

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

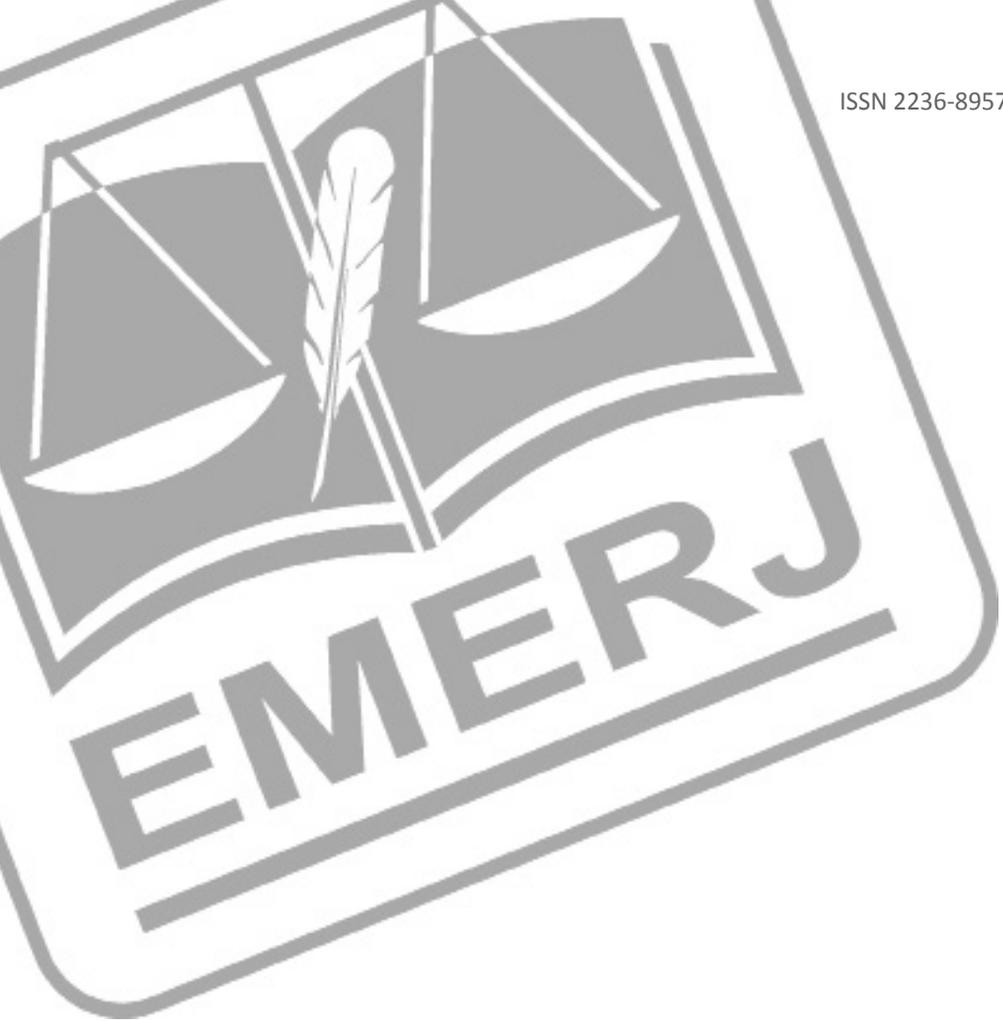
EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ♦ V. 18 ♦ N. 68 ♦ Março / Abril / Maio ♦ 2015



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 18 - n. 68 - 2015
março / abril / Maio

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 18	n. 68	p. 1-282	mar - mai. 2015
----------	----------------	-------	-------	----------	-----------------

© 2015 EMERJ

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

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze; Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago.

Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

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

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

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

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

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

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

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

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

❖ DIRETOR-ADJUNTO

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilar do

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO INICIAL**:*

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO CONTINUADA**:*

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

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

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

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente
Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André Ricardo de Franciscis Ramos

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

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ **COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ **ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | O Pós-positivismo e as Suas Razões – Uma Breve Análise das Fontes Básicas do Direito**
Bruno dos Santos Guimarães
- 28 | A Execução Fiscal e as Suas Crises de Instância**
Cássio Benvenutti de Castro
- 60 | O Estado Islâmico Sob a Luz da Teoria Geral do Estado**
Kleber Couto Pinto
- 80 | Princípio do Defensor Natural e a Razoável Duração do Processo**
Leonardo Melo Moreira
- 97 | Cláusula de Raio Sob a Perspectiva do Direito Civil-Em-presarial**
Leonam Machado de Souza
Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
- 126 | O Programa de Apadrinhamento como Instrumento Facilitador da Adoção Homoafetiva**
Livia Teixeira Leal
- 153 | Gabinete do Magistrado**
Nagib Slaibi Filho
- 178 | Execução Contra a Fazenda Pública e o Projeto de Código de Processo Civil à Luz da Interpretação Constitucional**
Priscilla Souza e Silva Menário Scofano

- 217 | Depósitos Judiciais em Matéria Tributária**
Reis Friede
- 235 | O Novo Código de Processo Civil - Uma breve apresentação das principais inovações**
Rodolfo Kronenberg Hartmann
- 282 | Normas para Apresentação de Artigos**

Apresentação

O magistrado deve conhecer melhor mundo e a realidade que o cerca, as posições controvertidas do debate e acima de tudo deve manter a imparcialidade sem a presunção de que possa exercer sua neutralidade para com o conflito que lhe submete o processo.

Por sugestão do Desembargador Nagib Slaibi Filho, certamente movido por recomendação protocolar, ou talvez pelo gentil coração que carrega, fui instado a apresentar a Revista de nº 68 da EMERJ, o primeiro exemplar do biênio 2015/2016.

Aceitei não só honrado, como também emocionado tal convite, já que esta é a primeira vez que tão importante tarefa dessa natureza me vem a ser confiada.

Confesso que sempre admirei os nossos letrados e renomados juristas que de hábito são convocados para manifestações afins, por isso que nunca imaginei, sinceramente, que tal honra me pudesse vir a ser algum dia confiada.

Chegada a hora, não certamente por ser jurista, ou muito menos renomado, mas, repito, por indicação de ofício, lanço-me a tal tarefa com o orgulho de um principiante que escreve e põe nas suas tintas o que lhe vem diretamente do coração.

A escolha dos textos evidencia que minha indicação para com a Coordenação da Revista foi mais do que acertada. Nosso amigo e colega Des. Nagib é homem não só letrado, mas sensível a novos temas e desafios.

Aprecio a leitura provocativa, que põe ideias novas e desafios na mente do leitor, e os artigos por ele selecionados, de uma maneira geral, se propõem a essa finalidade.

Abomino os textos enfadonhos, destinados a nos levar rapidamente ao terreno dos sonhos. Gosto da controvérsia, da provocação, da dualidade e acima de tudo da novidade.

O dia a dia da função judicante anestesia a mente do juiz e o conhecimento de novas ideias e novos rumos oferece a interessante proposta de tirá-lo dessa inércia intelectual, dando consciência àqueles magistrados de boa vontade de que há outras áreas do conhecimento que não as que professa e são fruto de sua própria experiência e educação.

Vejo com muita alegria que nossa Revista atinge esse objetivo, porque leva o leitor a repensar suas próprias convicções.

Infeliz daquele que não o faz, que não se reavalia, porque se torna obsoleto e dispensável.

A função principal de nós juízes há muito que ultrapassou as odiosas e repuxadas rédeas do positivismo, atualmente adentrando o campo do conhecimento multidisciplinar e generalizado, para o que o profissional há de estar preparado, ciente do compromisso de seu atuar, tanto político como social.

O magistrado deve conhecer melhor o mundo e a realidade que o cerca, as posições controvertidas do debate e, acima de tudo, deve manter a imparcialidade sem a presunção de que possa exercer sua neutralidade para com o conflito que lhe submete o processo.

A Revista, a primeira da EMERJ sob minha direção, ousou dizer, tem a exata dimensão da representação da administração que buscarei imprimir neste biênio (2015/2016), voltada para a formação do magistrado responsável pelo exercício de uma justiça equilibrada e social, livre o máximo possível de preconceitos, que clama pela igualdade racial e de gênero, com a proteção das minorias, sem medo ou covardia, demonstrando o juiz seu compromisso com a democracia e a preservação da dignidade do seu semelhante.

Para tal desiderato, com certeza que as publicações selecionadas servirão de estímulo e de norte.

Não tenho a pretensão de a todos convencer, mas se a um único juiz ou juíza puder transmitir um pouco da sabedoria e da simplicidade, além de estimular a certeza do desconhecimento prévio de que é detentor de uma verdade absoluta, então meu período nesta Escola será justificado.

Nossos textos não devem ter, neste caminho, a pretensão de dizer o que é a verdade, mas sim a de auxiliar o intérprete nessa incessante busca do seu próprio conhecimento, que não se esgota no tempo e no espaço, porque do contrário, convenhamos, o Direito seria extremamente enfadonho.

Desejo boa leitura a todos, na esperança de que vos traga muitas e muitas dúvidas e perplexidades!

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

Diretor-Geral da EMERJ

O Pós-Positivismo e as Suas Razões

Uma Breve Análise das Fontes Básicas do Direito

Bruno dos Santos Guimarães

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela UFRJ e Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Professor da EMERJ.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar a já tão debatida questão das fontes do Direito em uma releitura à luz do constitucionalismo e seus princípios. A argumentação também se apoiará na crise positivista e a perspectiva pós-positivista de resultados efetivos. Portanto, a proposta é estudar a estrutura positiva da determinação das fontes segundo o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (muito recentemente ainda denominada de Lei de Introdução ao Código Civil - LICC), aliada a sua eficácia e presteza atual, em vista da nova onda de aplicação e normatividade constitucional e o pós-positivismo. O que se pretende, sem maiores pretensões, é situar o leitor, já adaptando a doutrina tradicional, de modo a aderi-la a uma nova realidade jurídica na qual imperam os princípios, aplicados que são à solução dos casos concretos nesta visão mais moderna. A questão é mais ideológica que técnica. A questão é de aceitação. A questão é, por fim, de desapego a uma posição de conforto para transitar em uma dimensão onde o direito verdadeiramente se presta a ser útil à sociedade e não ao contrário. Mesmo passados alguns anos, tem-se que o pós-positivismo ainda é e será, por muitos anos, uma nova descoberta para gerações diferentes de juristas já graduados e operadores cotidianos do Direito. O que alguns já de muito descobriram, muitos ainda estão descobrindo ou ainda terão o prazer de descobrir. A novidade é relativa, da mesma forma que o velho e o ultrapassado também.

Ter-se-á como pano de fundo a evolução das incertezas da justiça pulverizada medieval seguida da absolutista (estados absolutistas) à “certeza” científica almejada pelo positivismo e a sua crítica atual em detrimento do avanço dos princípios constitucionais contemporâneos e suas cláusulas abertas – o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

O dilema gravita em torno da aplicação da lei nos moldes tecnocratas e tradicionais em contraponto com o influxo da forte normatividade dos princípios que garantem a ótica do razoável e do proporcional no julgamento do caso concreto. A questão central é a que coloca a pessoa física como centro da imputação jurídica para, só posteriormente e reflexivamente, defender os seus bens materiais e patrimônio. A problemática é que a lei nunca será objetiva o bastante e nem ao menos específica o bastante para prever toda a sorte de problemas e conflitos que hão de surgir no seio social, do mesmo modo que as que existem podem não atender às perspectivas de resultado de forma a gerar resultado útil e justo. “A lei é dura mais é a lei!”, velho brocardo latino tanto utilizado, não mais se sustenta sob algumas, porque não, sob várias óticas.¹

A seguinte sentença sempre se faz presente nos meandros da área jurídica e parece muito pertinente expô-la: é razoável atuar-se exatamente como a lei determina para **ser alcançado um resultado que efetivamente ela não quer nem jamais quis?** A resposta só poderá ser negativa, mormente em vista da ciência pós-positivista aliada à dignidade da pessoa humana, dentre outros preceitos éticos que lhe são intrínsecos.

É neste caminhar que se inicia, então, a abordagem da teoria das fontes e a aplicação mais simples da ciência hermenêutica do direito nos moldes contemporâneos. Explica-se melhor: a hermenêutica será de aplicação primordial no Direito hoje em debate, principalmente se, quando da aplicação de uma lei ou artigo de lei, várias vertentes sejam possíveis, mas nem todas sejam razoáveis e defensáveis do mesmo modo, ou seja: com lógica e fim justo e equitativo à luz dos princípios éticos basilares previstos no núcleo fundamental das constituições modernas, dentre elas a brasileira.

Assim, da Idade Média aos decretos régios absolutistas e o Iluminismo posterior. Do positivismo e sua concretude ao pós-positivismo. Eis a modernidade e os tópicos que compõem o presente tema abordado neste artigo: a força máxima da constituição e seus princípios.

¹ Do latim: *dura lex sed lex*. “A lei é dura mais é a lei”. Este é um brocardo latino de conhecimento bem comum que, de fato, bem representa a doutrina positivista.

1. PEQUENA EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: FOCO NA AMBIENTAÇÃO BRASILEIRA

O Brasil se torna independente após a crise e início da queda do absolutismo na Europa. As monarquias constitucionais são algo a se almejar, colocando-se um ponto final no regime absolutista. O Iluminismo e a Ilustração já eram, ainda antes, o impulso no caminho da tecnologia do Estado liberal. Diz-se, então, que o país estaria em busca do modismo europeu, pois muito havia ficado para trás, seja na própria Europa, desde o feudalismo e ascensão do absolutismo, seja no Brasil Colônia, extensão do modelo político português. Descoberto e conquistado durante a transição do feudalismo para o absolutismo, o Brasil foi reflexo de todas estas tendências enquanto satélite de sua metrópole, Portugal.

Após a queda das antigas civilizações (grega e romana), teve início o que se convencionou denominar de alta Idade Média, por volta do século V em diante. Ao fim deste período, já por volta do século XV, inicia-se a formação e consolidação dos Estados Nacionais, todos absolutistas (Era que se denomina de Moderna). Durante o período absolutista, não se exercitava a divisão de funções tal qual idealizada por Aristóteles em sua famosa obra intitulada *Política*, e desenvolvida detalhadamente por Montesquieu em *O espírito das leis*. Harold Berman faz a seguinte sincronia, com base na História Universal:

*A história antiga é aquela concernente à Grécia e a Roma. O declínio de Roma, causado pelas invasões bárbaras, levou à idade média, que durou, grosso modo, do século V ao XV. Então começa a idade moderna, alguns diriam com o renascimento, alguns diriam com a reforma, ou, diriam ainda outros, com ambos.*²

No absolutismo, durante a Idade Moderna, portanto, as funções legislativa, executiva e judiciária cabiam tão só e unicamente ao rei absoluto. O rei legislava, sendo estas legislações denominadas em geral de réguas; exercia o governo e também julgava. Funcionários burocratas como os magistrados eram meros delegatários do poder estatal. O rei absoluto era o “enviado de Deus” e tudo podia, ou quase tudo podia.³ Portugal, du-

2 BERMAN, Harold. **Direito e revolução**. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2004, p. 25.

3 Miranda, Jorge. *Op. cit.* p. 28. Usa-se no texto a expressão “ou quase tudo podia” pois, segundo entendemos e é bem lecionado por Jorge Miranda, a despeito da concentração das funções estatais nas mãos do Rei, o poder não era tão absoluto assim, até mesmo, pelo que se despreende, da própria condição de governabilidade e continuidade. Daí a nossa expressão “quase tudo”. Mas, a falta de divisão de poderes e a concentração pessoal do poder era, de fato, indiscutível.

rante o longo período do Brasil Colonial, vivia o absolutismo em seu molde mais emblemático. Aliás, como citação de ato normativo absolutista, vale lembrar a instalação do Tribunal da Relação da Bahia em 1609. Este tribunal carrega em sua normatização a titulação de magistrados, procuradores e promotores da justiça (era esta a designação) e, como bem descreve e ressalta o texto de instalação: todos a serviço e delegação do poder absoluto do rei em Portugal, conforme reportado por José Reinaldo de Lima Lopes e outros autores.⁴ Para definição histórica do absolutismo, é oportuna a seguinte lição:

*Regime político e social que vigorou na Europa Ocidental até a Revolução Francesa (1789). O governo absolutista dos reis que concentravam os poderes executivo, legislativo e judiciário e que era baseado na crença do direito divino dos monarcas, associado ao mercantilismo e aos privilégios concedidos à aristocracia.*⁵

Já em 1751, quando da criação e instalação de outro tribunal, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que funcionou até 1808, houve nitidamente um período de transição ideológica, principalmente, na parte final de sua atuação. Ora, esta transição remonta à decadência crescente do absolutismo e à impregnação da Ilustração e do Iluminismo. Já eram, portanto, os ares do Estado liberal que ansiava em aparecer, gerando o que se conheceu como despotismo esclarecido. A divisão de poderes já começava a ser uma necessidade e a elaboração de uma constituição, uma máxima para delimitar o poder do Estado frente às liberdades públicas.⁶ Marco do início da queda do absolutismo foi a Revolução Francesa (1789), quando então a burguesia assumiu o poder e as rédeas do Estado, que era um dos mais avançados naquela época.⁷

4 LOPES, José Reinaldo de Lima *et alii*. **Curso de história do direito**; Regimento da Relação do Estado da Bahia, de 7 de março de 1609. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 112 e 117 e seguintes. Para bem demonstrar esta delegação diz também o texto do regimento em seu cap. III ... é dado ao promotor da justiça da casa da suplicação, e ao procurador do fisco; e procurará (quanto lhe for possível) saber se se usurpa a minha jurisdição. Como se observa, sem reserva, a jurisdição era do rei absoluto.

5 ARANTES, Jorge. **Pequeno dicionário crítico**: histórico, geográfico, econômico, político e social. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

6 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004 p. 545; 547; 552. Os autores bem descrevem a transição, informando que no período final de funcionamento do tribunal referido (o que remonta ao espaço de tempo imediatamente anterior a 1808, data de sua extinção), já se tentava andar por caminhos de aplicação do direito baseado na ilustração e o iluminismo. Este caminho foi trilhado, segundo os autores, principalmente pelo direito penal

7 Polarizamos o tribunal implantado no Brasil em 1609 (Bahia), no auge do absolutismo, com o que foi implantado no Rio de Janeiro em 1751, funcionando até 1808, para contrastar que este último tribunal já passou a ser in-

Vale o seguinte esquema: muito distante do fim do Absolutismo, ou mesmo durante a sua ascensão, deu-se a instalação do Tribunal da Relação da Bahia no Brasil Colônia (1609), enquanto durante a criação e funcionamento do Tribunal carioca (1751-1808) já se verificava a influência ilustrada – a questão, como soa óbvio, é puramente de período, tendo sofrido este último tribunal com a contemporaneidade da revolução franca e a ascensão das ideias liberais. Cabe consignar que o Tribunal carioca foi extinto a partir da chegada da Família Real ao Rio de Janeiro, evento que inaugurou o denominado período joanino e que culminou, anos após, com a declaração da Independência do Brasil.⁸

Com relação ao Tribunal carioca, vale reportar que, em Portugal, a Lei da Boa Razão, aplicada no Brasil durante o funcionamento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1769), era a própria ilustração e o racionalismo a se manifestar. Esta Lei redirecionava as fontes do Direito e o tratava com lógica de aplicação. Servia, ainda, de parâmetro de aplicação da própria legislação em vigor, no caso as Ordenações Filipinas.⁹

O racionalismo jurídico surgido ao fim do Absolutismo nada mais era do que a aplicação do desenvolvimento das ciências exatas ao Direito. O Direito, então, sendo racional e lógico, deveria ser encarado como um todo coerente e parte de uma engenharia aplicada ao social. A era das codificações, que surgiu nos Estados europeus, certamente denota esta necessidade de sistematização do Direito, ou seja, um agrupamento de engenho de normas congêneres, como no caso das codificações voltadas a determinados ramos em especial. O civil é um exemplo. José Reinaldo de Lima Lopes leciona o seguinte:

A geometria e a física haviam sido as ciências dominantes nos séculos XVII e XVIII: no século XIX o paradigma de ciência parecia ser a história natural. É compreensível, portanto, que nos séculos XVII e XVIII os juristas se inspirassem na geometria e buscassem aplicar ao Direito o modo geométrico de pensar.

fluenciado, em vista do momento histórico, com os ideais liberais que culminaram nos movimentos constitucionais posteriores (monarquias constitucionais), até porque este tribunal ultrapassou o período revolucionário na França, sofrendo, portanto, estes influxos determinados.

8 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 581. Aqui se tem a delimitação do momento exato da extinção deste tribunal, que na verdade, em 1808, quando da vinda da família real portuguesa, fundiu-se com a casa da suplicação.

9 LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 113 e 218.

[...]

*O movimento de codificação do Direito fora resultado da combinação de duas correntes de pensamento marcantes do início da modernidade: O jus naturalismo racionalista e o Iluminismo.*¹⁰

Segundo o mesmo autor, foi na ocasião do Iluminismo e da Ilustração, compreendendo o início da queda do Antigo Regime, que a importância do poder de legislar ganha mais força. Daí o positivismo e a sua lógica de trazer a tão almejada segurança jurídica para os súditos e, porque não, para os próprios burocratas. O positivismo e a previsibilidade de ações e consequências passaram a fazer parte de um campo lógico e necessário para a burocracia estatal. Foi exatamente este ambiente racionalista e positivista que trouxe a ideia de uma lei maior que seria, então, o pressuposto de validade das demais – a constituição.

O constitucionalismo, de fato, passou a ser o símbolo almejado.

É interessante consignar, como adiantado acima, que antes do estabelecimento das constituições e no período da ilustração antecedente ao Estado liberal constitucional, a Lei da Boa Razão, por ser um parâmetro de reorganização e aplicação das fontes do Direito, muitas vezes era encarada como verdadeira fonte de validade e diretriz de aplicação de outras normas. Nesse sentido, então, assemelhou-se ao que após restou por consagrar a tecnologia jurídica do controle de constitucionalidade, tão estudado no Direito Constitucional.¹¹

O direito medieval, pouco positivado e mais baseado na doutrina e jurisprudência, além de conter também o casuísmo e o costume, foi ficando cada vez mais inadequado mesmo para os Estados absolutistas surgidos em sequência àquele período, o que então deu lugar aos movimentos de codificação e legislações absolutas, tal como informa José Reinaldo de Lima Lopes: “O direito medieval, casuístico, fundado na premência do ato de julgar

¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 217.

