teoria objetiva ao caso, mas o STJ entendeu que à hipótese seria aplicável, na verdade, a teoria da culpa presumida:

> Impende esclarecer que, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não está o acórdão hostilizado, ora referendado pelas razões acima delineadas, criando espécie de responsabilidade objetiva do cirurgião plástico. O que ocorre, em verdade, é a mera inversão do ônus da prova.
>
> Assim, no caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.
>
> Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).[21]

Pela leitura das conclusões do eminente Relator, não remanescem dúvidas quanto ao acatamento da teoria da culpa presumida, cuja principal consequência é a adoção do mecanismo da inversão do ônus da prova.

6. CONCLUSÃO

A principal evidência contida no precedente jurisprudencial sobre o acatamento da teoria da culpa presumida é ênfase dada à

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 236.708/MG, Quarta Turma, Relator Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias, j. 10.02.2009, *DJe* 18.05.2009, RMP v. 35, p. 259.

[21] *Ibidem*.

possibilidade de demonstração, por meio da contraprova, de que o dano noticiado não existiu, afastando-se a presunção da culpa.

No caso, não se questiona a possibilidade de que seja demonstrada a preponderância de alguma causa excludente da responsabilidade civil, como o caso fortuito ou força maior e o fato exclusivo da vítima, mencionados no acórdão, ou mesmo o fato de terceiro. Tais causas excluem o nexo de causalidade, desconectando o dano da ação ou omissão danosa.

A inversão do ônus da prova não se confunde com tais causas excludentes, uma vez que não diz respeito ao nexo de causalidade. Na realidade, impõe-se, por força de lei, uma presunção relativa de culpa ao ofensor (no caso, médico), no intuito de equilibrar uma relação jurídica naturalmente desigual do ponto de vista técnico. Noutras palavras, o médico, detentor do conhecimento técnico específico sobre os procedimentos da Medicina para o caso sob análise, tem muito mais condições de prever e prevenir as consequências indesejadas do procedimento praticado do que o paciente, e até mesmo de compreendê-las e explicá-las em um processo judicial no qual se averigua a causa de determinado dano.

Por esse motivo, sendo o paciente hipossuficiente, impõe-se em face do profissional da área médica a presunção de que, havendo o dano, houve atuação culposa por parte deste, daí a culpa presumida. Isto não significa dizer, contudo, que responderá de forma absoluta perante o paciente, pois poderá se defender alegando alguma das causas excludentes do dever de reparar o dano ou elidindo a culpa presumidamente imposta contra si.

A importância de se distinguir as causas excludentes do nexo de causalidade da inversão do ônus da prova é crucial, ainda, para que não se confunda a teoria da culpa presumida com a teoria do risco. Conforme se analisou, na responsabilidade objetiva, não se investiga culpa, mas o agente causador do dano tem para si, como matéria de defesa, a possibilidade de demonstrar a preponderância de alguma dessas causas.

Na culpa presumida, que se posiciona no limiar entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva, além de comprovar a preponderância das causas excludentes, é permitido ao ofensor adentrar-se à discussão de

culpa para, por meio da contraprova oriunda do ônus invertido, afastar o elemento culpa que lhe foi imposto por presunção relativa.

Dito isso, em conclusão, verifica-se que a teoria da culpa presumida realmente possui pertinência à hipótese abordada no acórdão e merece respaldo legal, eis que encontra-se em posição de sintonia com as teorias subjetiva e objetiva, situando-se como viés intermediário entre uma e outra.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*: Teoria & prática. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações – introdução à responsabilidade *civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Génêrale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. I.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AMAGIS NUMERO 11.indb 258 20/06/2015 11:40:37

AMAGIS NUMERO 11.indb 259 20/06/2015 11:40:37

AMAGIS NUMERO 11.indb 260 20/06/2015 11:40:37