¹¹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 586. A afirmação dos autores se baseia, além de outros argumentos, no julgamento conduzido pelo Juiz de Fora brasileiro de nome Baltasar da Silva Lisboa em que a lei da boa razão foi elevada a condição de ordenamento normativo básico. Por tudo que também acima foi referido acerca da criação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e a sua extinção, bem como a sua atuação influenciada pela pré-Ilustração, cf. p. 545, 581 e 584.

e, portanto, em teorias da justiça, acostumado a uma ordem plural, repleta de fontes e privilégios particulares, não servia mais, e já fazia tempo.”¹²

2. DO POSITIVISMO

Não é difícil observar que o positivismo crescente e o aumento na tecnologia da legislação restaram como resposta às incertezas da baixa e alta Idade Média, que ainda prosseguiram no regime absolutista ocorrido em sequência. Nunca é demais gravar que a fonte de produção normativa era, ainda, de fato, o poder central. Conforme mencionam Arno Wehling e Maria José Wehling, a Ilustração já tomava conta do Antigo Regime em seus respiros finais e se manifestava em obras como a de Bonesana, Marquês de Beccaria, que ganhavam destaque. *Dos delitos e das penas* (1764) é o grande ícone.¹³

No Brasil, ao apagar das luzes do Absolutismo europeu e à ascensão do constitucionalismo, auge da Ilustração e do Iluminismo, é marcante a chegada da corte portuguesa ao Rio de Janeiro, apoiada pelos ingleses e em fuga estratégica de Portugal que estava prestes a ser invadido pelas tropas napoleônicas.¹⁴ Ora, a corte portuguesa vivia no Rio de Janeiro os últimos suspiros do Absolutismo como regime inabalável e do Brasil ainda como colônia, embora elevado à condição de Reino Unido.

A metrópole Portugal ainda não possuía a sua constituição (característica clara do Absolutismo ainda reinante) e o Brasil, que se tornou independente em 1822, trataria de se adequar ao resto do mundo e elaborar a sua Carta Magna em 1824.¹⁵ Desta forma, o constitucionalismo, gerando o pressuposto de uma lei maior como argumento de validade das demais (inferiores), e a técnica positivista são uma reação à insegurança e à falta de ciência do período imediatamente anterior.

Sem maiores riscos, pode-se afirmar que diante das incertezas de um sistema jurídico imaturo, a legislação em geral, independentemente de sua fonte (ainda que expedidas pelo Rei), e as codificações, resultaram no avanço que culminou, posteriormente, no pressuposto da lei maior constitucional e sua preponderância como pilar do Estado liberal.

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos, *op. cit.*, p. 220.

¹³ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 550.

¹⁴ Sobre este momento histórico que antecedeu ao nosso constitucionalismo vale a leitura do importante historiador LIMA, Oliveira, **D. João VI no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Top books: 1996, p. 43 e seguintes.

¹⁵ Para consulta sobre a primeira constituição portuguesa pesquisar em www.debates.parlamento.pt (consulta realizada em 20 de junho de 2012).

Chega-se, pois, à Constituição, que, com seus princípios e diretrizes, será o paradigma normativo da contemporaneidade.

3. O NORMATIVISMO DE HANS KELSEN

Nascido a 11 de outubro de 1881, em Praga, Kelsen foi um dos mais importantes juristas e filósofos do século XX. Correlacionando sua época com a cronologia histórica, verifica-se que Kelsen nasceu muito após a queda do Antigo Regime e a ascensão do constitucionalismo dos Estados liberais. Portanto, ele já trabalhava com uma melhor tecnologia das leis e contava com a existência da Constituição como lei maior, resultado dos movimentos constitucionais imediatamente anteriores.¹⁶

De outro lado, impende ressaltar que Kelsen, assim como outros cientistas que lhe foram contemporâneos, em função de tudo que acima foi dito, ainda vivia à sombra das incertezas que os períodos anteriores manifestaram. Daí o normativismo e o modo cartesiano que demonstra a ciência de Kelsen, sede em que o positivismo (normativismo) era, então, o grande enfoque e, por que não, a solução.

Em oposição ao jusnaturalismo, manifesta-se então o positivismo, afirmando que não há direito senão o positivo. Neste ponto, nega que o Direito natural pudesse estar acima ou fosse pressuposto de validade do Direito positivo. O positivismo resultou de uma tentativa de se considerar o Direito verdadeira ciência, trazendo-o para lógica e conferindo-lhe certeza quase matemática.¹⁷

Foi nesta direção que, em sua obra mais famosa, Kelsen estuda o Direito à revelia de conceitos flutuantes como o da própria justiça, preferindo usar a lógica rígida e segura da teoria pura do Direito. Ele foi responsável pela organização da hierarquia das normas e do pressuposto de uma lei fundamental, no que restou conhecido como a “pirâmide de Kelsen”, embora assim não nominado por ele próprio. Neste sentido, Hans Kelsen foi quem inaugurou o controle da constitucionalidade na Europa introduzindo-o na Constituição da Áustria, no ano de 1920.¹⁸

16 Para uma segura biografia de Kelsen consultar www.biografias.inf.br. A situação história e o posicionamento são observações deste signatário, que inclusive acrescenta que a morte de Kelsen, em 19 de abril de 1973, já toca a ascensão das doutrinas pós-positivistas e o aparecimento das constituições cidadãs.

17 AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

18 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 41.

O positivismo, embora hoje muito criticado, teve seu mérito na organização sistêmica do Direito e no viés de introduzi-lo com segurança, daí a sua preocupação com a hierarquia das fontes e a preponderância da lei sobre os princípios. Argumentando nesta trilha, vale citar que a grande falha do normativismo tenha sido considerar, fictivamente, que o Direito positivo é justo e deve ser obedecido.¹⁹

Para o positivismo, como soa lógico, os princípios não poderiam subverter a lei, pois são menos densos que ela. Este é o ponto nevrálgico da crítica a ser desenvolvida adiante. O positivismo de Kelsen fica extremado quando afirma ele, em sua famosa obra intitulada *Teoria Pura do Direito*, que uma norma jamais poderá ser considerada inválida em seu conteúdo, podendo ela tratar daquilo que melhor lhe aprouver. A sua invalidade apenas será determinada se contrariar formalmente a lei fundamental no sistema hierárquico por ele criado. Pela importância do tema, pedimos vênia para citar o que abaixo segue:

*Se se pergunta pelo fundamento de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode constituir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.*²⁰

Na leitura da obra de Kelsen, é claro, não se encontra qualquer possibilidade de se confrontar a lei materialmente, quanto mais confrontá-la com princípios, ainda que depreendidos da Lei Maior. Esta é a maior relevância do tema ora abordado. Aliás, como acima já se aduziu, o confronto com a lei que ele chama de fundamental é apenas o da regularidade de sua gênese, mas não de seu conteúdo. Vale novamente a transcrição:

De acordo com a teoria pura do direito como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme a sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade – tende acentuar-se bem – da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. Toda ordem coerciva global-

¹⁹ AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 45 (citando Cristophe Grzegorzcyk, em *Le positivisme juridique*, p. 27).

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 222.

*mente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo de suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico.*²¹

Mais adiante, Kelsen explica que, em sua teoria pura, o conflito entre o direito natural e o direito positivo se resolve com a preponderância deste último. Ou, em outras palavras, nem sempre o direito positivo vai coincidir com o direito natural e vice-versa, mas este último será sempre preterido em detrimento do primeiro. Para Kelsen, o direito natural é vago e impreciso se comparado a precisão do direito positivo.²²

A par de desenvolver a presente argumentação, também é importante citar que Kelsen se preocupou em fazer do direito uma verdadeira ciência jurídica, dissociada de qualquer peculiaridade social e de modo a ser aplicada com lógica de forma universal, fora das particularidades de qualquer Estado ou sociedade. Neste tom, o autor também pretendeu deixar bem clara em sua obra a separação entre o direito e a moral, referindo-se à obrigatoriedade e à coerção do primeiro elemento, ao contrário do segundo e firmando o direito como ciência, de modo a fitar, sempre, a segurança jurídica adequada para o sistema – técnica de controle social.²³

Não seria equivocado afirmar que a sistematização hierárquica de Kelsen é adotada principalmente nos países da *civil law*, embora hoje de forma a analisar mais profundamente os conteúdos legislativos e de modo a confrontá-los, inclusive, com princípios e não com regras exatas e cerradas.

Pelo influxo ético das novas constituições, também resta indubitosa a superação da teoria que relega a moral a um segundo plano da ciência do direito, questão que será explicada adiante.

Hoje, há preponderância de princípios que são constitucionais e que se ligam estreita e diretamente ao direito natural, constituindo-se cláusulas verdadeiramente humanas e éticas (valor moral), entabulando claros pressupostos de validade por sua reconhecida supremacia legal (constitucional). Em superioridade, então, em relação ao conteúdo de qualquer regra de direito positivo, ainda que regularmente aprovada pelo parlamento e seguindo o devido processo legislativo constitucional, haverá cláusulas constitucionais carregadas de preceitos éticos e morais. Este

21 KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 242.

22 *Idem*, p. 243.

23 SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31; 32.

núcleo ético/humano/normativo encontra-se na parte fundamental de Constituições como a de 1988 no Brasil.²⁴ O que é o preceito da dignidade humana senão um princípio natural e ético, estreitamente ligado à moral!

A hierarquia normativa de Kelsen continua a soar a sua lógica e seu tecnicismo na contemporaneidade, mas com o reconhecido avanço do confronto material da lei com os princípios constitucionais do núcleo fundamental das constituições ocidentais, como se indicará no tópico seguinte.

4. OS PRINCÍPIOS: O QUE SÃO

O apego à lei e à literalidade de seu comando gerou o qualificativo de positivismo e, positivista, para o ator social. É comum, então, determinar que alguém que pretende a aplicação fria da lei seja denominado de positivista. O positivista seria, na concepção corriqueira, alguém sem alma, cuja aplicação da lei “doa a quem doer”, seria o mais importante e um fim em si. O positivista prefere, segundo sempre se observa do discurso, a segurança jurídica a qualquer outro caminho que se mostre inseguro.

Nesta concepção, mais comum e estreita, como ressaltado acima, a ciência do direito de linha positivista restaria segura aos olhos da previsibilidade de resultados. Há que se lembrar da afirmação de profissionais da área da engenharia e principalmente informática, ainda nos anos 1990, auge do desenvolvimento destes ramos do conhecimento, de que, no futuro, não seria necessária a atuação de qualquer operador do direito, mas apenas de um computador, contendo uma extensa base de dados que, contendo o direito positivo vigente, faria o trabalho de informar e determinar “quem tem razão em determinado conflito”. A afirmação direcionava-se a fazer pouco da ciência aplicada do Direito. Quem, como nós, não se lembra dela?

A ilustração acima, é bom alertar, não teria razão de ser mesmo no governo teórico positivista, pois a consunção do fato à norma já seria bastante humano e controverso para eliminar a máquina proposta. Mas, certamente, teria muito menos razão, se houvesse à época, se levado em conta o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo aliado à complexidade social do direito. O quadro apresentado parece lúdico, mas, possui o mérito de externar o que muitos, ora nominados de leigos, pensam a respeito da ciência do Direito e de suas codificações.

24 Neste sentido, sobre o influxo da moral no direito vide: MAIA, Antônio Cavalcante. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos**: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18/03/2012.

Daí ousar este signatário observar que o positivismo, à revelia da moral, da ética e do resultado razoável, afasta mais o Direito do conceito de ciência do que o próprio pós-positivismo, aqui incluindo o neoconstitucionalismo. Assim o é porque o pós-positivismo é muito mais voltado para aplicações sociais e fáticas (antropologicamente considerados os fatores), revelando-se assim maior e mais clara ciência de aplicação.

A crise do positivismo estaciona na incidência de resultados não razoáveis e na falta de elementos para solução de casos mais complexos. Ademais, o erro de Kelsen seria a falta de observação da diversidade, adotando uma ciência que seria universal e aplicável de forma não implicada com outros elementos flutuantes que surgem das observações concretas.

Logo ao iniciar a sua explanação, Gisele Citatino afirma que, no âmbito da filosofia política contemporânea, os representantes do pensamento liberal, citando John Rawls e Dworkin, adotam o pluralismo para descrever as democracias modernas como sociedades em que coexistem distintas concepções e valores. Daí, o engessamento do positivismo proposto já apresentar a sua falha.²⁵ Esta argumentação já é suficiente para demonstrar que as particularidades oriundas do pluralismo são obstáculos claros ao positivismo que se quer ver, muitas vezes, extremado.

Ronald Dworkin doutrina que, quando se considera um caso difícil, aqueles cujas soluções não são simples, mas, ao contrário, complexas e não raro multidisciplinares, recorre-se a padrões que não funcionam como regras, mas, ao contrário, operam como princípios e políticas, verdadeiras diretrizes.²⁶

O estudo moderno do Direito não aponta, portanto, para o sepultamento do positivismo. Leis existem e bem positivadas – nesta concepção, para se referir às regras mais fechadas. Destarte, o que se entende é que não poderá haver aplicação do direito sem o norte dos princípios carreados no núcleo intangível da Constituição, trazendo valores éticos que determinarão a validade e aplicação da própria lei. É óbvio que a questão se mostra mais acentuada nos casos complexos que Dworkin denomina de “casos difíceis”.²⁷

25 CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1.

26 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.

27 Idem, p. 127. No Brasil poderíamos citar como casos difíceis o julgamento do caso que ficou conhecido como “raposa terra do sol” relativo à demarcação de terras indígenas em oposição aos denominados “arrozeiros”, produtores de arroz e o caso “ficha limpa”, relativo à elegibilidade de candidatos já condenados pela justiça em órgão colegiado.

Neste caminhar, vale indagar: o que são os princípios e o que são as regras? Para continuar em Dworkin, verifica-se que os princípios seriam um conjunto de padrões que não são regras. Vale a citação deste emblemático autor: “Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.”²⁸

Imperioso e intuitivo é também voltar a relacionar que, com esta definição pós-positivista já se determina uma forte contrariedade a Kelsen, pois a moral, nesta teoria, não pode ser dissociada da regência e aplicação do direito. Ao contrário, os princípios estão impregnados de conceitos e padrões éticos. A separação de moral e direito nos moldes tradicionais não é mais recomendada.

É Antônio Cavalcanti Maia, como acima já se adiantou, em excelente e denso artigo sobre o neo constitucionalismo, quem defende com muita propriedade que a moral está impregnada nos princípios fundamentais e, portanto, possui normatividade de forma a conferir, por esta via, solução aos casos concretos.²⁹

Explicita-se, então, que a já corriqueira separação entre direito e moral, baseada na coerção da primeira espécie e na ausência de coerção na segunda, cai por terra no momento em que os princípios normativos constitucionais aplicados na solução dos conflitos são baseados principalmente em conceitos morais e éticos. Vale então repetir que a moral e a ética, como conceitos antes repugnados por suas respectivas imperfeições, hoje são ovacionadas nos julgados e a eles dão soluções que servirão de observação obrigatória entre as partes em litígio ou mesmo para todos os jurisdicionados, neste último caso, no caso das ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, se os princípios constitucionais são impregnados de valores morais, quem poderá afirmar que não possuem o atributo da coerção? A sua força decorre do próprio *status* de norma constitucional de primeira linha.

A certa altura, Dworkin define que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. A diferença residiria nos padrões oferecidos por um ou outro caminho, o que chama o autor de orientações. As regras

28 DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 36.

29 MAIA, Antônio Cavalcante. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos**: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18/03/2012.

seriam aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Ou uma regra é válida para a decisão de determinado caso concreto ou não é, nada contribuindo para o referido deslinde.³⁰ No entendimento da presente abordagem, a regra é um projeto de adequação a um caso concreto que ela idealizou ocorrer. O fato nem sempre ocorre, mas, se ocorre, será de maneira que a regra o tocará para se operar ou não, em conformidade com a seara do tudo ou nada de Dworkin.

Os princípios, como projetos mais racionais de solução dos casos concretos, passam por um processo mais aprimorado de visão do razoável, do justo e do ético, além de sofrerem releituras evolutivas de modo a acompanhar a sociedade – aqui verdadeira ciência social. Aplicam-se com mais eficiência aos casos mais difíceis, para atender aos anseios sociais de equidade, lógica e justiça, além de se oporem ao jogo de erros e acertos da norma positiva, que é incapaz de prever toda sorte de complexidade de causas que serão submetidas ao crivo, principalmente, das cortes constitucionais.

Não se sustenta aqui a imprestabilidade da regra, mas sim a sua limitação, o que a torna, hoje, escrava dos princípios: seja para nortear a sua própria aplicação, seja para solucionar os casos inalcançáveis que sempre existirão.

Não é por outro motivo que Dworkin formulou a sua famosa afirmação de que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar uma causa”, devendo o juiz atuar de forma a descobrir investigativamente qual é o direito da parte, negando-se a possibilidade de criação de direitos novos a serem aplicados retroativamente.³¹

Assim, nos princípios: eis o Direito, que é preexistente.

5. A QUESTÃO DAS FONTES DO DIREITO

Ao se observarem as fontes do Direito brasileiro, verifica-se que o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em moldes bem positivistas e com o fito de trazer a segurança jurídica tão desejada e ansiada, prescreve que, na ausência da lei, aplicam-se a analogia, os

³⁰ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 39.

³¹ SGARBI, Adrian, *op. cit.*, p. 148.

costumes, a equidade e, por fim, os princípios gerais do direito. Ora, tem-se que a lei será a rainha das fontes determinando o agir do cidadão e, ainda, o julgamento dos tribunais, sendo este último caso o seu mais direto objetivo.

A questão positivista é tão forte que, em não havendo lei, e aí se inicia a leitura do artigo de lei, deve ser aplicada a analogia e daí por diante (artigo 4º da LINDB). Extrai-se, portanto, que a analogia nada mais é que a busca incansável da lei. O ponto é: se uma lei não regula o caso, buscar-se-á outra, elaborada para caso parecido, que norteará o julgamento deste, que se depara com a lacuna insolente.

Pois bem, após a falha no uso da analogia, o que se preconiza é o uso dos costumes até que se chegue, já ao final, no baseamento dos princípios. É claro que esta norma é bastante identificada junto ao ramo do direito civil e, portanto, todos assim acabam por viciar o entendimento.³² Ocorre que o leitor atento já catalisou que a LINDB é de aplicação geral a todos os ramos do direito, embora com algumas reservas pontuais e importantes em relação ao direito penal e tributário. Ou seja, a LINDB, com a sua colagem de fontes, é norma direcionadora do atuar do juiz para qualquer ramo do direito, até mesmo em respeito ao princípio *non liquet* (aquele em que ao juiz não é dado deixar de julgar por ausência de norma para o caso concreto).

Não se precisa ir muito longe para determinar, sem necessidade de citar fontes, que, no passado não muito distante, e ainda nos anos idos da década de 1990, a LICC³³ era apresentada como a grande mãe das leis e de sua aplicação, bem como o direito civil como a grande espinha dorsal do direito.³⁴ Nada mais equivocado e, porque não, repugnante atualmente. A inversão antes operada desprezava princípios, inclusive constitucionais, como o platô principal da teoria jurídica pátria. Era como se a sombra fosse mais importante que o próprio corpo que a projeta.

Nesta longa labuta pela qual passou o Direito, não se pode deixar de enfrentar uma questão interessante, porém não menos debatida e já pacificada: a constitucionalização dos ramos do Direito. Ponto este que teve a sua principal atuação na interpretação e aplicação das normas civis, mormente após a promulgação do atual Código Civil. Embora contasse com um antigo projeto, esta codificação nos deu a oportunidade de trabalhar com conceitos éticos como a boa-fé e a dignidade da pessoa humana.

32 Decreto Lei 4.657/42 - Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

33 Como já dito, modernamente denominada de LINDB.

34 Local hoje ocupado com justiça e ciência pelo direito constitucional.

De outro lado, este ponto da argumentação poderá ser inútil, ou mesmo falho, no sentido de que estes valores são, antes de tudo, constitucionais e de aplicação independente de sua previsão infralegal. Refiro-me ao direito civil constitucional, ou mesmo direito penal constitucional e direito administrativo constitucional e assim por diante, para qualquer ramo do direito que se digno determinar.

Para apontar e fundamentar a presente premissa não seria dispensável citar, apenas como base para a dialética que pretendemos estabelecer, um clássico e festejado autor – muito lido por quem esteve nos bancos universitários nos anos 1990, ou antes – que objetivamente cita as fontes do direito introduzindo-a ao leitor aprendiz, sem qualquer olhar sobre o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo ou a própria constituição em si.³⁵ Trata-se, apenas por indicação de exemplo, do excelente Silvio Rodrigues³⁶ que, em seu primeiro volume da coleção de direito civil, já sob a égide do novo Código Civil e, obviamente, da Constituição de 1988, afirma que o artigo 4º da LINDB determina uma ordem de operação sem reparos para o operador do Direito, concluindo que: “No silêncio da lei, portanto, deve o julgador, na ordem mencionada, lançar mão destes recursos, para não deixar sem resolução a demanda”. E segue: “julgar por analogia significa aplicar as hipóteses semelhantes às soluções oferecidas pelo legislador para os casos análogos”.³⁷

Para criar polaridade, é em Francisco Amaral que se deve apontar. Este autor civilista, ao doutrinar sobre a mesma parte do direito que Silvio Rodrigues, já não mais se contenta com o mandamento trazido pela LICC - LINDB e a sua busca cega pela certeza positivista. É neste diagrama que o autor critica o positivismo como acima referido e, depois, ao desenvolver sobre as fontes, aduz sobre a constitucionalização do direito civil e sobre a posição antes central ocupada por este último. Aliás, o próprio Francisco Amaral já cita Dworkin, como já foi constatado e apontado. Esta hoje é a linha de todos os modernos doutrinadores que se dignem a expor sobre o tema.³⁸

35 A questão é trazida, mormente pelo fato de que a edição do livro que foi pesquisada, como abaixo se verificará, é do ano de 2002, portanto após, inclusive, a constituição de 1988, o que denota a escola bem positivista do autor, traço que era comum na sua geração.

36 Não vai aqui nenhuma crítica ao extenso e emblemático trabalho deste civilista, senão apenas a utilização de suas lições de modo a ilustrar determinado momento histórico. Aliás, é de se afirmar que as edições mais modernas deste autor não foram por ele atualizadas, mas sim editadas com base no que ainda era o anteprojeto do código civil de 2002, conforme nota explicativa inserida na edição que logo abaixo indicamos como fonte.

37 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

38 AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 85.

No Brasil, sobre a constitucionalização do direito civil, impossível não deixar registrada a obra mestra de Gustavo Tepedino, que, da forma proposta, passa a adequar o patrimonialismo civil aos princípios constitucionais exigidos à própria aplicação de lei. Também explana este festejado autor que o Código Civil de 2002 adota a clara postura de chancela das cláusulas abertas, nos moldes dos princípios constitucionais, o que torna a atuação interpretativa do operador, de fato, balizadora e tendente a adequar o Direito à realidade social. São os tempos da ética, da dignidade e, acima de tudo, da justiça igualitária.³⁹ Não são apenas as diretrizes pós-positivistas, mas também as coirmãs neoconstitucionalistas.

Importantes ainda os apontes elaborados por Manoel Messias Peixinho, nos quais ganha sede o fato de que o termo pós-positivismo é equívoco, já que ganham esta denominação as teorias pós-kelsenianas que visaram à reformulação do positivismo e apontaram a sua ineficiência. Citando Antônio Cavalcanti Maia, aduz que o pós-positivismo foi resultado de uma transformação clara da metodologia constitucional e da teoria do direito. Trata-se de uma nova hermenêutica constitucional, o que seria, também, por óbvio, neoconstitucionalismo, conforme os europeus.⁴⁰

Não se pode olvidar, portanto, da aplicação e interpretação de norma de qualquer natureza e hierarquia sem se ter em mente a diretriz dos princípios constitucionais ou mesmo a aplicação direta destes na ausência de norma para o caso concreto.

O artigo 4º da LINDB merece ser observado com reservas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade da vida humana e as suas particularidades fizeram por aflorar a deficiência do positivismo, da mesma forma que este resultou em resposta a período anterior, quando as incertezas e o casuismo geravam a injustiça da aplicação do direito, não da lei, mas do Direito como instituto complexo e com a inclusão do senso do justo.

Os movimentos constitucionais modernos e a força normativa dos princípios trouxeram grande avanço no julgamento dos casos mais difíceis, nos quais a aplicação direta ou bem interpretada da lei parece deficiente.

Hoje, os nossos tribunais superiores já adotam o governo da justiça e não exatamente o da lei posta. A lógica do justo não pode ser contraria-

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6-7.

⁴⁰ PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46-47.

da. A densidade dos princípios pode melhor ser demonstrada em casos de grande repercussão e expectativa no seio social.

A hipótese mais crescente de indagação é saber se a textura aberta dos princípios pode gerar o poder arbitrário dos Magistrados. A resposta será negativa desde que seguido pelo julgador o método de fundamentação adequado para a decisão, nos moldes do artigo 93, X, da Constituição Federal e de maneira a possibilitar o controle exato do julgamento. Os recursos cabíveis à espécie também são mecanismos evidentes de controle das razões do julgador, no caso de instâncias inferiores.⁴¹

No caso das instâncias superiores em que não será mais possível a interposição de recursos e os juízes são nomeados por aquele que detém legitimidade popular (o presidente da república – sem se esquecer da chancela do senado), caberá a reprovação social, que, mesmo impotente muitas vezes, servirá de diretriz para casos futuros. Mas este será assunto para um próximo escrito. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARANTES, Jorge. **Pequeno dicionário crítico: histórico, geográfico, econômico, político e social**. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

BERMAN, Harold. **Direito e revolução**. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2004.

CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LIMA, Oliveira, D. **João VI no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Top books: 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo;

41 Assim nos parece concluir Antonio Cavalcante Maia in MAIA, Antônio Cavalcante. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18/03/2012.

ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcante. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos**: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18/03/2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, FALTA O ANO.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A Execução Fiscal e as Suas Crises de Instância

Cássio Benvenuto de Castro

Especialista em Direito. Mestre em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

RESUMO

A cobrança do crédito tributário sofre uma crise de identidade e, por decorrência, várias crises de instância. Trata-se de uma modalidade de processo que não assume uma natureza jurídica referenciada pelas tendências do processo civil contemporâneo, pois a legislação de regência, da década de 1980, está comprometida com a metodologia tecnicista do século passado; assim, a execução fiscal não é considerada um procedimento em contraditório, e os seus incidentes são observados através da lente do formalismo excessivo do direito material-tributário. A mesma corrente que elabora o processo enquanto uma relação jurídica de direito público proporciona terreno fértil à série de crises de instância que emperram a execução fiscal. Na verdade, o que menos ocorre na execução fiscal é uma execução propriamente dita. Daí um cenário que se abriu propício à incidência do novo art. 40 da LEF e, portanto, um paradoxo: esse dispositivo é ilustrado pelo paradigma que organiza o processo como um procedimento em contraditório, bem ao contrário do perfil que encerrava as compreensões do século em que foi formulada a lei de execução fiscal. A origem da execução fiscal se reporta ao tecnicismo, porém, as suas diuturnas reformas, inclusive as reformas do CPC, utilizam-se de uma diferente concepção do processo civil. A definição da natureza jurídica da execução fiscal aparelha o operador do direito para o manejo das recentes reformas do processo civil, seja uma regra prevista na LEF ou prevista de maneira inédita no CPC.

SUMMARY

The tax credit suffers an identity crisis. This is a type of process that does not take a referencial by contemporary civil procedure, because the

current law is dated from of the year 1980, when the technician approach organized the issues; thus, the procedural collection of taxes is not considered an adversarial procedure, and it follows an excessive formal procedural. The same idea that treats this process as a legal relationship under public law provides an outstanding question about the incidence of the new article 40 of tax collection: this law is illustrated by the paradigm that organizes the process as an adversarial procedure, meanwhile another profile understands the origin of this same law. The origin of tax enforcement reports to the technician, however, their reforms, including reforms of the Civil Procedural Code, uses a different conception of civil procedure rationality. The definition of the legal nature of the tax lien equips the worker to manage the recent reforms of civil procedure.

Sumário: Introdução 1. O formalismo excessivo da execução fiscal e as recentes reformas sobre a execução do título extrajudicial previstas no CPC: a incomunicabilidade das fontes como consequência 2. A causa do isolamento entre a LEF e a nova execução de título extrajudicial prevista no CPC 2.1. A Lei de Execução Fiscal como um subproduto do processualismo: a natureza da execução fiscal enquanto relação jurídica de direito público 2.2. As recentes reformas da legislação processual (execução de título extrajudicial pelo CPC e art. 40 da LEF): a compreensão do processo como um procedimento em contraditório 5. Conclusão. Referências

Contents: Introduction 1 The excessive formalism of the tax lien and the recent reforms on the implementation of non judicial provided in CPC: the isolation of the rights 2 The cause of the isolation between LEF and new non judicial collection established in CPC 2.1. . The Tax Enforcement Act as a byproduct of processualism: the nature of the tax lien as a legal relationship under public law 2.2. Recent reforms of procedural law (non judicial collection by the CPC and the article 40 of the LEF): understanding the process as an adversarial procedure. 5 Conclusion. References

Palavras-chave: processo; execução; tributário; forma.

Keywords: process; implementation; tax; form.

INTRODUÇÃO

A Lei 6.830/80 “dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências”, segundo expresso em seu preâmbulo. Logo no art. 1º, a LEF estabelece que “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Entretanto, nem tudo o que uma lei denomina de “judicial” consiste em um ato “jurisdicional” típico¹. No atual quadrante constitucional, a observação da essência das coisas jurídicas é fundamental para o manejo das próprias consequências normativas. Vale dizer que não é a nomenclatura determinada pela lei que estipula a sorte do evento da “judicialização” ou da “jurisdicionalização” de algo, assim como não basta atribuir a nota de “cobrança judicial” a uma execução para, assim, resolver-lhe todos os percalços procedimentais.

A tutela jurisdicional é um momento de ponderação, que supera a mera terminologia. Por sua vez, a execução fiscal (ou a *cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública*) é um desdobramento da tutela jurisdicional que merece uma peculiar atenção, pois, a depender da natureza jurídica que lhe for atribuída a tal evento, ela enfrenta uma série de crises existenciais ao largo da existência do próprio processo. A tutela verticaliza a deontologia do processo. Daí a importância de analisar a lei de regência da execução fiscal não somente pelo fato de ela estabelecer um procedimento truncado, um procedimento repleto de incidentes e permeado de atos processuais arraigados a um formalismo excessivo, mas, sobretudo verificar de “onde” advieram tais crises e intercorrências.

A apertada pesquisa tenta identificar alguns acidentes de percurso da execução fiscal, ou seja, determinadas situações que acabam emperando ou obstando uma *execução propriamente dita*. Levanta-se a tese de que o manuseio da execução fiscal, em grande parte do seu trâmite, pode ser tudo em termos de “cognição”, mas não pode ser considerada uma execução no sentido de constrição judicial do patrimônio do devedor, uma execução em termos concretos. O desencontro entre a denominação atribuída a esse processo e o seu respectivo conteúdo é o responsável pelo movediço destino.

¹ Basta examinar um “acordo” das partes celebrado em juízo: trata-se de um ato “processualizado”, mas *não é um ato tipicamente jurisdicional* (o que justifica a aplicação do art. 486 do CPC).

Para salientar as crises de instância da execução fiscal, inicialmente, pontuo um repertório dogmático que remete a temática a um sintético divã processual, predispondo as clássicas regras da LEF ao lado das recentes regras do CPC reformado (pela Lei 11.382/06). Um exame comparativo entre pontuais normas surpreende que a tendência das reformas processuais é para acelerar (ou conferir efetividade) o trâmite dos procedimentos, desburocratizando-os, além de afastar o vetusto absentismo técnico que separava o processo de conhecimento do processo de execução (e também o depurava do processo cautelar). Agora, não resolve dizer que uma determinada regra do CPC reformado não se aplica à LEF, enquanto outra regra da mesma reforma seria aplicável – necessário investigar o endereço das oscilações interpretativas nesse diálogo das fontes.

Na era do sincretismo, o processo tende a ser (ou deve ser) somente “um único” processo, no qual as suas diversas fases eventualmente se desdobram na permanente busca da tutela do direito. O juiz não conhece para executar, e não executa para conhecer, assim como o trabalho do intérprete não² pode ser absolutamente fragmentado em “conhecimento+interpretação”. No contemporâneo mundo multimídia, multifacetado, multidimensionado, de plurissignificados dinâmicos e coordenados, mormente o mundo da cultura, não é a sociedade quem escolhe a sua tecnologia, mas é a tecnologia que organiza a sua sociedade.

A efetividade (enquanto valor³) aponta para essa direção.

Nesses termos, o *conhecimento*, a *execução* e a *cautela* consistem em fases da operação processual que se verticaliza à tutela dos direitos. A reflexão sobre essa matriz provavelmente desencobre algum porquê de algumas crises de instâncias da execução fiscal. A pretensão não é desconstruir um sistema, mas, de alguma forma, debater sobre uma interessante disputa: na contratendência das recentes reformas do CPC, a execução fiscal segue como um *continuum* de formalismo excessivo do direito tributário ou, ontologicamente, ela representa um jogo de cena que ornamentou o século XX.

Afinal, a execução fiscal não seria essas duas coisas?

2 A ciranda do “conhecer para interpretar e interpretar para conhecer” é automática e infundável. Não pode se auto-excluir, pois trata-se de fenômenos em constante coordenação, indelévels à racionalidade humana.

3 A efetividade pode ser compreendida como um valor (o que é ótimo) ou como um princípio (plano deontológico). O primeiro entendimento não deixa de ser pré-processual, atua no plano da política judiciária; o segundo, refere-se à disputa processual no sentido concreto, em vista dos objetos que o próprio processo afunila. A efetividade se desenvolve em coordenação à segurança jurídica, seja como um valor ou seja como um princípio: no mundo da cultura, os valores e os princípios coexistem. A grande diferença é o palco desse diálogo, uma questão delicada e merecedora de aprofundamento. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

1. O FORMALISMO EXCESSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL E AS RECENTES REFORMAS SOBRE A EXECUÇÃO DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL PREVISTAS NO CPC: A INCOMUNICABILIDADE DAS FONTES COMO CONSEQUÊNCIA

A Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública é um título executivo extrajudicial (art. 585, VII, do CPC), cujo crédito que encerra será cobrado mediante o procedimento regulamentado pela Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80). Subsidiariamente à LEF, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil. O diálogo das fontes é intuitivo e está expresso em lei (art. 1º da LEF), o que não deveria ensejar maiores desencontros interpretativos.

Ocorre que as recentes reformas do Código de Processo Civil desburocratizaram o procedimento geral da execução de título extrajudicial, assim fomentando a discussão sobre a aplicação dessas novas regras processuais, inclusive, às execuções fiscais. A tendência seria pela comunicabilidade das fontes.

De outro lado, dentre os fundamentos que sustentam um aparente isolamento entre as fontes normativas da LEF e do CPC, entre si, pode-se citar o seguinte nexos de *causa e consequência*: a reforma do CPC obedece a um perfil epistêmico no qual o processo é compreendido como um procedimento em contraditório e, por decorrência dessa natureza jurídica mesma, diga-se que por ocasião dessa “causa”, a racionalidade contemporânea privilegiou o princípio da efetividade das técnicas executórias, em detrimento da outrora intocável salvaguarda do princípio da segurança jurídica. O problema é que a legislação das décadas de 1970 (a redação originária do CPC é de 1973) e 1980 (a LEF é uma lei de 1980) está arraigada a outra concepção de processo civil, que colocava a segurança jurídica por sobre o princípio da efetividade.

Um ligeiro quadro comparativo entre as velhas regras, que ilustram a LEF, para como as novas regras, que apareceram com a reforma do CPC, permite visualizar alguma medida da discussão:

<p>Art. 7º - O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para:</p> <p>I - citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º;</p> <p>Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:</p>	<p>Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).</p> <p>(...) §4º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p> <p>§5º Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p>
--	---

Nos termos da Lei de Execução Fiscal, o executado será citado para efetuar o pagamento “ou garantir a execução”. Com efeito, aquele que “garante não paga”, pois, etiologicamente, a garantia é uma figura jurídica de salvaguarda, consiste em uma espécie de *solve et repete*, na qual o sujeito coloca um objeto à disposição de outrem para, assim, poder discutir sobre o conteúdo da dívida.

Na prática, a “garantia” da execução fiscal significa que ela é incompatível com o esquema atual do sincretismo, que é a marca notória da contemporânea epistemologia processual. Em execução fiscal, quando se executa não se discute, e quando se discute não se executa – existe uma solução de prejudicialidade obstativa entre execução e conhecimento, nos termos do vetusto aforisma da época em que jurisdição era sinônima de “dizer o direito”, mas não de *efetivar* o direito. A solução absenteísta do século XIX, ou seja, o fragmentarismo da modernidade, muito bem separava os conceitos em vasos estanques e incomunicáveis.

O que acontece quando o executado “garante” a execução fiscal?

Em primeiro lugar, ele passa a não ser mais um executado, se é que algum dia o foi, mas assume a condição de um simples litigante em processo de conhecimento. Ora, quando efetuada a “garantia” da dívida, quer dizer que o demandado em execução fiscal ajuizará os embargos contra tal execução. Por sua vez, os embargos constituem uma ação de conhecimento autônoma à execução e, segundo respeitável entendimento, determinam a imediata suspensão do processo executivo fiscal.

Dáí acontece de dois processos se estancarem em solução de descontinuidade: a execução fiscal e os embargos à execução – ou tramita um deles, ou caminha outro, sendo um jogo de cena que transporta a “garantia” a um efeito de *abstrata efetividade*. Por que um jogo de cena? Porque a garantia geralmente não possui liquidez alguma, ela raramente é em dinheiro, o garantidor e ora embargante oferece em garantia da execução fiscal algum objeto inservível, dispendioso para ser depositado, isso quando não é algo perecível e de impossível alienação no varejo do leilão público.

Assim, a primeira crise de instância da execução fiscal está cravada na sua fase prelibatória, quando se fala em “garantia” da execução. Por isso é que a reforma do CPC (art. 652) não cogita de “garantia”, mas da citação para o pagamento, porquanto o próprio ajuizamento dos embargos não está condicionado – em situação de prejudicialidade – ao oferecimento de algum objeto imprestável (digo, algum objeto garantidor) ao feito executório (art. 738 do CPC).

A reforma do Código de Processo Civil está adequada à pontual preponderância do princípio da efetividade sobre o da segurança jurídica, um sopesamento que norteia a execução do título extrajudicial. Justamente porque, em tempos de sincretismo, executar não significa afastar o conhecer, assim como cognição não afasta a execução, apenas são fases da tutela jurisdicional que devem tramitar juntas e misturadas, em prol da tutela do direito.

Intuitivo concluir que a execução fiscal nasce e se desenvolve, desde o berço, à conta-gotas, à medida que ela nasce entravada com uma espécie de *feito suspensivo* subliminar: se o devedor garantir a execução tudo fica parado, como se nada tivesse acontecido, como se a execução existisse apenas “no papel”, e não no mundo da vida. O clássico primado da segurança jurídica da modernidade iluminista. Além do prosseguimento da execução fiscal *secundum eventum citationis* e segundo a garantia da execução, a LEF deixa evidente o formalismo excessivo quanto ao ato processual isolado da “intimação”.

Art. 12 - Na execução fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora.

§ 1º - Nas Comarcas do interior dos Estados, a intimação poderá ser feita pela remessa de cópia do termo ou do auto de penhora, pelo correio, na forma estabelecida no artigo 8º, incisos I e II, para a citação.

§ 2º - Se a penhora recair sobre imóvel, far-se-á a intimação ao cônjuge, observadas as normas previstas para a citação.

§ 3º - Far-se-á a intimação da penhora pessoalmente ao executado se, na citação feita pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou de seu representante legal.

Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620). **(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).**

O formalismo é a totalidade formal do procedimento. Aprofundando a linha de observação, a forma em sentido estrito é um componente do formalismo, vale dizer, consiste em um átomo da totalidade, pois repercute o aspecto exterior de determinados *atos isolados* que compõem o processo.

A intimação é um desses atos processuais que reclamam especificidades em seus caracteres de individualização e a forma da intimação não representa um problema em si mesmo. Deveras, a intimação é um ato formal, um ato processual típico que reclama um complexo de fórmulas previstas na lei.

Todavia, um problema existe quando todo o formalismo (a totalidade formal do procedimento) é deslocado ou tendente a se desviar da rota, em função da forma em sentido estrito, o todo em função de um ato isolado. O sentido das coisas deveria ser exatamente o contrário.

Como não poderia deixar de ser, a reforma do CPC observa as formas que individualizam a intimação e os atos processuais congêneres, no tocante à execução do título extrajudicial. Porém, as novas normas que ilustram o CPC não permitem sequer que a ausência de intimação emperre

o procedimento executório. Tanto é verdade que a intimação do devedor pode ser dispensada, quando discricionariamente o juiz identificar uma aparente evasão desse sujeito do distrito do processo (art. 652, §5º, CPC). Uma flexibilidade que também se reflete quando da eventual modificação da penhora (art. 668), pois a lei encarrega o devedor a comparecer ao processo e “comprovar cabalmente” a utilidade da substituição dos bens constritos.

A inversão do ônus postulatório é repercute o primado do princípio da efetividade. Em primeiro lugar, para requerer a substituição do objeto penhorado, o devedor deve comparecer e comprovar tal utilidade; em segundo lugar, mesmo que o devedor sequer compareça e não forneça um paradeiro, o juiz poderá dispensar a sua intimação formal para o prosseguimento do procedimento executório.

Uma realidade normativa em confronto com o art. 12 da LEF.

Ademais, esse mesmo art. 12 é reforçado pelo art. 8º da LEF, de maneira que a combinação dos dispositivos transforma a execução fiscal em um procedimento feito aos humores do paradeiro do devedor. A literalidade desperta dois vetores que abalizam o primado da segurança jurídica, ora em prejuízo da efetividade: a “garantia” da execução é peça oportunizada, e a obsessiva e inderrogável necessidade de “intimação” do devedor.

Em outras palavras, quando a execução é suspensa pela “garantia” oferecida pelo devedor, ou quando a execução encalha na indelével necessidade da “intimação” do devedor – intimação que não pode ser dispensada pelo juízo –, o efeito prático é que o procedimento está subordinado à boa vontade do devedor. O velho discurso de que a execução fiscal consiste em um procedimento que confere “privilégios” à Fazenda Pública faz parte de um plano da segurança jurídica, que conferia poderes “formais” em troca de uma falta de solução prática à vida real. Mais expressamente: a Fazenda Pública não estava sujeita a prazos próprios e peremptórios, no entanto, a execução fiscal apenas se tornava uma verdadeira execução, quando o devedor concordava em participar dessa ciranda excessivamente formal.

Na hipótese de o devedor não colaborar, existia um procedimento de chamamento, um procedimento repleto de atos formais (citação, garantia, intimação), mas, sobretudo, um procedimento que pouco ou quase nada executava, um procedimento que em termos práticos (paradigma da efetividade) não avançava sobre o patrimônio do réu. Uma preocupação que a reforma do CPC evidentemente não se furtou de afastar:

Art. 13 - O termo ou auto de penhora conterá, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.

§ 1º - Impugnada a avaliação, pelo executado, ou pela Fazenda Pública, antes de publicado o edital de leilão, o Juiz, ouvida a outra parte, nomeará avaliador oficial para proceder a nova avaliação dos bens penhorados.

§ 2º - Se não houver, na Comarca, avaliador oficial ou este não puder apresentar o laudo de avaliação no prazo de 15 (quinze) dias, será nomeada pessoa ou entidade habilitada a critério do Juiz.

§ 3º - Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação.

Art. 652:

§ 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. **(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).**

O art. 652, § 1º, do CPC desburocratizou o procedimento da execução do título extrajudicial. Não apenas em relação à avaliação, uma tarefa expressamente atribuída ao oficial de justiça e, excepcionalmente, quando impugnada a avaliação inicial, uma incumbência que reclama a nomeação de um profissional específico para o ato. Certo que a LEF também possibilitava a avaliação no mesmo ato em que realizada a penhora (por termo ou auto).

A diferença está no sincretismo⁴ que o parágrafo primeiro do art. 652 do CPC enseja, quando estabelece que o oficial de justiça se aparelhará de “duas” vias do mandado: uma via do mandado para a citação do réu para o pagamento, e outra via do mandado para a efetivação da penhora e a avaliação dos bens.

As “duas vias” do mandado reportam o sincretismo da contemporaneidade, pois ao mesmo tempo em que cita para pagar ou discutir,

4 Mais importante que a modificação de literalidades da legislação é atentar para os fundamentos que verticalizam as reformas. O sincretismo consiste na indelével prevalência do princípio da efetividade sobre o princípio da segurança jurídica, o que enseja a ruptura da metodologia apática que estratifica a execução do título extrajudicial. As releituras do processo civil – todas – acenam nesse sentido, sobremaneira as reformas preordenadas na fase executiva. Respeitosamente, dizer que a Lei 11.382/06 excluiu o “direito de o executado nomear bens à penhora, permitindo, no parágrafo 2º do art. 652 do CPC, que o exequente, em sua petição inicial, já indique bens a serem penhorados”, não resolve grande sorte da problemática: primeiro, porque a nomeação de objetos à penhora é um incidente técnico que a própria LEF possibilita a modificação (arts. 15 e 11); segundo, porque enquanto ‘nomeia’ bens ainda não existe execução no sentido estrito, configurando-se antecedente prelibatório do efetivo ato de constrição, o que realmente interessa ao mundo da vida. Em contrário, ver CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “A Lei n. 11.382/06 e seus reflexos na execução fiscal”. In *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 49, p. 96.

também está aberto o percurso para se avançar contra o patrimônio do devedor, com os atos da execução real. Tanto que os embargos à execução do CPC não suspendem de plano a execução; eles apenas significam um incidente ao desdobramento da execução em sua faceta de conhecimento. A face efetivamente executória, constritiva, da execução do título extrajudicial prossegue em seus ulteriores termos, apesar do ajuizamento dos embargos.

Diferente é a previsão literal contida na LEF que, nada sincrética, quando interpostos os embargos à execução, suspende tudo. Os embargos à execução fiscal assinalam mais uma crise de instância:

<p>Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:</p> <ul style="list-style-type: none">I - do depósito;II - da juntada da prova da fiança bancária;III - da intimação da penhora. <p>§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.</p> <p>§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.</p> <p>§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.</p> <p>Art. 18 - Caso não sejam oferecidos os embargos, a Fazenda Pública manifestar-se-á sobre a garantia da execução.</p>	<p>Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).</p> <p>§ 1º Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p> <p>§ 2º Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p> <p>§ 3º Aos embargos do executado não se aplica o disposto no art. 191 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p>
---	---

O quadro comparativo merece análise conjunta com o seguinte:

<p>Art. 19 - Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:</p> <p>I - remir o bem, se a garantia for real; ou</p> <p>II - pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória.</p>	<p>Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p> <p>§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p>
--	--

A regra da reforma do CPC, que estabelece a não concessão do efeito suspensivo automático aos embargos à execução de título extrajudicial, é aplicável aos embargos contra a execução fiscal?

A doutrina e a jurisprudência possuem argumentos para todos os lados, o que não chega a surpreender. Porém, é necessário identificar o fundamento que implica o diálogo entre as fontes, ou melhor, a razão pela qual é vitoriosa a corrente que defende o isolamento entre as fontes normativas.

Conforme respeitável doutrina, “analisando a questão sob o aspecto hermenêutico, é possível afirmar a impossibilidade da aplicação subsidiária do CPC à LEF, apesar do conteúdo do seu art. 1º, na medida em que as alterações efetivadas pela Lei n. 11.382 tornaram, em alguns pontos, as regras do CPC de impossível aplicação”⁵. Com a citação de inúmeros tributaristas de escol, a academia ainda refere que “a interpretação gramatical do art. 1º da LEF deve ser ponto inicial, mas nunca um fim do processo executivo fiscal. Com base nessa forma de interpretação observa-se, através do princípio da coerência, que, apesar de não haver entre os ordenamentos citados uma radical contraditoriedade, existe, sim, uma exigência de compatibilidade”⁶.

5 PARREIRA, Alberto; MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. “As alterações da Lei n. 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais”. In *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 143, p. 12.

6 Idem, *ibidem*.

A tendência da jurisprudência trafegava⁷ pelo acolhimento dessa tese, como verificado: “O art. 739-A do CPC, que nega aos embargos de devedor, como regra, o efeito suspensivo, não é aplicável às execuções fiscais. Em primeiro lugar, porque há disposições expressas reconhecendo, ainda que indiretamente, o efeito suspensivo aos embargos nessas execuções (arts. 19 e 24 da Lei 6.380/80 e art. 53, § 4º da Lei 8.212/91). E, em segundo lugar, porque, a mesma Lei 11.382/06 - que acrescentou o art. 739-A ao CPC (retirando dos embargos, em regra, o efeito suspensivo automático) -, também alterou o art. 736 do Código, para retirar desses embargos a exigência da prévia garantia de juízo. O legislador, evidentemente, associou uma situação à outra, associação que se deu também no § 1º do art. 739-A: a outorga de efeito suspensivo supõe, entre outros requisitos, “que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. Ora, ao contrário do que ocorre no CPC, no regime da

7 Atualmente, a jurisprudência do STJ acena em sentido contrário, em termos tendenciais: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REQUISITOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). A oposição de embargos à execução fiscal depois da penhora de bens do executado não suspende automaticamente os atos executivos, fazendo-se necessário que o embargante demonstre a relevância de seus argumentos (*fumus boni juris*) e que o prosseguimento da execução poderá lhe causar dano de difícil ou de incerta reparação (*periculum in mora*). Com efeito, as regras da execução fiscal não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/1973, que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia, verificação pelo juiz da relevância da fundamentação e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Para chegar a essa conclusão, faz-se necessária uma interpretação histórica dos dispositivos legais pertinentes ao tema. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei 8.953/1994, que promoveu a reforma do processo de execução do CPC/1973, nele incluindo o § 1º do art. 739 e o inciso I do art. 791. Antes dessa reforma, inclusive na vigência do Decreto-lei 960/1938 – que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional – e do CPC/1939, nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor. Nessa época, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/1994. Sendo assim, é evidente o equívoco da premissa de que a Lei 6.830/1980 (LEF) e a Lei 8.212/1991 (LOSS) adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/1973 (com o advento da Lei 8.953/1994). Dessa forma, à luz de uma interpretação histórica dos dispositivos legais pertinentes ao tema e tendo em vista os princípios que influenciaram as várias reformas no CPC/1973 e as regras dos feitos executivos da Fazenda Pública – considerando, em especial, a eficácia material do processo executivo, a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais –, é ilógico concluir que a LEF e o art. 53, § 4º, da Lei 8.212/1991 foram, em algum momento, ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isso porque, quanto ao regime jurídico desse meio de impugnação, há a invocação – com interrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público – da aplicação subsidiária do disposto no CPC/1973, que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias. Por essa razão, nem a LEF nem o art. 53, § 4º, da LOSS devem ser considerados incompatíveis com a atual redação do art. 739-A do CPC/1973. Cabe ressaltar, ademais, que, embora por fundamentos variados – fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/1973, trilhando o inovador caminho da teoria do diálogo das fontes ou utilizando da interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz nesta oportunidade) – a conclusão acima exposta tem sido adotada predominantemente no STJ. Saliente-se, por oportuno, que, em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/1973, a nova redação do art. 736 do CPC, dada pela Lei 11.382/2006 – artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos –, não se aplica às execuções fiscais, haja vista a existência de dispositivo específico, qual seja, o art. 16, § 1º, da LEF, que exige expressamente a garantia para a admissão de embargos à execução fiscal. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.381.229-PR, Primeira Turma, DJe de 2/2/2012; e AgRg nos EdCl no Ag 1.389.866-PR, Segunda Turma, DJe de 21/9/2011. Resp 1.272.827-PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/5/2013.”

execução fiscal, persiste a norma segundo a qual “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução” por depósito, fiança ou penhora (art. 16, § 1º, da Lei 6.830/80).”⁸

As interpretações contrastantes não são equivocadas em si mesmas, a matéria-prima normativa do direito permite a tergiversação. Pensar de uma maneira e, eventualmente, repensar ou sopesar os argumentos para uma variação de limites, consiste em uma nota dos fluxos e contrafluxos do ambiente cultural no qual está ambientado o direito.

A grande questão é identificar o “porquê” de se adotar determinada orientação, o “fundamento” que sufraga um diálogo entre as fontes ou o isolamento entre as fontes. Com efeito, o atual quadrante constitucional elevou à peça de museu a adoção abstracionista das velhas técnicas da especialidade, da cronologia e da hierarquia. A Constituição e a sua multimalha normativa, repleta das cláusulas abertas e das variações valorativas, não permite um exercício meramente subsuntivo da hermenêutica. Pelo contrário, o constitucionalismo contemporâneo impõe a construção do direito como uma experiência contínua, como uma empresa em permanente transformação, à medida que a operação jurídica somente alcança seus escopos quando pondera os fatores culturais que se coordenam reciprocamente.

A interpretação do direito não é incoerente quando utilizada uma ou outra orientação. Para evitar percalços pragmáticos e sobretudo formular uma sistemática hermenêutica que efetivamente seja coerente, é necessário avaliar o que está na base das premissas dogmáticas. Assim, a própria reforma da legislação pode ser compreendida, bem como também pode ser extraído o sentido da “execução” e a razão das crises de instâncias da execução fiscal.

Por que a execução fiscal vive permeada de crises? A reforma das leis processuais abarcam uma deontologia diferente daquela que sustentou o CPC e a LEF, em suas origens? Afinal, a execução fiscal é mais cognitiva que propriamente executiva?

O eventual fracasso⁹ das respostas, em última análise, remete à reflexão das causas que ora surpreendem as reformas da legislação processual.

8 REsp 1178883/MG, Relator(a) Ministro Teori Albino Zavascki, Órgão Julgador T1, DJe 25/10/2011, RDDT v. 196, p. 196.

9 O fracasso é diretamente proporcional ao risco do sucesso, quando efetuada a pesquisa nos laboratórios acadêmicos. Segundo Hart, em geral sequer é um fracasso transcendente, que produz danos a outrem, mas uma falibilidade que ensina ao próprio pesquisador onde ele errou e por onde poderia melhorar a sua tentativa de análise. Ver o comentário cético *in* HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 26.

2. A CAUSA DO ISOLAMENTO ENTRE A LEF E A NOVA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PREVISTA NO CPC

O debate sobre a natureza jurídica da execução fiscal permite problematizar *de onde provém e para onde* caminham as diversas reformas que entrecortam alguns aspectos da legislação processual civil. Uma questão que trafega pelas entranhas da epistemologia e da lógica jurídica e afeta diretamente a seguinte percepção dogmática: *uma nova regra sobre a execução de título extrajudicial prevista no Código de Processo Civil é diretamente aplicável à execução fiscal?*

O diálogo coordenativo (não apenas de subsidiariedade) entre as fontes chegaria a despertar a distinção entre a “tutela jurisdicional” e a “técnica de tutela jurisdicional”. Ora, uma reforma da legislação processual comunica as técnicas entre si, sem maiores discussões; de outro lado, a tutela jurisdicional, tanto em termos de estrutura quanto de funcionalidade, não se comunicaria de maneira imediata. O problema é definir o limite entre a “técnica” e a “tutela”, algo que não aparece com frequência na doutrina e jurisprudência nacional. Além disso, o aprofundamento da distinção técnica-tutela reclamaria a especificidade no estudo dessa temática, o que não é permitido nessas breves linhas, que são mais pragmáticas que acadêmicas.

O que pretendo demonstrar, e com uma maior singeleza que o tema técnica-tutela enseja, é que a compreensão da natureza jurídica do processo influencia diretamente sobre a maneira de trabalhar com uma reforma da legislação. Aplicar ou não aplicar à execução fiscal uma regra sobre a execução do título extrajudicial, que hoje está prevista expressamente pela reforma do CPC (Lei 11.382/06), é matéria que se orienta por intermédio de um perfil epistêmico. Logo, descreve como entende a natureza jurídica do processo civil, que será possível diagnosticar sobre a comunicabilidade, ou não, entre as fontes normativas previstas na LEF e no CPC (e vice-versa).

2.1. A Lei de Execução Fiscal como um subproduto do processualismo: a natureza da execução fiscal enquanto relação jurídica de direito público

A compreensão do processo enquanto uma relação jurídica (entre o juiz e as partes) respondeu pela autonomia científica do processo civil, separando-o definitivamente do direito material (desde o século XIX). O

Código de Processo Civil, datado originariamente de 1973, é um reflexo vivo dessa matriz jurídica, porque atinente ao panorama cultural então vigente no Brasil.

Assim, o CPC de 1973 não se preocupou em fornecer ferramentas para que o operador do direito aproximasse o processo à realidade do direito material. A grande questão de sua época era, justamente, reforçar a independência dogmática do processo civil, com o alvitre de o elevar a uma estrutura não¹⁰ ideológica e, sobretudo, tecnicista¹¹.

A Escola processualista, que ilustrou o nosso CPC¹², também é responsável pela sorte de influências que nortearam a formulação da Lei 6.830/80. Uma racionalidade que reproduz efeitos teóricos e pragmáticos até o presente, mormente quando a matéria subjacente – o objeto do processo: o direito tributário – é de cunho tão formalista quanto o próprio processo. Daí o fundamento epistêmico pelo qual as reformas¹³ pontuais introduzidas recentemente no CPC (Lei 11.382/06) não despertam uma imediata aplicação, ou sofrem resistências contra a comunicabilidade das fontes, quando do manejo da execução fiscal.

10 Inúmeros dispositivos originariamente positivados no CPC demonstram a solução de compromisso de “não especificidade” adotada pelo CPC/73: o Código de Processo Civil tendeu a unificar os procedimentos em modalidades ordinárias e alheias ao direito material, com raros casos de “processos especiais”; o juiz deveria ser neutro, um juiz não ativo; os meios executórios (inclusive os meios probatórios) se pautavam pelo princípio da tipicidade, daí sacralizando um formalismo excessivo; as eficácias das sentenças se fungibilizaram ao denominador comum da sentença condenatória, vigorando a teoria ternária para obsessivamente classificar as sentenças e não as espécies de tutela jurisdicional; o procedimento não abria possibilidade real à antecipação da tutela e refutava o sincretismo, existia um momento prévio para o conhecimento e uma fase posterior para a execução. Entre outros exemplos, em sua feição genética, o CPC/73 manteve afastado o processo civil do direito material, daí retratando a era da técnica processual.

11 A referência à metodologia denominada de “processualista, tecnicista, ou conceitualista” reflete a posição que, desde o iluminismo, alavancou o processo a uma posição de autonomia em relação ao direito material, mas também fora responsável para afastar o processo da realidade que ele tende a solucionar com a justiça. Até a consagração do processualismo, existia uma visão plana do ordenamento jurídico, na qual Dinamarco refere que “a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)”. Para aprofundar a sequência entre as correntes metodológicas, na ordem, sincretismo, processualismo ou autonomismo e instrumentalismo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18. Finalmente, também se fala no formalismo-valorativo, corrente que é defendida no decorrer dessa exposição.

12 Merece referência a soberba literal do item “I”, alínea “5”, da Exposição de Motivos do CPC de 1973: “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito”. Além de retirar do povo (os verdadeiros detentores do poder) e, consequentemente, do próprio cenário da cultura, a força de coesão para colaborar com a formação do direito – entropias de influência do social sobre o âmbito do jurídico –, parece que o processo civil, segundo o CPC do século passado, não pretendeu “se misturar” a outros ramos da ciência jurídica, sendo intuitiva uma fragmentação do direito em compartimentos estanques do conhecimento, como se fosse possível entender institutos através de uma leitura em tiras incomunicáveis. Tampouco se admitia um efetivo diálogo entre as fontes normativas, uma aproximação real entre direito e processo e o que, atualmente, são mecânicas indispensáveis a uma própria dicção do que é racional ou razoável em termos jurídicos.

13 As reformas do CPC bem como as reformas da própria LEF (nova redação dos parágrafos do art. 40) assinalam o vértice epistêmico acolhido pelo legislador: na esteira da contemporânea doutrina do século XX, o processo é compreendido como um procedimento em contraditório. Logo, o processo sempre deve andar para a frente.

Quando se fala em reforma do CPC aplicável à LEF, a toda prova, uma bifurcação de correntes sobrepõe: de um lado, a nova ordem mundial compreende o processo civil como um procedimento em contraditório, assim embasando dispositivos que privilegiam o princípio da efetividade em detrimento da segurança jurídica (na própria LEF existe repercussão dessa lógica, como expresso no art. 40); de outro lado, um perfil abstracionista e outrora responsável pela autonomização do processo reinava quando do advento do CPC e da LEF, nas décadas de 1970 e 1980, fincando raízes para se entender o processo como uma relação jurídica. O abismo epistêmico criado pela ruptura entre as duas correntes é dantesco.

A lei especial número 6.830/80 foi criada para conferir *privilégios* processuais à Fazenda Pública. Na verdade, privilégios talvez retóricos, como alguns jogos de cena, como assinalados no item anterior. De qualquer maneira, a execução fiscal, seja para beneficiar o Fisco ou para elastecer o humor do devedor, deve seguir o formalismo do direito tributário para tutelar alguns interesses considerados supremos. E quando se falava em “supremacia”, em pleno século XX, considerava-se não um equilíbrio material, mas apenas formal e conceitualista. Tanto que o dualismo extremo entre o processo e o direito material sobrepunha naquela época, e estava cravado na alma da operação jurídica como um todo, podendo ainda ser sensivelmente notado no abstracionismo regulamentado na Lei de Execução Fiscal.

Assim, se o regime jurídico do CPC de 1973, inerente à cultura brasileira do último quartel do século XX¹⁴, influenciou a Lei de Execução Fiscal, atribuiu a ela um maior “grau” de formalismo admissível, dentre todas as espécies de processos de execução. As mensagens conceituais cristalizadas nessa lei extraordinária, não por acaso, isolam os diversos atos processuais em verdadeiras “crises de instâncias” – a execução fiscal não chega a ser um procedimento em contraditório, mas possui geneticamente uma natureza de *relação jurídica de direito público*.

Em outras palavras, a execução fiscal está repleta de atos processuais formais que praticamente se isolam entre si, como se fossem ilhas.

14 A metodologia tecnicista e seus devaneios excessivamente formalistas não permitem ponderar a multifuncionalidade da efetividade e da segurança em perspectiva dinâmica, não observa a tutela do direito e a tutela jurisdicional em cotejo simbiótico, como também não possibilita a visualização de categorias do gênero “questão mista” em processo civil. A metodologia da técnica assola a LEF e a remete a um amontoado de “crises de instâncias”, normalmente geradas pela concepção de um processo formalista ao extremo, que reflete o rigor do direito tributário e da burocracia brasileira da década de 1980. A Lei de Execução Fiscal jamais cogitou de sincretismo. Na longínqua década de 1980, conhecimento e execução não se misturavam, tanto que os embargos formam verdadeira crise existencial na execução e possuem uma limitação material quanto às matérias que poderiam ser alegadas. Uma lente que violenta a ampla defesa enquanto direito fundamental, porém, expressa a cultura de que a Administração tinha prevalência sobre o direito individual do contribuinte.

A forma dos atos, enquanto tais, prevalece sobre o formalismo total do procedimento, o que é indesejável e motivo de ruídos e crises. Daí porque a constatação de que, na execução fiscal, tudo ou quase tudo depende de intimações e de ciências inequívocas de parte a parte, para que assim se prossiga adiante. A consagração de uma *estrutura relacional* legitimou um esquema de “poder” no qual a Administração é colocada no vértice, no topo de uma pirâmide, contra o indivíduo outrora considerado um súdito. Uma assimetria que beira o desvio de finalidade da tutela jurisdicional, com um retorno disfarçado ao regime da autotutela.

Trata-se de uma fórmula que assegurou um desenvolvimento processual truncado, no seguinte acordo de conveniências: enquanto a execução fiscal promete a falência dos prazos processuais próprios, pois concede à Fazenda Pública quase uma potestade de *agires*, ao seu talento e possibilidade, ao devedor foi garantida uma saída à francesa¹⁵, pois a cada *não comparecimento* se estabelece uma crise de instância que emperra o procedimento.

A separação entre uma “relação jurídica processual” e a “relação em direito material”, consoante a racionalidade do processualismo, que recorta os objetos em ilhas incomunicáveis, demonstra que a escola processual brasileira trouxe, desde o direito privado, uma realidade conceitual¹⁶ – a relação jurídica¹⁷. Nicola Picardi¹⁸ salienta que o processo como

15 Um francesamento no duplo sentido: tanto por ser “sutil” como por ser produto de uma racionalidade típica do iluminismo.

16 A racionalidade oitocentista (e o panorama kantista desde então) trabalha com dicotomias, isso não causa estranheza. Vale a pena analisar a obra de Bülow para, além desse cenário, constatar os fluxos e contrafluxos científicos ao largo do tempo. Para repudiar o pragmatismo do romanismo, que muito influenciou o processo comum da idade média, Bülow ressalta que avistar o processo em sua dinâmica é uma ideia superficial que não o afasta do procedimento. O qualificador do processo é a “relação jurídica de direito público”. Bülow joga a realidade das coisas em uma definição cunhada no direito material, o velho modo de compreender as realidades por uma estática. O autor refere que a concepção dominante no século XIX, até a sua obra, deixava “predominar o procedimento na definição do processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção”. Qualquer semelhança com o sentido inverso dessa moeda não é mera coincidência. Atualmente, a doutrina majoritária devolve a noção de procedimento como mola propulsora do formalismo processual. O que interessa não é a relação jurídica, mas o qualificativo dinâmico de um contraditório que qualifica o padrão, a rotina pela qual o procedimento trafega. Os fluxos e contrafluxos da ciência. Ver BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 08. A doutrina de Bülow influencia pelo menos dois séculos de gerações do processo civil, inclusive, ele é denominado o “pai do processo”, o responsável pela separação do processo em confronto com o direito material. Em precisa reconstrução histórica, Giovanni Tarello salienta que Oscar Bülow “forse il più influente processualista del sec. XIX; può considerarsi l’iniziatore della nuova processualistica dogmatica; e certamente rappresenta nel massimo grado le tendenze della cultura giuridica germanica dell’età bismarkiana”. TARELLO, Giovanni. **Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile**. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 37.

17 PICARDI, Nicola. **La successione processuale. Oggetto e limiti**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 28.

18 Picardi refere que “i fenomeni processuali non si prestano ad essere ricondotti, nel loro complesso, *sub specie* di rapporto giuridico. Infatti, se il *quid*, che lega nello schema del rapporto giuridico le posizioni soggettive, va identificato nel nesso di <correlazione> e se tale nesso, nella sua eccezione più rigorosa, va risolto unicamente nella coppia

uma relação jurídica de direito público configura uma limitação de natureza “orgânica”, limita a dinamicidade ínsita à figura do processo como sequencia de atos concatenados entre si. Para cada relação jurídica do direito material, deve existir uma relação jurídica de natureza processual.

Qual a consequência de se reputar a execução fiscal como uma relação jurídica?

Desde a racionalidade kantiana, é intuitivo que uma relação jurídica é uma relação entre dois sujeitos, ou que coloca dois ou mais sujeitos em posição de observação perante determinado objeto. A lógica da relação jurídica é “estrutural”: um vínculo¹⁹ + um objeto + pessoas. Em síntese:

contexto estrutural ²⁰ da relação jurídica	vínculo estabelecido pela norma
	objeto
	mais um interessado no objeto

Hans Kelsen explica que, na relação jurídica, existe uma coligação entre “o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente

dovere-diritto, ne risulta che solo alcune posizioni processuali si prestano ad essere considerate *sub specie* di rapporto”. PICARDI, Nicola. **La successione processuale**. *Oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 49.

19 O vínculo é definido de maneira prática, por Kelsen, como um elemento sensível que supõe a “forma” que reveste a “essência/conteúdo” da relação jurídica. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 187.

20 Necessário dizer que o conceitualismo abarcado pela relação jurídica sempre trabalhou com noções “estruturais”, de organicidade, e não com o tema do mundo contemporâneo – a funcionalidade. Por isso é que os institutos jurídicos eram raciocinados de maneira estática, sem a rotina do “para que eles servem”, mas somente eram pensados de “onde eles provém”. Pensar de maneira estrutural chega a ser uma abreviação, resume grande parte da visão à técnica. O processo – através do seu gênero procedimento –, primeiramente fora visualizado por Fazzalari em um universo funcional, quando o provimento seria o ato finalizado pelos sujeitos, com um evidente nexo teleológico. Apenas em um posterior momento, após consolidado o raciocínio sobre o procedimento, é que o contraditório forte puxa para dentro do processo uma esquematização paritária e que reclama a simetria entre os sujeitos. Ou seja, primeiro a função e, após, uma apreensão estrutural do fenômeno. Quero dizer que Fazzalari pensou de fora para dentro do processo, como se dos efeitos se raciocinasse em direção à eficácia, o que é humanamente mais plausível. Entretanto, ainda no pós-kantismo isso tudo parece causar certa surpresa à significativa parcela de pensadores. Ver FAZZALARI, Elio. **Processo. Teoria generale. Novissimo digesto italiano**, v. XIII, Torinese, 1957, em especial, p. 1069/1070. Dinamarco chega a comentar a influência dos administrativistas para a definição do procedimento e do processo (inclusive por existir relação de gênero e espécie), ver **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82. A origem publicista de uma concepção de procedimento em confronto com o processo pode ser observado em no precursor ensaio de BENVENUTI, Feliciano. “*Funzione amministrativa, procedimento, processo*”. **Rivista Trimestale di Diritto Pubblico**, anno II, 1952, em especial, p. 126/7. O sobrenome não é mera coincidência. Se o leitor quiser aprofundar para muito além do processo civil, a filosofia empresta uma distinção entre os pensamentos de Parsons e Luhmann que, talvez, descortina a transição de um raciocínio estrutural-funcionalista para o funcional-estruturalista, na teoria dos sistemas (fundamentos, inclusive, de recente farmacoteca norte-americana, vide a verdadeira poesia na película **Matrix**, em especial o **Matrix II**, em que o conflito entre os mundos Zion-Matrix colocam a descoberto a dialética dos sistemas e as questões da autopoiése e da heteropoiése; aprofundando o raciocínio, até programas televisivos, como o *Big Brother*, exploram a questão sistêmica).

direito”²¹. Ou seja, se o processo é uma relação jurídica de direito público, devem existir dois sujeitos em posição de contrapartida de direitos e deveres. Tal correspondência de “poderes, deveres e direitos” processuais não seria somente em relação a uma parte – a demandante – e o juiz (o órgão assimétrico), até porque o juiz é “assimétrico” em relação a quem?

Ora, o julgador é assimétrico em relação às partes, elas é que se colocam em posição de combatividade equidistante entre si mesmas. Daí o problema que surge quando não existe uma colaboração do devedor, quando o executado literalmente se furta às intimações e aos comparecimentos processuais: na prática, não existe uma execução fiscal nos termos previstos pela própria legislação de regência, pois a execução fiscal nos moldes do século XX trabalha com uma matriz lógica e jurídica que depende das duas partes, do exequente e do executado. Um tripé mais estrutural que funcional.

Quando uma das partes está ausente ou não colabora, por decorrência, está instaurada uma crise de instância que emperra o procedimento. Logo, uma execução fiscal sem o devedor, ou sem a citação ou a intimação formal do devedor, pode ser tudo, menos uma execução propriamente dita – à medida que não existe uma constrição efetiva sobre o patrimônio do sujeito passivo.

Óbvio que a citação por edital pode solucionar, por uma ficção legal, essa crise de efetividade. Agora, na prática, quem é citado por edital também não é atingido pela constrição de bens. Uma, porque não possui objetos penhoráveis; outra, porque os objetos se perderam ao controle das instituições, no tempo e espaço.

O que existe no mundo da vida, nesses casos, é apenas uma figura conceitual, bem ao talante das velhas ilustrações dos clássicos pandetísticos. Um arremedo de execução em busca do estruturalismo relacional, mas que a toda evidência se furta da funcionalidade que deveria verticalizar seus limites, pois de execução efetiva não se trata.

2.2. As recentes reformas da legislação processual (execução de título extrajudicial pelo CPC e art. 40 da LEF): a compreensão do processo como um procedimento em contraditório

Uma parcela da doutrina considerava a execução como um arremedo de processo civil, pois somente o processo de conhecimento seria

21 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 182.

o *verdadeiro* processo. Não é preciso vasculhar a história do processo civil para identificar escritos que consideram a execução fiscal como uma “ação de execução singular”²² na qual se desenvolvem atos mais ordinatórios que propriamente jurisdicionais.

Respeitosamente, a “ação” processual é uma posição jurídica subjetiva de evolução progressiva²³; consiste em um *movimento*, uma dinâmica, um exercício, de maneira que se torna secundário ou desimportante o caráter singular²⁴ ou coletivo desse fenômeno. O que interessa, sobremaneira quando analisada a natureza jurídica da execução fiscal, não é o critério da “ação”, mas identificar um processo enquanto uma faceta da atividade jurisdicional, pois, do contrário, a própria execução fiscal se perderia como um resquício de autotutela da Administração.

Ora, a “ação” processual consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, ônus e direitos no sentido estrito. Não basta dizer que a “ação” é um direito público subjetivo, que ela confere o acesso do postulante à jurisdição, à medida que a “ação” é um desenrolar complexo, tanto que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁵ anota que o “o agir é realizado exclusivamente por meio da ação processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a sequencia procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos, etc.)”²⁶.

22 KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. "Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal". In *Revista da Ajuris*, n. 127, p. 67.

23 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 230. Postura científica que muito provavelmente o autor tenha buscado na doutrina de Elio Fazzalari, ver *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 111 e ss.

24 Utilizado apenas para separar a execução singular da execução coletiva (por exemplo, na recuperação de empresas).

25 Em palestra promovida no Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reforçou: “ação processual é, afinal de contas, agir. Garantia de ação, o direito fundamental de ação é algo que não diz respeito à ação processual, é algo pré-processual, vem antes da ação. E a ação é o agir. E como é que eu ajo? Ajo exercendo os poderes que me são concedidos abstratamente pelo ordenamento, por atos concretos. E isso é ação. Ação não é, como dizia Liebman, só o poder de provocar a jurisdição, mas de exercer todos os poderes até o fim do processo, até o último ato do processo; isso é ação processual. Poderes que não abstratamente concedidos; por exemplo, o poder de recorrer, o poder de demandar, o poder de pedir provas, o poder de arrazoar, poderes que são abstratamente concedidos e que são exercidos concretamente por atos processuais: recorrer, arrazoar, etc”. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466A, 466B e 466C pela Lei nº 11.232/05". In: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do Centro de Estudos, v. I, TJRS, p. 36.

26 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e tutela jurisdicional". In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *A polêmica sobre a ação*: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 102.

Se atualmente não existe discordância em dizer que a “ação” é atípica por natureza e que ela consiste em um *modus* dinâmico pelo qual é atingida ou perseguida a tutela jurisdicional, sobra evidente que a sequência de poderes, deveres, ônus, direitos e faculdades que ela emprega seja ordenada de maneira lógica e cronológica²⁷ por um vínculo normativo ou de diversas normas concatenadas entre si. Tal ligação é providenciada pelo *procedimento*, que reúne diversos atos concretos – desde o primeiro ato da “ação” (a *demanda*) até o seu ato final, o provimento²⁸.

A questão é fundamental, o que levou Elio Fazzalari a ressaltar que os *extremos da série sequencial da ação* – a demanda e o provimento final – também compõem o procedimento, porque são elementos essenciais a ele mesmo. O procedimento organiza os atos e as posições jurídicas com a finalidade de atingir o ato final (o provimento), assinalando um compromisso funcional²⁹. Um *groviglio* de ideias começa a ganhar forma.

Ao dizer que alguém *age* é intuitivo que o *agente* se coloque em movimento, pois ele se retirou da situação ou do seu mero *status* para se colocar em pontaria de combatividade³⁰. Em termos empíricos (e psicológicos), questiono se os atos são invisíveis (?), pois as condutas dos sujeitos não aparecem no plano dos *agires*. Vale dizer, não são os *agires* do sujeito que permitem uma observação, mas o que deixa rastros é o resultado final ou mesmo o caminho percorrido para cruzar e que os sujeitos atingem os seus objetivos. Daí a importância do procedimento – um esqueleto sensível dos *agires*, um verdadeiro rastro por intermédio do qual, da demanda até o provimento final, é providenciado um fio condutor.

O que pretendo dizer com essa reportagem da teoria geral do processo?

O objetivo é salientar que o procedimento é o liame que permite visualizar uma “ação”, porquanto a “ação” é um fenômeno evidentemente prático e, assim, invisível. O procedimento é o vínculo que concatena os atos concretos e as posições jurídicas processuais em ordem lógica e

27 PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 230.

28 FAZZALARI, Elio. "Procedimento e processo (teoria generale)". **Enciclopedia del diritto**, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 111 e ss.

29 FAZZALARI, Elio. "Processo. Teoria generale". **Novissimo digesto italiano**, v. XIII, Torinese, 1957, p. 1068.

30 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 103.

cronológica³¹. Logo, o procedimento é um corpo sensível³² dos *agires*. No interior do procedimento (que é a *espinha dorsal* do formalismo processual) é possível assinalar a demanda (o ato originário) e a sua funcionalização até o ato derradeiro, o provimento final.

O manancial teórico que examina analiticamente a “ação” e o procedimento se desdobra ao natural quando a temática é transportada para a Lei da Execução Fiscal.

Com efeito, para atingir o provimento final da execução fiscal, ou melhor, para que seja entregue o dinheiro ao credor-Fazenda Pública, é necessário ser observado o *procedimento previsto em lei*, como uma série concatenada de atos processuais. Mais ainda, para que sejam produzidos os efeitos do processo e do seu provimento na esfera jurídica do devedor-partes executada, é necessário que o liame entre a demanda e o ato final se organize de maneira paritária e simétrica, assim permitindo efetiva ou potencialmente a *discussão* da matéria entre os destinatários ou interessados pelos efeitos jurídicos gerados e sofridos. Do contrário, a execução não seria uma tutela jurisdicional, mas um exemplo de autotutela.

A questão da tutela jurisdicional e a produção de efeitos jurídicos na esfera jurídica do devedor implica uma ruptura da clássica natureza jurídica do processo enquanto uma relação jurídica. Na verdade, o fenômeno procedimento é logicamente incompatível com a estrutura da “relação jurídica”. Para ser um procedimento da espécie processo, a distância da relação jurídica se aprofunda, tendo em vista que o processo possui uma inerente carga funcional-estrutural e não estrutural-funcionalizada.

Por isso é que atualmente ganha vigor a corrente que entende o processo civil com a natureza jurídica de um procedimento em contradi-

31 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define o procedimento “como estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”. Ver **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi.

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

tório³³, no qual se organiza um esquema dialético que permite a participação e a discussão das questões pelos sujeitos processuais. O “processo é uma subespécie do gênero procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético, necessariamente com observância do contraditório. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma posição particular e desenvolve um papel específico. A essa estrutura subjetivamente complexa corresponde um desenvolvimento dialético. O tecido conectivo do necessário equilíbrio dinâmico entre as partes (igualdade de chances; paridade de armas) é estabelecido pelo contraditório”³⁴⁻³⁵. Seja qual for a modalidade da atividade jurisdicional – de *conhecimento*, *cautelar* ou de *execução* –, o processo é um esquema procedimental em contraditório.

Particularmente, entendo que a execução fiscal consiste em um procedimento em contraditório.

Daí ocorre que, desde o ato inicial (desde a demanda), com o ajuizamento da petição inicial protocolada pela Fazenda Pública, desenvolve-se uma sequencia preordenada de atos – advém a citação e os demais atos processuais –, até culminar no provimento final e na entrega do dinheiro. Cada ato da série supõe um ato subsequente; do contrário, um ato processual ficaria pendente, um órfão no esquema do procedimento.

Compreender o processo como um procedimento em contraditório fundamenta as recentes reformas do CPC no tocante à execução do título extrajudicial, pois elas privilegiaram o princípio da efetividade em pontual detrimento do princípio da segurança jurídica. Além disso, o próprio art. 40 da Lei 6.830/80 acolhe essa tendência:

"Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja

33 FAZZALARI, Elio. "Procedimento e processo (teoria generale)". *Enciclopedia del diritto*, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

34 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

35 Uma definição de Nicola Picardi, *Manuale, op. cit.*, p. 230/1.

localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)."

É Evidente que o art. 40 da LEF também possui raízes na boa-fé processual (desdobramento do *ne venire contra factum proprium*). No entanto, pensar em boa-fé (mesmo objetiva) subentende dois sujeitos, o que poderia fazer retornar o raciocínio ao item anterior (o processo como relação jurídica).

Além de pressuposta ao tema, a importantíssima temática da boa-fé não exclui indagar sobre a natureza jurídica da execução fiscal e, portanto, identificar no processo da execução um procedimento em contraditório efetivo ou latente. O que isso significa?

Que o procedimento deve caminhar sempre para frente. Natural que também a execução fiscal deva caminhar sempre avante, trata-se de gênero e espécie. Nisso está o fundamento que reformou o art. 40 da LEF.

Por intermédio desse dispositivo, o legislador consagrou a prescrição intercorrente que outrora apenas a jurisprudência reconhecia (provavelmente com base na prescrição intercorrente então prevista no Código Penal). Um mesmo fundamento epistêmico que também norteia as recentes reformas do Código de Processo Civil sobre a execução do título extrajudicial.

A matéria possui total identificação com as crises de instâncias da execução fiscal, pois o legislador reformista – a mentalidade que informa as reformas tanto do CPC quanto da LEF – se orienta no sentido de organizar a execução fiscal como um procedimento em contraditório, um

tráfego que sempre deve andar para a frente, não importa se o credor não demonstra interesse em o impulsionar.

Em sentido contrário à reforma, a alma da LEF pertence ao clássico processualismo da década de 1980, quando a execução fiscal era uma relação jurídica de direito público para o jurista brasileiro. Uma cisão do arquétipo que desperta desencontros pela doutrina e pela jurisprudência sem, contudo, elas examinarem “de onde vem” e “para onde vai” a natureza jurídica da origem da lei e da reforma da lei.

As consequências de observar a natureza jurídica conferida são fantásticas. Ora, quando ajuizada a execução fiscal e ordenada a citação, porém não efetuada a citação (por diversos problemas, como por exemplo: falta de endereço correto, não localização do devedor, não efetuado o pedido de citação por edital), ou quando o procedimento emperra na hipótese de uma não intimação formal do devedor em semelhantes hipóteses, é possível que o procedimento seja reputado existente e válido, todavia, de *um procedimento efetivamente executório não se trata*.

Não precisa o juiz ordenar um “arquivamento” no sentido formal da palavra, porque, em termos de execução no sentido prático, execução sequer existiu. Os processos de execução se arrastam sem que qualquer ato de constrição seja praticado, apenas com discussões retóricas sobre matérias cognitivas. Isso é falta de boa-fé do devedor? Talvez, em alguns casos. Agora, mesmo que um exemplo de conduta processual não ocorra sempre, é necessário refletir sobre os jogos de cena que a execução fiscal proporciona – verdadeiras trocas de prerrogativas que ilustravam a época na qual ela se originou.

Quando não existe constrição patrimonial, portanto, é possível interpretar que houve um arquivamento tácito, pois execução não existe. Afinal, não houve sequência de atos conforme previsto na Lei de Execução Fiscal no tocante à constrição do patrimônio do devedor, pois não houve uma efetivação da execução. Segundo o princípio da efetividade, não houve execução, mas, quando muito, aconteceu uma mera “garantia” da execução, o que caracteriza uma série ou uma *sequência de atos atípicos em termos de execução*, pois ficaram barrados em uma das diversas crises de instância da execução fiscal, um expediente que considerava a forma do ato individual por sobre o formalismo total do processo.

5. CONCLUSÃO

A doutrina e a jurisprudência possuem divergentes posicionamentos acerca da aplicabilidade, ou não, das reformas da execução do título extrajudicial (Lei 11.382/06) diretamente à execução fiscal. O problema não consiste nessa diversidade de interpretações, mas a grande questão é identificar o porquê de uma corrente permitir o diálogo coordenativo entre as fontes normativas – reforma do CPC e LEF – e a outra corrente defender o isolamento entre as fontes, como se o sistema atualmente inserido no CPC não fosse muito mais atual e adiantado aquele previsto na Lei de Execuções Fiscais.

A celeuma sobre o diálogo das fontes vivencia uma espécie de arquétipo cindido: a execução fiscal fora promulgado em um ambiente científico no qual predominava o tecnicismo/processualismo, que dominava a metodologia do processo civil desde o século XIX, daí se consagrando legislativamente, na LEF de 1980, a compreensão do processo como uma relação jurídica de direito público; de outro lado, as reformas contemporâneas do processo civil, tanto as reformas do CPC como as reformas da LEF, adotam a noção do processo como um procedimento em contraditório, o que sobremaneira desencadeia desencontros interpretativos, frutos de ponderações lógicas e epistêmicas que rompem, ou não, com os velhos dogmas secularmente cravados no sistema.

Nos séculos XIX e XX, ou melhor, desde o advento iluminista, houve a preponderância do princípio da segurança jurídica sobre os demais fatores da deontologia processual. Em contrapartida, quando se fala em “pós-modernismo” e principalmente com o liminar do século XXI, o princípio da efetividade passou a preponderar sobre a segurança jurídica, tanto em termos de reformas legislativas quanto no que toca ao próprio pragmatismo das decisões jurisdicionais. Uma revolução de racionalidades que não ocorreu por acaso, porém, que sobremaneira merece uma atenção em termos de mentalidade e de metodologia do operador jurídico, pois não adianta muito estudar a variação científica do “modernismo” para o “pós-modernismo” e seus conceitos líquidos se os principais atores das experiências jurídicas atuais permanecerem com a alma arraigada ao século retrasado.

A reforma do CPC e a reforma da LEF enfrentam o mesmo paradoxo: a depender da natureza jurídica adotada para compreender o processo de execução fiscal, a depender da causa jurídica que ilustra o perfil da lógica do observador, será diagnosticado o diálogo sistemático entre as fontes ou o isolamento entre as fontes. Basta assumir o risco que uma reforma proporciona, analisando-se a motivação das propostas, como sintetizo:

	Processo como uma relação jurídica	Processo como um procedimento em contraditório
Reformas do CPC	Não são aplicáveis à LEF, apenas técnicas que afetam a tutela jurisdicional	Aplicáveis ao CPC, em permanente diálogo entre as fontes, afinal, a própria LEF assinalou a tendência e assumir a feição de um procedimento em contraditório, com o advento do seu novo art. 40
Art. 40 da LEF	Uma interpretação formalista, verdadeira exegese, no qual o magistrado não interpreta, mas subsume os termos da lei ao alvedrio da Fazenda Pública, quase retornando a uma assimetria de autotutela institucionalizada	Uma interpretação ponderativa, na qual o magistrado constrói a realidade da suspensão do processo a partir do caso concreto. Primeiro, concluindo que a “execução” está suspensa quando em realidade sequer existe execução propriamente dita, mas apenas fase de chamamento e de cognição e suas crises de instância; em decorrência, a “suspensão do curso da execução” (art. 40, §1º, da LEF) se reporta a essa mesma conclusão – se não houve execução em concreto, porque prevalece o princípio da efetividade sobre a segurança jurídica, a execução está suspensa desde o seu início, passando assim a fluir o prazo da prescrição intercorrente, pois sequer execução no mundo real não existe, em se tratando de um procedimento que deve caminhar para a frente

Quando a novo art. 40 da LEF estabelece que o “o juiz suspenderá o curso da execução”, necessário perguntar o que é uma execução? Se a execução significa uma definição retórica ou se é o caso de uma execução propriamente dita, com avanço contra o patrimônio do devedor.

Por conseguinte, o intérprete diagnostica que o significado de “suspensão o curso da execução” (art. 40, § 1º) também vai depender da operação lógica sobre a cognição, a execução e também o sincretismo.

A corrente dominante, que defende uma depuração dogmática entre a cognição e a execução, separando-as em paradas incomunicáveis, deve manter a coerência e dizer que quando “conheço é porque não executo”. Logo, as crises de instância da execução não são execução propriamente dita. Mais ainda quando adotado o novo paradigma que ilustra as reformas: mesmo que a utilização do processo como procedimento em contraditório subentenda o sincretismo, é claro que o princípio da efetividade coloca a realidade das coisas do mundo sobre as variações nem sempre fidedignas do mundo das definições. Portanto, não basta chamar de “execução” o que não avança sobre o patrimônio do devedor, daí retornando ao que chamei a atenção na introdução. O conceito, o fator do mundo real, a essência das coisas, prepondera por sobre a denominação que se imponha a determinado evento.

Não basta chamar de execução ou de cobrança do crédito tributário. Impende que efetivamente sejam procedidas as restrições patrimoniais que façam valer essa realidade. O termo inicial da prescrição intercorrente, previsto no art. 40 da LEF, sujeita-se a tal lógica.

Uma prescrição intercorrente é um lapso de tempo que corre entre duas coisas. É uma corrente entre dois termos. Entre quais pontos a prescrição intercorrente trafega? O ponto inicial, no qual ainda não existe execução propriamente dita, e o ponto final, que acontece quando do advento do prazo prescricional.

Segundo a mentalidade das reformas – tanto do CPC e da LEF –, que privilegiam o princípio da efetividade, suspender a execução não é um golpe de mágica ou do extremo formalismo do magistrado. A suspensão da execução acontece quando ela mesma não se efetiva no mundo das coisas, quando, desde o nascedouro do processo, não existe a menor perspectiva sobre a restrição de patrimônio do devedor.

Algumas circunstâncias objetivas colaboram para tal identificação, entre as quais:

- * pedido de penhora de imóvel sem a apresentação da matrícula, desde a petição inicial;

- * necessidade de emenda da inicial por diversos motivos, como endereço equivocado ou sem apresentação do endereço, falta de requisito necessário na CDA;

- * falta de endereço ou de um possível acesso ao paradeiro do devedor, sendo dever da Fazenda Pública trocar informações para acelerar suas pesquisas (art. 199 do CTN), e tendo em vista que, no atual mundo multimídia, com redes sociais, Google worth, e demais acessos, o judiciário tenha que acolher a pesquisa de endereços que cabe à Fazenda Pública;

- * pedidos de prorrogação de prazos impróprios que, na verdade, acenam pela suspensão da execução, ou melhor, sequer pelo início da execução propriamente dita, pois se estanca o processo em fase de chamamento e intercorrências cognitivas.

A concretude do processo da execução fiscal apresenta uma série vicissitudes que caracterizam crises de instância. Vale dizer que a situação de “crise” acontece em qualquer modalidade processual; para a presente proposta, o que interessa é, além de identificar as circunstâncias objetivas que caracterizam as crises, refletir sobretudo o sentido da execução fiscal.

A execução fiscal existe para se desdobrar em várias intempéries cognitivas ou ela transcorre para efetivamente avançar contra o patrimônio do devedor?

As consequências da resposta posicionam o observador entre duas concepções acerca da natureza do processo civil. Desde então, torna-se presente a linha de visada que aparelha as recentes reformas do CPC e da LEF.

Assumir os riscos que a reforma da legislação e da própria lógica jurídica proporcionam definem a natureza jurídica do processo de execução fiscal. Mais que isso, também assim se define a sorte da interpretação que um dispositivo – como o art. 40 da LEF – possibilita, bem como o destino do diálogo ou do isolamento entre as fontes da LEF para com o CPC. ❖

REFERÊNCIAS

BENVENUTI, Feliciano. "*Funzione amministrativa, procedimento, processo*". **Rivista Trimestale di Diritto Pubblico**, anno II, 1952.

BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "A Lei n. 11.382/06 e seus reflexos na execução fiscal". In **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 49.

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

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

_____. "*Processo. Teoria generale*". **Novissimo digesto italiano**, v. XIII, Torinese, 1957.

_____. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. "Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal". In **Revista da Ajuris**, n. 127.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e tutela jurisdicional". In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). **A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. "Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466A, 466B e 466C pela Lei nº 11.232/05". In: **As recentes reformas processuais**. Cadernos do Centro de Estudos, v. I, TJRS.

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

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

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

PARREIRA, Alberto; MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. "As alterações da Lei n. 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais". *In Revista Dialética de Direito Tributário* n. 143.

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

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TARELLO, Giovanni. *"Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile"*. **Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile**. Bologna: Il Mulino, 1989.

O Estado Islâmico Sob a Luz da Teoria Geral do Estado

Kleber Couto Pinto

Procurador de Justiça-RJ

Parte I¹

1. INTRODUÇÃO

O Oriente Médio apresenta um quadro extremamente rico de situações que merecem alguma reflexão tendo como fundamento a Teoria Geral do Estado, mesmo que esta reflexão não tenha a profundidade que os complexos temas merecem.

Os *Jihadistas* sunitas constituem um bom exemplo do afirmado. Hoje ocupam parte do território do Iraque e da Síria e pretendem a criação de um novo Estado, o Estado Islâmico. Um califado abrangendo a região em que se encontram e outras tantas áreas territoriais inconfessáveis, pelo menos por enquanto.

São cotidianamente noticiadas crucificações, imolações, execuções em massa e degolas coletivas que nos demonstram que não estamos assistindo a um filme sobre a Idade Média, sobre a invasão dos bárbaros. O que vemos hoje, invasões, pilhagens, estupros, escravidão, não são resultantes de uma ficção. O choque mediático que temos experimentado nos leva a necessidade de compreender melhor esta realidade e a lente da TGE pode em muito nos facilitar. Assim como alguns pressupostos conceituais e registros históricos indispensáveis à clareza do tema. Esta compreensão, inclusive, nos possibilitará uma leitura mais clara dos noticiários jornalísticos que brotam em profusão cotidiana e assustadora.

¹ O autor lembra que as fontes de informação foram livros, periódicos e sites ocidentais.

2. OS CONCEITOS PRELIMINARES

O termo **Estado Islâmico** vem do vocábulo Islã, que é uma religião praticada em grande parte do mundo², perdendo apenas para o cristianismo em número de adeptos. O vocábulo *islã*, por sua vez significa submissão total a Deus. Desta forma, já claro nosso primeiro pressuposto: a religião islâmica tem como fundamento primordial a total submissão aos seus comandos religiosos e seus dogmas.

Na realidade, o islamismo parte dos ensinamentos de Maomé, que seria, segundo esta crença, o único profeta perfeito de Deus (Alá)³. Possui base dogmática mais simples do que outras religiões e tem alguns fundamentos principais: 1)- aceitação, submissão e recitação da fé islâmica; 2)- orar 5 vezes ao dia; 3)- pagar esmola; 4)- observar o jejum no Ramadão; 5)- fazer peregrinação a Meca; A estes se adiciona ainda: 6)- praticar o *jihad*; 7)- exortar o bem; 8)- proibir o mal.

Por outro vértice, como nos lembra Youssef Alvarenga Cherem⁴, doutor em antropologia e arte Islâmica da Unicamp e Unifesp, o termo *jihad* é um conceito jurídico e religioso forjado desde os primórdios do islã e pode - dentre outros tantos conceitos - significar guerra espiritual. O autor faz um interessante paralelo entre o conceito de *jihad* e a própria atividade de Maomé e seus exércitos em suas incursões militares em busca de riquezas materiais. Cita ainda o autor a historiadora Patrícia Crone, para quem *jihad* era “*efetivamente um imperialismo sob o comando de Deus*”.

Modernamente *jihad* pode significar uma dupla face⁵: a)- a eterna luta do adepto do islã para ser coerente com os princípios da fé islâmica, portanto, luta interna; e b)- a luta externa para a propagação e a preservação

2 O Islamismo é considerado a segunda maior religião do mundo, perdendo apenas para o Cristianismo. Possui grande penetração no Oriente Médio, Indonésia, África, China, inclusive no Brasil. Hoje, acredita-se que possua cerca de 1,8 bilhão de adeptos.

3 O Islamismo não exclui o Judaísmo e o Cristianismo como crenças possíveis de serem respeitadas, entretanto, considera que seus profetas não profetizaram os ensinamentos de Alá com a perfeição desejada. Portanto, Maomé teve esta missão e só ele (com seus ensinamentos) pode ser considerado um perfeito representante de Alá.

4 CHEREM, Youssef Alvarenga in *Jihad, Interpretações de um Conceito Polêmico*, acesso no sítio [HTTP:// editora-revistas.mackenzie.br](http://editora-revistas.mackenzie.br).

5 Cfr. CHEREM, Youssef Alvarenga in *Jihad, Interpretações de um Conceito Polêmico*, acesso no sítio [HTTP:// editora-revistas.mackenzie.br](http://editora-revistas.mackenzie.br), p. 157, o termo *jihad* é utilizado no campo individual e coletivo. Individualmente *jihad* é a luta que cada um trava consigo mesmo para dominar a sua alma, caminhar em perfeita harmonia interna e externa em relação aos princípios da fé islâmica. Esta é a *jihad* Maior. Já no campo coletivo *jihad* é a luta que todo mulçumano deve travar para levar a todos os ensinamentos de Maomé aos quatro cantos do mundo. O *Jihad* da alma é complementado pelo *Jihad* da espada. Para Mario G. Losano o termo pode comportar três sentidos, ver LOSANO, G. Mario, in *Os grandes Sistemas Jurídicos*, Editora Martins Fontes, 2007, p. 426.

dos ideais islâmicos onde a violência pode ser permitida dependendo dos valores em jogo. “*Ou o guerreiro morre e recebe uma recompensa no paraíso ou vence e ganha o botim*”⁶. Como um dos fundamentos da religião, islã é justamente a propagação dos ensinamentos de Maomé, leia-se da fé islâmica, aqueles que se dedicam a esta propagação são considerados *jihadistas*.

Oportuno que se esclareça que, embora a mídia tem utilizado o termo para designar os terroristas do Oriente Médio, os *jihadistas* constituem grupos diversos com maior -ou menor- radicalidade, com fixação em diversos territórios e com maior -ou menor- prática de violência e crueldade.

Por outro lado, como se sabe, o termo **mulçumano** serve para qualificar todo homem crente e praticante do islamismo. **Mulçumano fundamentalista** é o crente e praticante do islamismo que se apega aos fundamentos primeiros do Islã. Encontra-se neste particular uma sensível tendência à radicalidade. Não permite uma interpretação mais amena ou flexível dos ideais revelados por Maomé. Para estes - os mulçumanos fundamentalistas radicais - a prática do *jihadismo* não possui qualquer limite a não ser a obrigação de propagar e garantir os princípios islâmicos.

Por sua vez, o termo **califado** serve para designar uma forma de governo, semelhante a uma monarquia. Como Maomé morreu sem determinar o processo de sua substituição, convencionou-se que o critério de escolha do próximo califa seria o parentesco com Maomé, sem contudo, se estabelecer o tipo de parentesco e o seu grau. O califa deveria dirigir a estrutura do Estado e ser responsável até a morte pela aplicação da lei (Sharia), ou até ter capacidade para tanto. Sua substituição obedeceria o mesmo critério, ou seja, seria escolhido o novo califa dentre os parentes de Maomé.

Sharia, como nos lembra Mario G. Losano⁷, catedrático da Universidade de Milão, “é o conjunto de normas religiosas, jurídicas e sociais diretamente *baseadas na doutrina corânica*.” O Direito islâmico, para o autor, possui cinco fontes, a saber: a)- o Corão; b)- A tradição sagrada (suna ou sunna)⁸; c)- ijma (consenso dos teólogos e juristas); d)- a interpretação analógica; e)- fontes não canônicas. Para Jonh Gilissen, a unidade do sistema jurídico é tão somente aparente. Existem quatro grandes regiões em que se aplicam sistemas relativamente diferentes⁹.

6 CHEREM, Youssef Alvarenga in *Jihad, Interpretações de um Conceito Polêmico*, acesso no sítio [HTTP:// editorarevistas.mackenzie.br](http://editorarevistas.mackenzie.br), p. 158.

7 Cfr. LOSANO, Mario G. in *Os grandes Sistemas Jurídicos*, Editora Marins Fontes, São Paulo, p. 402 e segs.

8 O termo é apontado como a origem da linha sunita, vale dizer, aqueles que se apegam às sunas.

9 GILISSEN, Jonh, in *Introdução Histórica ao Direito*, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª. Ed., p. 121 e segs.

3. RÁPIDAS PINCELADAS DO PROCESSO HISTÓRICO

Seria oportuno lembrarmos que o Estado Islâmico já existiu, embora com contornos compatíveis com a fase histórica de sua existência. Aliás, muito mais que um Estado Islâmico, um Império¹⁰.

Como nos lembra Mircea Eliade¹¹, resumidamente, Maomé nasceu em Meca entre 567 e 572. Casou-se com Khadija por volta de 595 tendo dentre outros filhos, Fátima, a mais jovem que mais tarde vem a se casar com Ali. Depois de alguma atividade espiritual passou a ter revelações divinas. Encontrando alguma resistência em Meca acaba mudando-se para Medina (Yathrib) em 622. Nesta oportunidade, afirma o historiador, a estrutura teológica do Islã já estava praticamente finalizada, mas, foi em Medina que Maomé revelou as regras do culto passando a liderá-lo de modo efetivo. Seu comando era total, espiritual e real. Exercia ao mesmo tempo a liderança militar nas incursões que fazia com seu exército em busca de pilhagens e riquezas para a manutenção do Islã.

Nas palavras de Edward McNall Burns¹², com a morte de Maomé em 632, assumiu o poder Abu-Berk -seu sogro- transformado que foi no primeiro califa (sucessor do profeta) daquela estrutura rudimentar e teocrática de Estado e que tinha como fundamento a religião islâmica. A unidade do povo islâmico, ou mulçumano, era considerada real, formando nacionais unidos principalmente pelo vínculo cultural e pelo religioso. Não obstante, duas linhagens merecem destaque: Sunitas e Xiitas. As divergências foram muitas. A iniciar pela primeira sucessão de Maomé. Os xiitas entendiam que o sucessor deveria ser Ali, casado com Fátima, a filha mais jovem de Maomé e não o sogro deste, como na realidade foi escolhido e empossado. Em 656 e nos anos seguintes travou-se entre estes dois seguimentos sociais uma verdadeira guerra pelo califado.

Os Sunitas -continua o historiador- encontravam-se no poder com a família Omíada. Os Xiitas depuseram o califa e elegeram Ali. Este acabou sendo assassinado com a conseqüente retomada do califado pelos Omíadas. Estes decidiram transferir a capital para Damasco. Em 750, novamente os Xiitas tomaram o poder com a família dos Abássidas que, de

10 Cfr. BURNS, Edward Mc Nall in *História da Civilização Ocidental*, Editora Globo, 1968, 2ª. v., p. 297, o Império Islâmico também foi chamado de Império Sarraceno, que era um termo de utilização confusa, mas que, durante muito tempo, servia para designar ou identificar os árabes e todos aqueles que eram adeptos da fé mulçumana.

11 ELIADE, Mircea, in *História das Crenças e das Ideias Religiosas*, Editora Zahar, v. III, de Maomé à Idade das Reformas, p. 70 e segs.

12 BURNS, Edward Mc Nall in *História da Civilização Ocidental*, Editora Globo, 1968, 2ª. v., p. 301.

forma semelhante, mudaram a capital para Bagdá reinando por aproximadamente 3 séculos. Nesta altura já se falava em Império Muçumano, ou mesmo, Império Islâmico, ou ainda Sarraceno. Seu território, como nos ensina o historiador Édouard Perroy¹³, abrangia desde o sul da Espanha, Córdoba até Bulcara, passando pela Síria, Iraque, Irã, Paquistão, Afeganistão e Turquia.

Em 929, rebelando-se contra a administração dos Abássidas, a família Omíada fundou o segundo Estado Islâmico simultâneo. Um califado independente na cidade de Córdoba, na Espanha. Os desgastes da administração dos Abássidas, principalmente, com os conflitos com os nativos do Irã fragilizam a estrutura do poder do califado. Em 1057 cai o império islâmico com a entrega de Bagdá para os Turcos Seldijúcidas. Segundo E. Mc Burns¹⁴, este foi o marco da extinção do Estado Islâmico, embora grande parte do território existente ainda continuasse a ser dominado por muçumanos e por culturas islâmicas¹⁵. Entretanto, inúmeros Estados independentes e soberanos se formaram naquele território, ora pela força da identidade nacional, ora pela força da espada.

4. UM SALTO NA HISTÓRIA. MIL ANOS SE PASSARAM

O tempo foi passando e o islamismo foi crescendo cada vez mais. O abismo entre a classe dominante e os dominados foi cada vez mais se acentuando, na mesma proporção das insatisfações e reclamos sociais e políticos. O *jihad* foi sendo empregado, por vezes de forma amena e com orientação espiritual defensiva, por vezes, como motivo de guerra, cruéis embates, conquistas, pilhagens e sangue. As linhagens e orientações dogmáticas sofreram subdivisões¹⁶. Neste processo histórico, lembra Ali Kamel¹⁷, dois grandes personagens ganham destaque, pois, são considerados fontes inspiradoras do *jihad* violento, ou seja, da tática cruel de guerrilha ou terrorismo internacional e mediático. São eles: Hasan Al Banna e Sayyd Qutb.

13 PERROY, Édouard *in* **História Geral das Civilizações**, Difusão Europeia do Livro, 1964, 3ª. Ed, p. 111.

14 BURNS, Edward Mc Nall *in* **História da Civilização Ocidental**, Editora Globo, 1968, 2ª. v., p. 301 e segs.

15 Há historiadores que identificam o Império Otomano com o Império Islâmico, até mesmo porque, após 1517, o Sultão seria ao mesmo tempo um Califa. Este império somente teria se extinguido após a primeira guerra mundial, em 17 de Novembro de 1922 quando a Turquia é declarada uma república.

16 Estas duas linhagens (Sunitas e Xiitas) foram ao longo do tempo se dividindo. Assim, os Sunitas deram origem aos malaquitas; shafaitas; hanefitas; hambalitas, mais modernamente, Wahhabitais. Os Xiitas se dividiram em duodecimanos; ismailitas e zaditas. Ainda eram encontrados os carijitas.

17 KAMEL, Ali, *in* **Sobre o Islã**. A Afinidade entre Muçumanos Judeus e Cristãos e as Origens do Terrorismo. Editora Nova Fronteira, 2005, 6ª. impres., p. 185 e segs.

O primeiro surge com a chamada Irmandade Mulçumana do Egito em 1928, contando apenas com 22 anos. O segundo, na década de 50 transforma-se em grande ideólogo do *Jihadismo* fundamentalista, ou radical, como prefere o citado autor.

Em 1979 a União Soviética invade o Afeganistão, considerado estratégico pelas duas grandes potências, URSS e USA¹⁸, que muito dependiam do petróleo e de outras riquezas locais¹⁹. A região, que nunca teve uma paz consolidada, tornou-se um grande caldeirão de embates políticos, estratégicos, econômicos e sociais.

No Oriente Médio ainda sobreviviam organizações que decretavam o *jihad*, não só contra a criação do Estado de Israel (1948) como também toda e qualquer força organizada que protegesse de alguma forma esta criação ou mesmo que não aderissem à religião islâmica. A fórmula era simples: “*Mulçumanos irmãos, não mulçumanos inimigos que não permitam a propagação e consolidação dos ideais de Maomé*”. Deste modo algumas organizações ou células –como preferem alguns analistas políticos– agiam sem grandes impactos mediáticos até que Anwar Sadat²⁰ foi assassinado no Egito em 1981. Seu assassinato retumbou nos quatro cantos do mundo. Sua execução foi feita, segundo o historiador Ali Kamel²¹, por integrantes da Al-Jihad, célula originada da irmandade mulçumana, revelando, assim, a seriedade da situação política da região. Aliás, registre-se que a década de 80 foi particularmente agitada no Oriente Médio com a deflagração de incontáveis embates²².

18 Crf. FUSER, Igor, in "O Petróleo e o Envolvimento Militar dos Estados Unidos no Golfo Pérsico". Dissertação de mestrado em Relações Internacionais da Universidade Estadual de São Paulo (UNESP), com acesso no sítio www.Santiagodantassp.localweb.com.br/br/arquivos/defesas/Igor.pdf visitada em 27 de dezembro de 2014. Para o autor mais do que o estratégico petróleo a região fazia parte da Eurásia, vista pelos geopolíticos americanos e ingleses como o ponto de desequilíbrio na busca do domínio do mundo pelas duas potências (USA e URSS).

19 Cfr RIGIER, Fernando, artigo apresentado no Seminário Brasileiro de Estudos Estratégicos Internacionais em 20 de Junho de 2012, encontrado no sítio <http://ufrge.br/sebreei/2012> visitado em 22/12/14. O Oriente Médio é rico em petróleo, à época supervalorizado como fonte de energia moderna. A URSS mantinha uma relação de interdependência desde a década de 60. Com a queda da monarquia, a influência da URSS aumentou com a subvenção financeira de grande monta. E como este alinhamento político se tornou ameaçado nos meados da década de 70, a decisão de invadir o Afeganistão não tardou.

20 Anwar Al Sadat foi presidente do Egito de 1970 a 1981, momento em que foi assassinado pela organização jihad islâmica do Egito pertencente à chamada irmandade mulçumana. Sua vida foi marcada por grandes acontecimentos. Participou efetivamente da derrubada da monarquia Farouk em 1952. Em 1970 sucedeu Nasser assumindo a presidência do Egito. Foi derrotado na guerra do Ion Kippur em 1973. Por acordo pós-guerra com Israel, recuperou o Canal de Suez. Sinalizou a paz e o reconhecimento do Estado de Israel, o que levantou profundos sentimentos de ódio dos mulçumanos. Em 1981 foi morto.

21 KAMEL, Ali, in *Sobre o Islã*. A Afinidade entre Mulçumanos Judeus e Cristãos e as Origens do Terrorismo. Editora Nova Fronteira, 2005, 6ª. impres., p. 207.

22 A Para sufocar alguns movimentos de independência dos Curdos, o Iraque firmou um tratado com o Irã em que cedia 518 Km² de seu território ao Irã. Após controlar os Curdos, buscou a devolução das terras cedidas. O conflito

O incômodo invasor (URSS) fez com que a “diplomacia” americana montasse uma operação para, de forma indireta, participar do conflito através das inúmeras células de combate a presença do invasor no território afegão. A intervenção, segundo os consultores militares americanos, deveria ser indireta até mesmo porque o conflito direto apresentava-se de questionável chance de sucesso, nocivo e de pouca utilidade. Para evitar o conflito direto contra a URSS em campo hostil como o Afeganistão, os Estados Unidos passaram a ajudar inúmeros grupos de *ihadistas*, quer com orientação de combate e estratégia militar, quer com o fornecimento de armas, munições, treinamento e dólares²³. As diversas organizações, mesmo secularmente antagônicas, passaram a interagir em razão das vantagens oferecidas, mas, principalmente, em razão do até então inimigo único: os russos.

Os soviéticos deixaram o território invadido em 1989 e Cabul - a Capital- foi retomada em 92. Não obstante, a normalidade estava longe de ser alcançada. Em 94 assumiu o poder a organização dos Talibãs, *ihadistas* locais e fundamentalistas, ou seja, de formação extremamente radical. Já nesta altura, no contexto do Oriente Médio, duas grandes organizações de *ihadistas* ganhavam destaque. A primeira, denominada Maktab AL-khadamat, foi fundada por Osama Bin Laden e Abdullah Yusuf Azzan, com franco objetivo de combater na guerra causada pela invasão da até então União Soviética no Afeganistão. A segunda, que foi um desenvolvimento da primeira, mais famosa, a Al-Qaeda²⁴ já com uma visão de combate para além do Afeganistão, liderada por Bin Laden. Para esta linha de conduta *ihadista* os inimigos não eram exclusivamente os russos, mas, todo aquele que impedisse de alguma forma a propagação dos ideais de Alá, leia-se, do Islã.

foi inevitável, longo e tenebroso. O embate durou aproximadamente 8 anos e desnudou a importância estratégica do Oriente Médio para o mundo, principalmente em relação a produção de petróleo, principal fonte de energia. Por motivação estratégica Saddam Hussein declarou guerra ao Kuwait em 2 de Agosto de 1990. O Estado vizinho era - e ainda é - grande produtor de petróleo e tinha sido o maior aliado do Iraque na Guerra contra o Irã. Tornou-se seu maior credor. Dois dias de combate foram o bastante para o domínio total das forças iraquianas. Após 7 meses de ocupação, os Estados Unidos deflagraram a conhecida “Guerra do Golfo” com grandes combates definidos como “tempestade no deserto”. O aparato militar eletrônico de última geração definiu a saída do Iraque do solo Kuwaitiano. A guerra - até mesmo pela superioridade militar - foi vista como uma afronta direta não ao Iraque, mas, aos Islã.

23 É exatamente esta a tática que atualmente tem sido utilizada pelos americanos para o combate ao Estado Islâmico, ou seja, dando orientação tática, técnica, armamentos e muitos, muitos dólares.

24 O nome Al-Qaeda era usado para identificar determinado campo de treinamento e acabou sendo adotado para identificar a organização liderada por Bin Laden.

5. O IRAQUE E A INVASÃO AMERICANA

Outro ponto de necessário destaque, mesmo que superficial, neste processo histórico muito rico encontra-se no Iraque. De formação Islâmica, acolhia em seu território 3 nações de muçumanos, os Sunitas, os Xiitas (inimigos seculares) e os Curdos que foram convertidos em muçumanos²⁵. Os Curdos sempre pretenderam uma independência territorial. Os Xiitas conviviam, em tese, pacificamente. Os Sunitas que gozavam de grande prestígio no governo de Saddam Hussein, ocupando cargos do alto escalão o que garantia o bom tratamento oficial. Após uma guerra longa com o Irã -de maioria xiita- o Iraque invadiu o Kuwait trazendo como consequência o envolvimento direto dos Estados Unidos no conflito. Deflagrou-se, em Agosto de 1990, a Guerra do Golfo com total e questionável apoio da ONU. Com a famosa “tempestade no deserto” foi demonstrada para o mundo a total superioridade tecnológica americana. A guerra terminou em 28 de Fevereiro com os muçumanos - principalmente sunitas-humilhados como insetos, por um lado, mas, por outro, unidos cada vez mais contra o pior inimigo que se apresentava: os USA.

Coube a Al-Quaeda dar a resposta. Em 11 de Setembro de 2001 uma série de atentados com aviões comerciais foram perpetrados no solo americano terminando por derrubar as Torres Gêmeas, símbolo do sucesso do capitalismo moderno.

A contraresposta se tornou extremamente cobrada pelo orgulho americano. Na avaliação dos analistas militares americanos, e que com certeza foi estrategicamente equivocada, Saddam Hussein deveria ser o próximo alvo. Um serviço de informação e contrainformação levou ao mundo a frágil notícia da existência e utilização de armas químicas e biológicas de grande espectro pelos iraquianos. Nem mesmo os próprios americanos acreditavam com segurança nesta hipótese. Para “garantir heroicamente a paz na região”, mesmo sem a autorização da ONU, os americanos acabaram por invadir o território do Iraque em 19 de Março de 2003. Repita-se, assim procederam sem aprovação da ONU e contando apenas com o auxílio da Inglaterra, Austrália, Polônia, do Kuwait e de par-

25 Vale uma nota sobre os Curdos. Hoje formados de aproximadamente de 30.000.000 de nacionais, são considerados a maior etnia existente sem um Estado, vale dizer, sem território, governo, soberania. Seu território original abrangia parte da Turquia, do Iraque, do Irã, Síria, Armênia e Azerbaijão. Lutam ainda pela independência territorial e pela criação de Estado próprio. Embora tivessem uma convivência pacífica com os xiitas e os sunitas no Iraque, o estabelecimento territorial do Estado Islâmico tem provocado grandes e cruéis embates entre os Curdos e os Sunitas do EI, com apoio de ataque aéreo dos “aliados”, leia-se USA. Tais fatos vêm ocorrendo principalmente na cidade de Kobane fronteira Síria / Turquia. Fonte: *Globo.com* sítio visitado em 27/12/2014.

cela dos Curdos. A ocupação total se deu em pouco tempo, 1º. de Maio do mesmo ano. Mais uma humilhação dos mulçumanos, principalmente dos Sunitas, aliados do governo de Saddam Hussein, assim uma vez ficou patente para o mundo.

6. A INSURGÊNCIA IRAQUIANA. O DESPERTAR DO NOVO ESTADO ISLÂMICO

As tropas americanas deixaram o Iraque em 18 de Dezembro de 2011. Como era de se esperar, no novo governo iraquiano os sunitas -que até então apoiavam Saddam Hussein e era por ele bem considerados- foram relegados ao segundo plano. Por sua vez, os Xiitas já constituíam a maioria da população, cerca de 60%, assumiram os mais altos postos do Governo²⁶.

Não poderia dar em outro resultado. Pouco tempo do governo de “coalizão”, o conflito Sunitas *versus* Xiitas se restabeleceu com força total em uma guerra sem precedentes. O movimento passou a ser estrategicamente conhecido como a **insurgência** iraquiana²⁷.

Surge, neste ambiente propício, a organização *jihadista* de origem sunita que se denominou “Estado Islâmico Iraquiano e Levante” (EIL). Este vetor do *jihadismo*, procura reviver - com fundamento na história e nos ensinamentos de Alá transmitidos por Maomé - o velho sonho de um império Islâmico, organizado por um califado que um dia poderá, inclusive, dominar o mundo através da fé. Neste sonho, é claro, não há lugar para seus arquivais os Xiitas e seus aliados e de todos aqueles que puderem ser considerados, de uma forma ou de outra, inimigos do Islã. Para tanto, a declaração de *Jihad* contra esses inimigos era oportuna e politicamente correta. Seria, do mesmo modo, uma grande chamada aos adeptos do islamismo do mundo inteiro para juntarem forças nesta “guerra santa” pela criação do novo Estado Islâmico.

²⁶ Fonte: WWW.BBC.co.uk

²⁷ Cfr. ACCIOLY, Hildebrando, G.E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella in **Manual de Direito Internacional Público**, Editora Saraiva, 19ª. Ed., p. 286 e segs. A comunidade internacional pode reconhecer alguns atos precários relativos ao reconhecimento de um novo Estado. Assim é em relação a beligerância e insurgência. A utilização do nome **insurgência** iraquiana, por certo, objetiva os efeitos deste reconhecimento que segundo os autores podem ser resumidos em três, a saber: a) os insurgentes não poderão ser tratados como terroristas, nem a exemplo do que lhes era antigamente atribuído, de piratas, ou bandidos pelos governos que o reconheçam; b) a mãe pátria (ou o governo legal), se os reconhece, deverá tratar como prisioneiros de guerra os que caírem em seu poder; c) nesta mesma hipótese, os atos dos insurretos, não comprometerão, necessariamente, a responsabilidade da mãe pátria ou governo legal.

A guerra, levada a efeito pelo Estado Islâmico, possui algumas características que merecem ganhar relevo: a) possui o respaldo na fé Islâmica. Seguem os ensinamentos de Maomé que, no início do Império, também se utilizou da guerra ou - *jihad* - para propagar e manter os ideais de Alá; b) abandona a visão racional de guerra defensiva e de respeito aos inimigos, para estrategicamente adotar uma linha de extrema violência; c) utiliza um velho sonho de renascer um império que poderia dominar o mundo através da religião, como ocorreu com a Alemanha, de Hitler e a Itália, de Mussolini.

Seus líderes, grandes estrategistas, levaram inicialmente o grupo de insurgentes a combater no conflito interno da Síria²⁸ juntando forças com a Al-Nusra²⁹, e inúmeras outras organizações *jihadistas*, o que facilitou, de certa forma, a conquista de parte do território sírio a ser somado com parte do território Iraquiano já conquistado.

Abu Bakr AL-Baghdadi declarou existente o Estado Islâmico para o mundo, proclamando-o, assim como sua Capital a cidade de Raqqa³⁰, administrada como as demais, com crueldade pelos seus seguidores. Pelo que se tem notícia não são raras as execuções por dia, inclusive crucificações em praça pública, assim como degolas, devidamente filmadas e colocadas nas redes sociais.

7. AS ORIGENS DO JIHAD VIOLENTO

Um rápido pulo na história das religiões vamos concluir que, senão a totalidade, pelo menos a grande maioria possui interseções militares de guerras, conquistas, vilipêndios, crueldades em nome de Deus. Assim foi, por exemplo, com a religião cristã. Das cruzadas³¹ aos terrores da inquisi-

28 A Síria liderada pelo seu presidente Bashar AL-Assad passa por sérios conflitos internos, uma guerra civil abrangente e extremamente cruel. Teve início em Janeiro de 2011 quando os sírios fizeram grandes manifestações populares pela redemocratização do país. A total falta de bom senso e capacidade política de Assad, que tentou massacrar os movimentos com o peso da violência, a insensibilidade política e a falta do diálogo, levou os movimentos populares a uma insurgência armada que foi crescendo em velocidade espantosa. Em Agosto do mesmo ano já estavam constituídos o Exército Livre da Síria e o Conselho Nacional Sírio como expoentes no combate ao presidente Assad. Após, inúmeras organizações *jihadistas* sunnitas - ou não - envolveram-se na dramática guerra civil que está destruindo o Estado Sírio.

29 A Al-Nusra é considerado um seguimento da Al-Qaeda na Síria.

30 Revista Carta Capital, Editora Confiança, ano XX, n. 829, 10 de dezembro de 2014.

31 OUDENBOURG, Zoé, in *As Cruzadas*, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1968, p. 171 e segs, faz dramático relato do "Grande Massacre" de 1099, dos soldados santos à populações mulçumanas e judias: "*Soldados de Cristo, senhores da cidade santa, percorriam as ruas e as ruelas, os jardins, os pátios, arrombando as portas das casas e das mesquitas e matando, matando todo aquele que lhes caía nas mãos, não mais soldados, os primeiros a serem mortos, mas civis, homens, mulheres, crianças e velhos. Os judeus foram aprisionados na sinagoga - tantos quanto a sinagoga podia conter - e esta incendiada...*"

ção³², passando pelo decreto *ad extirpanda*³³ do Papa Inocêncio IV, até o *Index Librorum Prohibitorum*³⁴. O mesmo ocorreu com o islamismo. Não podemos esquecer que, ao lado da liderança religiosa, Maomé também exerceu uma liderança militar de conquistas de riquezas, até mesmo pela sobrevivências do islã, pois que estas invasões eram o meio utilizado para tanto. O *Jihad*, que é justamente esta luta, este esforço para a propagação e manutenção das conquistas do islã, como vimos, é um dos fundamentos da fé mulçumana.

Por outro giro, como nos lembra Ali Kamel³⁵, os passos históricos mais antigos e significativos na marcha até se atingir o *Jihad* violento foram dados por Taymyya um filósofo do século XIII e por Muhammad ibn Abd AL- Wahhab. Este último, sunita ortodoxo, ainda no século XVIII, propôs um retorno às origens do Islã, combatendo tudo que pudesse ser considerado uma inovação. Toda inovação, principalmente relacionada ao comportamento do ocidental, representava o degredo moral para os mulçumanos e, portanto, uma ameaça ao Islã. A música, a dança, o álcool e o fumo deveriam ser imediatamente banidos. As mulheres deveriam voltar a ser consideradas em um segundo plano. Ademais, *“A lealdade deve ser total ao governante que tiver o Alcorão como lei.”*³⁶ Todo homem deveria viver como os *salafis*, que eram exatamente as primeiras gerações de mulçumanos da época de Maomé. Esta forma radical de ver o mundo passou a ser conhecida como Wahhabismo.

Já na década de 20, mais precisamente 1928³⁷, o grande pensador e articulador desta forma violenta de interpretar o *Jihad* no Egito era Hasan Al Banna. Era wahhabista e fundador da chamada Irmandade Mulçumana. Pregava a reunião de todos os mulçumanos em uma só nação, governados por um só califa. Em 34, a Irmandade já contava com filiais em todo o Egito. Em 39 passou a atuar como grupo político. Em 45, aderiu claramente a violência e ao terror como forma de expressão política buscando a queda

32 O Papa Gregório IX cria o Ofício da Santa Inquisição com objetivo de torturar e matar todo aquele que se rebelasse contra os dogmas da igreja católica.

33 Decreto de Inocêncio IV autorizando a tortura como forma de convencimento a conversão ao cristianismo católico.

34 O conhecimento, arte e cultura, eram proibidos por decretos como a lista de obras cuja leitura e conhecimento estariam terminantemente proibidas.

35 KAMEL, Ali, in *Sobre o Islã*. A Afinidade entre Mulçumanos Judeus e Cristãos e as Origens do Terrorismo. Editora Nova Fronteira, 2005, 6ª. impres. p. 179.

36 KAMEL, Ali, in *Sobre o Islã*. A Afinidade entre Mulçumanos Judeus e Cristãos e as Origens do Terrorismo. Editora Nova Fronteira, 2005, 6ª. impres. p. 180 e segs.

37 KAMEL, Ali, in *Sobre o Islã*. A Afinidade entre Mulçumanos Judeus e Cristãos e as Origens do Terrorismo. Editora Nova Fronteira, 2005, 6ª. impres. p. 185 e segs.

da Monarquia Egípcia. Para Al Banna e seus seguidores, que a esta altura já não eram poucos, *jihad* é a guerra que o verdadeiro mulçumano tem que travar, “*Deus é nosso objetivo, o Mensageiro é o nosso exemplo, o Alcorão é a nossa Constituição, o Jihad é o nosso método e o martírio é o nosso desejo.... Para uma nação que aperfeiçoa a indústria da morte e sabe como morrer de forma nobre, Deus dá uma vida de orgulho neste mundo e eterna graça no mundo que está por vir...*”

Al Banna foi assassinado e grande parte dos mulçumanos expulsos do Egito, o que para alguns historiadores, teria sido esta a razão da internacionalização da Irmandade Mulçumana. Segundo ainda Ali Kamel³⁸, praticamente todos os grupos terroristas islâmicos são originados dessa célula mater. É neste contexto que, na década de 60, surge Sayydi Qutb, para quem “... *o destino daqueles que se põem contra a expansão do islã deve ser a morte...*”. A Al-Qaeda é fruto deste processo histórico. A Irmandade Mulçumana da Palestina contava com Abdullah Azzan que teria sido o grande mentor de Osama Bin Laden a partir da criação da Maktaba I-Khidamat, a qual teria evoluído para a Al Qaeda.

Com uma forma bem mais violenta de praticar o *jihad* que a Al Qaeda, surge neste cenário o líder do estado Islâmico, Abu Bakr AL-Baghdadi. Para os analistas, a crueldade mediática neste ambiente dúbio é vista por seu líder como expressão de força e poder. Expressão esta que levaria - em tese - à conquista do maior número de adeptos possível³⁹.

Parte II

1. A TEORIA GERAL DO ESTADO COMO FACILITADORA DA COMPREENSÃO DO ESTADO ISLÂMICO

1.1 O Processo de nascimento de um estado

Feito este breve introito, deixando algumas divergências doutrinárias passar ao largo⁴⁰, entendemos oportuna a lembrança no sentido de

38 KAMEL, Ali, *in Sobre o Islã*. A Afinidade entre Mulçumanos Judeus e Cristãos e as Origens do Terrorismo. Editora Nova Fronteira, 2005, 6ª. impres. p. 209 e segs.

39 A estratégia de conquista de novos adeptos mulçumanos do mundo inteiro, inclusive dos Estados Unidos, pode ser sentida no grande volume de americanos, ingleses e possuidores de outras nacionalidades que deixam o seu Estado para perfiar as fileiras do EI a disposição de dar a vida por Alá e ganhar sua recompensa no paraíso. Neste particular ver reportagem no sítio: www.Globosatplay.globo.com visitada em 04/09/14.

40 O tema provoca muitas discussões doutrinárias. Para alguns autores Estado é uma nação (povo) politicamente organizada (governo); para outros, povo território e governo; para outros tantos povo, território e poder; outros, no entanto, adicionam a finalidade. Vale dizer, as divergências doutrinárias variam desde a caracterização de um ele-

que - pelo menos em tese - para a TGE um Estado nasce quando reúne todos os seus elementos essenciais, ou seja: a) um povo homogêneo; b) um território delimitado; c) um governo próprio; d) a soberania; e e) a sua finalidade. Em contrapartida, morre quando perde um ou mais dos seus elementos essenciais⁴¹ de forma definitiva, ou pelo menos reconhecida-mente definitiva.

Por outro prisma, não deve ser esquecido que o Estado nasce principalmente para o ambiente internacional em que interage com os demais. Só reunir os elementos essenciais para a sua existência não é o bastante. É necessário que ele seja internacionalmente reconhecido por boa parte da comunidade internacional⁴². Não se fala aqui de um reconhecimento de um novo governo em um Estado já existente e que sofreu um processo de revolução. Falamos de um reconhecimento de um novo Estado. Mesmo quando se trata de reconhecimento de governo, o âmbito internacional ganha importância fundamental. Na região, por exemplo, devemos lembrar que o Talibã assumiu o governo do Afeganistão, mas, não obteve o apoio internacional esperado. Somente três Estados o reconheceram, a saber: Paquistão, Emirados Árabes e Arábia Saudita⁴³. Da mesma forma, um Estado pode perder um de seus elementos e mesmo assim continuar a ser reconhecido pelos seus pares, portanto, subsistir em relação a perda de um de seus elementos⁴⁴.

Há que ser lembrado, da mesma forma, que o nascimento de um novo Estado deve vir acompanhado de fundamento teórico e filosófico. É justamente este fundamento que irá facilitar - ou não - o reconhecimento do novo Estado por parte da comunidade internacional. Dentre as correntes que procuram justificar o nascimento de um novo Estado, e que dizem

mento essencial à vida do Estado até a possibilidade de perda temporária de um destes elementos com - em sem - a caracterização de sua extinção, passando pelo reconhecimento externo e suas teorias que o justificam, assim como, o reconhecimento de estados de beligerância e insurgência.

41 Cfr. PINTO, Kleber Couto, *in Teoria Geral do Estado*. Fundamento do Direito Constitucional Positivo, Editora Atlas, Ed 2013, p. 97 e segs.

42 Cfr. PINTO, Kleber Couto *in Teoria Geral do Estado*. Fundamento do Direito Constitucional Positivo, Editora Atlas, Ed 2013, p. 98, onde o autor lembra que dentro da realidade jurídica o Estado possui dois âmbitos. No âmbito interno deve haver o reconhecimento do governo pelo povo de forma legítima - ou não - e no plano externo, o reconhecimento da existência do Estado pelos demais membros da comunidade internacional.

43 Cfr. Reportagem no site www.globo.com, de 18/07/2009, visitado em 21/12/2014.

44 No que versa sobre a invasão do Iraque pelos USA e coligados, o Iraque perdeu seu território e sua soberania interna e a externa, portanto, em tese, não poderia ser mais considerado um Estado. Entretanto, a comunidade internacional entendeu que a questão seria de mera intervenção militar e que não desnaturaria o Iraque como Estado, durasse qualquer tempo. Os mais radicais passaram a entender pela morte do Iraque e seu renascimento pela concessão de soberania por parte dos USA e aliados. O mesmo se deu em relação ao Afeganistão pelas tropas soviéticas.

respeito ao Estado Islâmico, podem ser destacadas duas: a) teoria das nacionalidades; e b) teoria do livre arbítrio dos povos ou autodeterminação dos povos⁴⁵. Para primeira, desde que configurada uma nação, vale dizer, um povo homogêneo, com identidade de valores culturais, esta nação, em tese, possui o direito reconhecido internacionalmente de transformar-se em um Estado. Evidentemente que esta transformação depende de outros incontáveis fatores internos e externos. Já para a segunda corrente, os povos (*povo* aí possui conceito semelhante à nação) possuem o direito natural de decidir o que fazer com seu destino, transformar-se em novo Estado ou permanecer em condição diversa.

Ainda neste contexto da Teoria Geral do Estado como facilitadora para a compreensão do Estado Islâmico, a doutrina vem apontando algumas formas de nascimento do Estado. São basicamente três, a saber: a) forma originária; b) secundária, e: c) derivada. Para a primeira, mais adequada ao EI, o Estado pode nascer de um processo histórico em que haja a caracterização de uma nação e a reunião dos demais elementos. Para a forma secundária, o Estado pode nascer por um processo de união ou mesmo de divisão⁴⁶. Para a forma derivada, um Estado pode nascer por concessão de soberania ou mesmo ato de um governo.

Por fim, outro prisma que pode interessar ao tema e que pertence tanto ao campo da Teoria Geral do Estado como do Direito Internacional Público é o reconhecimento do novo Estado pela comunidade internacional. O reconhecimento isolado de cada Estado se dá de forma expressa, através de declaração própria, ou de forma tácita, quando o Estado já existente e reconhecido firma com o novo alguma relação juridicamente relevante. No que se refere a admissão do novo Estado como membro das Nações Unidas, para Hildebrando Accioly, G.E. do Nascimento Silva e Paulo Borba Casella⁴⁷, a admissão pretendida passa pelo crivo do Conselho de Segurança, necessitando deste cinco votos positivos e só então será a pretensão submetida a plenário da ONU. Os Autores chamam a atenção para o fato de que movimentos revolucionários ou separatistas, como nos parece o exemplo do Estado Islâmico, podem receber um reconhecimento precário de **beligerância** ou ainda de **insurgência**. Neste caso alguns

45 Cfr. PINTO, Kleber Couto, in **Teoria Geral do Estado**. Fundamento do Direito Constitucional Positivo, Editora Atlas, Ed. 2013, p. 99. A estas duas somam-se: Teoria do equilíbrio internacional e Teoria das fronteiras naturais.

46 A doutrina neste aspecto ainda aponta a união pessoal e a união real.

47 ACCIOLY, Hildebrando, G.E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella in **Manual de Direito Internacional Público**, Editora Saraiva, 19ª. Ed., p. 280 e segs.

direitos e deveres surgem não só para o Estado que vem sofrendo com a conduta beligerante, como também para os movimentos reconhecidos, mesmo se os objetivos finais ainda não foram alcançados .

Parte III

1. A PRETENSÃO DO ESTADO ISLÂMICO

No caso do Estado Islâmico, muitos destaques podem ser apontados. Não obstante, dentro da perspectiva da Teoria Geral do Estado, como dito acima, um Estado nasce quando reúne todos os seus elementos constitutivos, ou seja, povo homogêneo no sentido de nação, território delimitado, governo independente, soberania e finalidade⁴⁸.

A questão da **nacionalidade** que diz respeito à **homogeneidade do povo**, ou seja, a existência de vínculos culturais, sanguíneos, religiosos, vale dizer, uma identidade de valores que cria naturalmente um sentimento de nacionalidade voltado à pátria, que chamamos de patriotismo.

A questão da nacionalidade quase sempre ganha importância fundamental neste processo histórico. Ela está sempre presente em embates desta natureza, vale dizer, nascimento e morte de um Estado. Ela explica, por exemplo, a extinção da União Soviética com a consequente queda do muro de Berlim e o surgimento de diversos Estados novos. Ora, neste processo de nascimento e extinção da União Soviética não houve a interação entre as nações aglutinadas por ela. Passaram a preservar a identidade de cada nação com uma convivência superficial e garantida a base da força. Não se formou, portanto, uma nação soviética, um povo soviético. Chegou um momento em que a força não mais segurou o destino de cada Estado que ali estava contido.

Da mesma forma, pode explicar a dificuldade de a União Europeia aprovar uma Constituição única se tornar um Estado Federado como preferem alguns articuladores. As nações europeias ainda preservam valores próprios como a questão linguística, como o sentimento nacional. Por outra ótica, ainda há inegavelmente “feridas” da Segunda Grande Guerra

48 Cfr. PINTO, Kleber Couto, *in Teoria Geral do Estado*. Fundamento do Direito Constitucional Positivo, Editora Atlas, Ed. 2013, p. 22, a doutrina não é homogênea em relação a constituição do Estado por estes cinco elementos. Há autores que apontam como elementos povo, território e governo (Anderson Menezes), ou população, território e poder (Paulo Bonavides), ou ainda, nação, território e vínculo jurídico (G. Del Vecchio), ou por fim, povo, território, poder e finalidade (A. Gropali).

que não foram cicatrizadas. Esta diversidade de valores culturais, linguísticos dos povos europeus ainda é fator que dificulta a União Europeia.

Bem, mas, o que nos importa, por ora, é o seguinte questionamento: o elemento humano que compõe o novo Estado Islâmico possui homogeneidade, fortes laços sanguíneos, culturais e religiosos? Possui o chamado Estado Islâmico uma verdadeira nação?

Bem pelo que foi afirmado acima, o Estado Islâmico é composto de *jihadistas* sunitas que combatem ferozmente outros seguimentos islâmicos e a população de partes territoriais conquistadas pela guerra. Desta forma, quando se fala em Estado Islâmico, de pronto, já aflora esta incompatibilidade. Há identidade em relação aos sunitas, entretanto, não há identidade em relação às pessoas que se encontram no território conquistado. Em primeiro lugar, porque são curdos, cristãos e adeptos de outras crenças que estão sendo convertidos à força da espada ao islamismo ou executados em grande escala, ou mesmo expulsos para outras partes territoriais. Em segundo lugar, mesmo que se todos fossem adeptos do islamismo, haveriam divergências culturais e de crença islâmica que impossibilitaria a caracterização de uma nação, tais as existentes entre sunitas e xiitas e aqueles seguimentos alinhados. Ambos são mulçumanos, mas, são inimigos seculares, desde o tempo de Ali, esposo de Fátima, filha de Maomé. Em terceiro lugar, é oportuno registrar que, mesmo entre os mulçumanos sunitas, há divergências seculares. Os curdos convertidos, por exemplo, são em sua maioria sunitas, mas possuem valores próprios que os identificam como uma nação diversa daquela que se intitula nação islâmica. Hoje sofrem -como os iraquianos xiitas e os sírios- com as invasões do seu território -pelo menos território que acreditam lhe pertencer- pelo Estado Islâmico.

Assim, podemos até concluir que há um povo mais semelhante constituído de sunitas. Deste modo, o mais apropriado seria a criação de um Estado Sunita que possui vínculos que vão além do islamismo.

Neste particular, surge uma colocação interessante. Um dos principais fundamentos para a criação deste novo Estado Islâmico é o resgate da história gloriosa do grandioso império Islâmico. Império que viveu sua apoteose por aproximadamente 400 anos. O fundamento de sua existência foi a crença no islamismo. Na época, idos dos anos 1000, o islamismo era imperialista e necessariamente expansionista, para que fosse possível levar aos quatro cantos do mundo os ensinamentos de Alá. Hoje há

mulçumanos no mundo inteiro. Estes podem até ter uma identificação religiosa entre si, entretanto, possuem culturas totalmente díspares, ocidentalizadas, ou mesmo orientalizadas. Este nos parece um obstáculo intransponível. É como se amanhã os cristãos se reunissem para criar um Estado Cristão, o que, do mesmo modo, nos afigura utópico. Ainda sob este prisma, seria oportuno registrar que o Estado judeu, leia-se Israel, guarda certas singularidades que possibilitaram a sua criação. Para que possamos entender a diferença, devemos lembrar que a caracterização da nação judia vai bem mais além do seu aspecto religioso. Guarda incontáveis vínculos que foram, por razões que escapam os limites da presente reflexão, preservados formando uma verdadeira nacionalidade.

Por outra ótica, a questão do **território delimitado** é ainda mais complexa e delicada. Como sabemos, o território pode até existir, mas, nada tem de delimitado. Está ainda em conformação. Partes do território do Iraque e da Síria foram conquistadas, entretanto, estas conquistas não possuem, ainda, o necessário caráter de definição ou consolidação⁴⁹. Os analistas são unânimes em afirmar que a situação bélica ainda está em aberto. Se por um lado a Síria está enfraquecida pela guerra civil e encontra sérias dificuldades em defender parte de seu território, por outro lado, parte do exército Iraquiano possui a mesma linhagem sunita que se quer combater criando, assim, um conflito interno em cada componente. Adiciona-se, ainda, a questão dos Curdos que entendem ter direitos sobre grande parcela territorial hoje ocupada pelo Iraque e pela Síria. Consideram-se uma nação em busca de um território próprio e da natural transformação em um Estado.

Não podemos esquecer ainda que, por questões estratégicas -ou não- forças americanas e outras internacionais estão prestando solidariedade aos povos conquistados. Ajuda que pode ser um peso decisivo na expulsão dos Sunitas e retomada do território invadido tanto pela Síria quanto pelo Exército Iraquiano. De qualquer forma, o processo nos parece longo e a eventual consolidação da conquista deste território fará alterar os contornos políticos da região.

No que tange ao **governo próprio**, temos que admitir que o esforço dos líderes do movimento nacionalistas dos sunitas tem dado resultados positivos. A intenção, como largamente noticiada, é a criação de um novo

49 A doutrina constrói aqui os conceitos de fronteiras vivas e fronteiras mortas. As primeiras que ainda estão em conformação, em consolidação, em discussão em disputa. As segundas, já consolidadas.

Estado governado por um califado como foi em grande parte o Império Islâmico. Pelo que se tem notícia já há proclamada uma Capital - na cidade de Raqqa - onde, em tese, o califado será fixado. Neste particular não vamos aqui discutir quem teria o direito de liderar esse pretense califado que, diga-se de passagem, é criação dos sunitas, portanto, sobrevivendo não terá lugar para os xiitas ou outros mulçumanos de nacionalidades alinhadas.

De outro giro, em referência à questão de governo interno, pelo que vem sendo noticiado, os líderes comandam a população⁵⁰ com o peso da espada, com degolas mediáticas, execuções, imolações e outras práticas medievais. Mantém um controle rígido de normas do islamismo tradicional, com leitura extremamente radical em relação à crença em si, assim como, no que se refere ao comportamento social das pessoas. O estado de guerra santa (*jihad*) é constante. Execuções em massa de pessoas consideradas inimigas, ou mesmo aquelas que se negam a converter ao islamismo, ou ainda, aqueles de interesse mediático são comuns no dia a dia e servem para manter o controle social nas cidades conquistadas.

No que diz respeito à questão da **soberania**, a complexidade é de igual monta. Considerando os tradicionais conceitos de soberania⁵¹, sabemos que ela possui duas áreas de expressão. A primeira interna, que pode ser sentida nas relações que o Estado mantém com seu povo através de seu governo. A segunda externa, que pode ser sentida nas relações que o Estado mantém com os demais Estados, antes da comunidade internacional.

Quanto à primeira área, inegável o seu exercício. O sistema de comando possui um duplo fundamento: a)- terror e força, com a imposição obrigatória dos princípios e normas do califado, sob pena de tortura e morte com execuções sumárias, tribunais de bairros, etc. b)- religiosidade estrita e radical com a conversão obrigatória de todos aos mandamentos da religião islâmica.

Quanto à segunda área de expressão, ou seja, no âmbito externo, a situação não deixa de ser tão complexa quanto os demais temas já abordados. Se por um prisma o movimento *jihadista* pode contar com o apoio

50 Registre-se, aqui, a diferenciação doutrinária entre povo e população. O primeiro tem caráter qualitativo, ou seja, é a massa de pessoas que possuem entre si vínculos de valores culturais, linguísticos, religiosos, sentimento de pátria etc. População, tem caráter quantitativo. É o somatório de pessoas que vivem em determinado território, independentemente de suas nacionalidades de seus valores sociais, religiosos, linguísticos, etc.

51 O conceito de soberania -identificada como o poder maior de uma nação inserida no contexto de um Estado - vem se modificando cotidianamente. A internacionalização da economia e de outras forças, os efeitos da globalização, e outros fatores, vem colocando em cheque o conceito tradicional de soberania forjado por Jean Bodin na clássica *Les six livres de la République*(1576).

- disfarçado ou não - de alguns Estados, o reconhecimento por parte desses Estados não é tão simples quanto aparenta, até mesmo em razão das naturais pressões mundiais em relação aos Estados tendentes a reconhecerem o Estado Islâmico.

Por outro vértice, a técnica de terror -com execuções em massa e degolas mediáticas- utilizada pelos líderes do Estado Islâmico pode até dar certo como uma propaganda para angariar mais adeptos no mundo inteiro, entretanto, no que se refere ao aspecto das relações com os demais membros da comunidade internacional nos parece uma técnica suicida. A comunidade internacional já sinalizou a total aversão a criação do Estado Islâmico e a forma como esta criação tem sido buscada. Deste modo, prevê-se que o seu reconhecimento - em uma eventual consolidação territorial - terá grandes dificuldades, até mesmo pelas práticas cruéis empregadas. Hoje são considerados movimentos terroristas e não beligerantes ou insurgentes, que possuem um colorido de legitimidade e devem ser respeitados.

Já em relação à **finalidade** do Estado Islâmico, a sua caracterização parece ser um pouco mais simples. Torna-se mais fácil de ser compreendida quando o discurso é justamente a felicidade do povo muçulmano, representada esta na submissão aos dogmas da religião islâmica que devem ser cada vez mais propagados, observados e garantidos pela mão de ferro do Estado. Não se discute aqui se esta felicidade é real ou fictícia, mas é existente em tese.

CONCLUSÕES

I) O Estado nasce quando reúne todos os seus elementos, ou seja, um povo homogêneo, fixado em um território delimitado, com um governo próprio, no exercício de sua soberania e com a finalidade do bem-estar de seu povo.

II) O Estado tem existência em relação à comunidade internacional, portanto, além da reunião de seus elementos essenciais, precisa de um considerável número de reconhecimentos por parte dos demais Estados já existentes para que seja garantida a sua sobrevivência.

III) O povo homogêneo, que pode ser identificado como nação, é aquele que guarda entre seus componentes vínculos culturais, sanguíneos, religiosos formadores de uma relativa unidade de valores e um senti-

mento próprio de nacionalidade em relação ao seu Estado, que chamamos patriotismo.

IV) O Estado Islâmico está sendo constituído com fundamento em um só vínculo social, o religioso turbinado pelo sentimento saudosista de um Império Mulçumano.

V) As populações dos territórios conquistados são cristãos, curdos, judeus de diversas etnias com diversos dialetos que estão - segundo a mídia - sendo obrigadas a conversão à fé islâmica sob pena de morte, portanto, não possuem identidade nacional. Serão diversos povos em uma população.

VI) Apesar de - em tese - passarem seus integrantes a ser mulçumanos, o Estado Islâmico terá obstáculos aparentemente intransponíveis para a obter uma interação desta população.

VII) A situação do território ainda se encontra indefinida. Há ganhos territoriais com novas conquistas, mas, do mesmo modo, há perdas. As fronteiras, portanto, não se encontram delimitadas.

VIII) O governo - em tese um Califado - está imposto, declarado e em exercício, tendo como Capital a cidade de Cappa. A questão da legitimidade - ou não - não perpassa a caracterização deste elemento do Estado. Destarte, bem caracterizado, sob o comando de uma ordem jurídica, o *Sharia*.

IX) No que se refere ao elemento soberania, no âmbito interno está sendo exercida com plenitude através do governo. No que tange à ordem externa, o Estado Islâmico ainda não a possui pela sua própria inexistência.

X) Ainda no âmbito da soberania externa – e existência do Estado Islâmico - o caminho de extrema violência de seus adeptos trará obstáculos de difícil transposição pela comunidade internacional.

XI) Quanto à finalidade, o Estado Islâmico com sua atividade de administrador busca a propagação e consolidação de um Estado Islâmico partindo do pressuposto de que a religião é o caminho da felicidade de seu povo. Portanto, possui o Estado mulçumano claramente este elemento. ❖

Princípio do Defensor Natural e a Razoável Duração do Processo

Leonardo Melo Moreira

Mestrando em Direito e Políticas Públicas-UNICEUB; Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ; Defensor Público do Distrito Federal; Coordenador do Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Distrito Federal; Membro Titular do Conselho Penitenciário do Distrito Federal (COPEN-DF); Professor de Direito Penal e Execução Penal da Escola da Defensoria Pública do Distrito Federal.

RESUMO:

O artigo tem por escopo demonstrar, a partir do arcabouço legislativo em que se encontra a Defensoria Pública, a perfeita compatibilidade entre o Princípio do Defensor Natural e o direito fundamental de duração razoável do processo mesmo diante da precária condição daquele órgão em muitos estados da Federação, diferenciando, ainda, aquele princípio do Juiz Natural.

Palavras-chave: Defensoria Pública; princípio do Defensor Natural; duração razoável do processo.

ABSTRACT:

The article has the purpose to show, from the legislative framework in which the Public Defender is, the perfect compatibility between the Principle of Natural Defender and the fundamental right of reasonable duration of the process, even before the precarious condition of that organ in many states of the Federation, further differentiating one principle of Natural Judge.

Keywords: Public Defender; principle of Natural Defender; reasonable duration of the process.

A Defensoria Pública tem relevante função sócio-assistencial no Estado Democrático de Direito, tendo por missão institucional prestar assistência jurídica integral, gratuita e de qualidade aos necessitados, em defesa da dignidade da pessoa humana, da cidadania plena e da inclusão social, diante dos elevados números da pobreza existentes em nosso país.

Nos termos do artigo 134 da Constituição, “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do *inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.*” Este último dispositivo, por sua vez, estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, verificando-se, portanto, que se trata de um direito fundamental do indivíduo.

Pugna ainda a Defensoria Pública por garantir acesso à justiça para todos que necessitem e, sobretudo, atuando como instrumento de transformação social, através da construção de relações humanas sólidas dentro da sociedade.

Impende salientar também que a própria Constituição, em seu artigo 5º, XXXV dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, visando a combater eventuais injustiças e/ou dificuldades de acesso ao Judiciário, garantiu-se aos hipossuficientes o acesso gratuito, integral e de qualidade.

Nessa ótica, em consonância com os dispositivos constitucionais já aludidos, há a Lei Complementar nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. Nesse diploma normativo, além de outras importantes regras que serão trazidas em breve, prescreve-se o artigo 4º-A, IV:

Artigo 4º-A: São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos:

(...)

IV- o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural.

Nesse viés, como coadunar esse princípio com a celeridade, efetividade e duração razoável do processo?

Segundo levantamento realizado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)¹ há carência de 10.578 profissionais, considerando os cargos a serem ocupados (3.435) e as vagas que precisam ser criadas (7.143). Nesse diapasão, dos 8.489 cargos de defensor público criados no Brasil, apenas 5.054 (59,5%) estão efetivamente ocupados.

Impende salientar ainda que a pesquisa considerou como público-alvo a população com rendimento mensal de até três salários-mínimos, uma vez que este foi o parâmetro utilizado pelo Ministério da Justiça pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) nas edições do Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil², por serem de fácil aferição, com base nos dados no IBGE, muito embora não seja esse o único indicador de vulnerabilidade social e legal e haja algumas Defensorias Públicas que atendam de acordo com outros critérios econômicos e sociais.³

Nesse ponto, aduza-se que aquele estudo comprovou a carência de defensores públicos em 72% das comarcas, demonstrando que a Defensoria Pública somente está presente em 754 das 2.680 circunscrições judiciárias.

Para suprir tal desídia estatal, a Emenda Constitucional nº 80/2014 acresceu ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o artigo 98, o qual dispõe:

1 <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>. Acesso em 18/11/2014.

2 http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf acesso em 18/11/2014.

3 Na Defensoria Pública da União (DPU), por exemplo, a Resolução nº 85 de seu Conselho Superior determina que: Art. 1º Presume-se economicamente necessitada a pessoa natural que integre núcleo familiar, cuja renda mensal bruta não ultrapasse o valor total de 3 (três) salários mínimos.

§ 1º Adotar-se-á a renda mensal bruta de 4 (quatro) salários mínimos, quando a pessoa natural integrar núcleo familiar que conte com 6 (seis) ou mais integrantes.

§ 2º Considera-se núcleo familiar o grupo de pessoas composto pelo requerente, cônjuge ou companheiro, pais e, na ausência de um deles, madrasta ou padrasto, irmãos solteiros, filhos e enteados solteiros e menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 3º Admite-se a existência de núcleos familiares distintos, vivendo sob o mesmo teto, hipótese em que apenas será aferida a renda daquele núcleo integrado pelo requerente.

§ 4º Renda familiar mensal é a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros do núcleo familiar, incluindo-se os valores percebidos a título de alimentos.

§ 5º Deduzem-se da renda familiar mensal:

I - os rendimentos decorrentes de programas oficiais de transferência de renda;

II - os rendimentos decorrentes de benefícios assistenciais e previdenciários mínimos pagos a idoso ou deficiente;

III - os gastos com valores pagos a título de alimentos;

IV - gastos extraordinários com saúde decorrentes de moléstias graves ou crônicas;

V - outros gastos extraordinários e essenciais.

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Tal medida tem por escopo fortalecer a Defensoria Pública no Brasil, de modo a implementar, concretamente, os serviços constitucionais de assistência jurídica integral e gratuita em nosso país. Contudo, para tanto, não basta que haja profissionais em todas as comarcas, e sim que se cumpra o *caput* do dispositivo, ou seja, que haja número proporcional de defensores públicos à efetiva demanda e à respectiva população. Não sendo assim, permanecerá o que já vem ocorrendo em muitos entes federativos, isto é, a instituição, com vistas a externar que presta serviços em todos os locais de seus limites territoriais, lota profissionais em número bastante inferior à demanda e ao número de varas judiciais, uma vez que, infelizmente, consoante demonstrado nos estudos mencionados, a Defensoria Pública não vem conseguindo acompanhar os avanços do Judiciário.

A fim de demonstrar a importância da Defensoria Pública, imprescindível se faz a leitura do excerto abaixo colacionado, proveniente do II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil:

Não há outra Instituição, entidade ou órgão público que esteja preparada ou destinada a lidar com os excluídos. O defensor público é os olhos, ouvidos e voz de milhões de pessoas que vivem na pobreza, muito abaixo da linha de pobreza. Eles não têm a quem recorrer. E a última porta é a da Defensoria Pública.

Não mais podemos nos preocupar só com o Estado Julgador e com o Estado Acusador, em detrimento do Estado Defensor.

E essa obrigação é dos governantes estaduais, a quem compete a iniciativa. Os instrumentos normativos estão à disposição. As Emendas ns. 41 e 45 deram o merecido tratamento constitucional à Defensoria Pública e aos seus membros (...)⁴

Diante do reduzido número de defensores públicos, ao menos no que toca aos hipossuficientes, torna-se tarefa árdua o cumprimento do dispositivo constitucional que exige a duração razoável do processo, ou mesmo os princípios de celeridade e efetividade processuais.

Todavia, o que se entende por duração razoável do processo? O que é razoável para um, pode não ser para outro. A duração de um processo depende de recursos materiais e, principalmente, de recursos humanos. Não basta que se exijam celeridade e efetividade se não há contingente humano e material suficientes para cumpri-los com maestria.

Sem dúvida, ao recomendar um processo de razoável duração no qual prestada a atividade jurisdicional, com meios que possibilitem a celeridade de sua tramitação, com o acréscimo do preceito normativo do art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988 (LGL 1988\3), a Constituição elasteceu a idéia de devido processo legal nela já inserida como garantia fundamental das pessoas, no mesmo art. 5.º, XXXV, XXXVII, LIII, LIV e LV, da CF/1988 (LGL 1988\3) . O devido processo legal, agora, segundo a Constituição, sob interpretação lógico-sistemática, com o acréscimo do art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988 (LGL 1988\3), desponta como um bloco aglutinante e compacto de várias garantias fundamentais ostentadas pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a) de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) do juízo natural; c) do contraditório; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito ao advogado ou ao defensor

4 "II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil". Disponível em http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Diag_DP2006.pdf. Acesso em 18/11/2014.

público (arts. 133 e 134 da CF/1988 (LGL 1988\3)); e) da fundamentação racional das decisões jurisdicionais (art. 93, IX e X, da CF/1988 (LGL 1988\3)); f) de um processo sem dilações indevidas.⁵

Mesmo antes da EC 45/04, Nagib Slaibi Filho já defendia que o processo sem dilação indevida já era objetivo previsto no nosso ordenamento jurídico, ainda que de forma implícita, mas que nem por isso deveria deixar de ser almejado.⁶

No direito comparado, interessante dispositivo também atinente ao tema já era estabelecido na Constituição espanhola de 1978:

Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias...⁷

Nesse ponto, de obviedade ululante é que tal princípio também atinge aos demais sujeitos processuais. Assim, deve estar o defensor público atento à realização dos atos processuais, não podendo dar azo à morosidade.⁸

Uma das incumbências do defensor público é justamente acompanhar os atos processuais e impulsionar o processo. Face a isso, recai sobre si também o dever de obstar a dilação processual indevida.

Ressalte-se que estabelece o novel artigo 134, § 4º da Carta Magna nacional que:

São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se

5 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. "Direito à Jurisdição Eficiente e à Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário". *Revista dos Tribunais Online*. V. 128. Out/2005, p. 164.

6 FILHO, Nagib Slaibi. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/3348/direito-fundamental-a-razoavel-duracao-do-processo>. Acesso em 18/11/2014.

7 CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 76

8 LC 80/94: Art. 64. *Aos Defensores Públicos do Distrito Federal e dos Territórios incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas, cabendo-lhes especialmente:*

(...)

IV- acompanhar e comparecer aos atos processuais e impulsionar os processos;

(...)

também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Aqui, imprescindível se faz trazer à baila a redação do artigo 93, II, “e”, o qual é plenamente aplicável aos defensores públicos.

não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

Ora, tal dispositivo constitucional nada mais é do que uma expressa punição ao magistrado que reter os autos em seu poder além do prazo legal. Regra análoga se aplica ao Ministério Público, por força do artigo 129, § 4º.⁹

Desta forma, verifica-se que tanto o magistrado, como o Ministério Público e a Defensoria Pública estão sujeitos a sanções caso colaborem com a morosidade processual.

Ocorre que, como dito alhures, a Defensoria Pública, órgão responsável pela assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes na forma da lei, até o presente momento, não acompanhou o crescimento dos demais sujeitos processuais frequentes: Judiciário e Ministério Público.

O princípio da razoável duração do processo vem ao encontro do direito do demandante/demandado de ver sua querela resolvida com a eficiência e celeridade necessárias. A Defensoria Pública deve zelar pelos interesses de seu assistido, manejando esforços para que a condição de hipossuficiente não implique na ausência ou má assistência jurídica.

Com tal escopo, não são raras as hipóteses de mutirões ou forças-tarefa realizados pela Defensoria Pública como forma de atender seus assistidos com maior presteza e eficiência, a fim de fazer escoar a demanda represada. Nesses casos, defensores públicos com lotação em outros juízos ou mesmo em outras comarcas são designados, excepcionalmente, para auxiliar aquele cujo mister vem sendo prejudicado pela falta de estrutura, acarretando, portanto, uma afronta aos direitos dos mais vulneráveis que deveriam estar sob o pálio daquela Instituição, mas que, infelizmente, não podem ser abarcados diante da fragilidade e deficiência

⁹ CRFB/88. Artigo 129, § 4º: *Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.*

da Defensoria Pública, mormente, mas nem sempre, em circunscrições menores. Casos há que, mesmo em grandes centros, não há defensores lotados em todos os juízos.

Há uma penosa seletividade dentre os interesses institucionais e sociais a fim de se eleger, face às possibilidades daquele momento, quais pessoas poderão ser assistidas efetivamente de forma integral e gratuita. Nos Juizados Especiais, por exemplo, diante da deficiência da Defensoria Pública exposta nos números acima aludidos, raramente há defensores públicos lotados. Em seara tão importante para a efetiva resposta judicial, diante de sua celeridade e simplicidade, os hipossuficientes econômicos restam à margem de assistência jurídica, valendo-se somente, frente a algum litigante habitual, do zelo que lhe deve prestar o magistrado ao conduzir a audiência e possibilitar-lhe produzir suas provas, agindo, muitas vezes, com uma maior informalidade.

Nesse diapasão, em sendo necessária a realização de mutirões ou forças-tarefa, não há qualquer óbice a que defensores públicos sejam designados para o auxílio daqueles que não têm condições de prestar o mandamento constitucional em sua plenitude, em decorrência da precária situação institucional, não sendo razoável que a população seja alvo das mazelas inerentes ao descaso governamental de décadas.

Nesse sentido, assim é a jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios no tocante ao princípio do Promotor Natural, a qual deve ser estendida ao Defensor Natural, por força de suas similitudes:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO POR HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. OITIVA DE CORRÉU NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA. INVIABILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Por força do que dispõe o art. 5º, LXIII, da Constituição, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que não constitui cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de oitiva de corréu na qualidade de testemunha. Precedentes. 2. À luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos proces-

suais, exige-se, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte, o que não se verifica no caso. 3. Esta Corte já decidiu que a participação de um membro do Ministério Público, para auxiliar o titular da comarca, não é motivo bastante para a nulidade do julgamento, mormente quando não se demonstra de que maneira a designação do promotor assistente teria causado prejuízo para a defesa ou criado situação de desigualdade apta a caracterizar a figura do “acusador de exceção”. Precedentes. 4. Recurso ordinário improvido.¹⁰

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) HABEAS CORPUS COMOSUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) RECURSO DE APELAÇÃO. PEDIDO DE ADIAMENTO PARA REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. INDEFERIMENTO, POIS HAVIA PLURALIDADE DE ADVOGADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. (3) PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. SUBSTITUIÇÃO DO ÓRGÃO DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO DAS REGRAS PREVIAMENTE ESTABELECIDAS PARA A SUBSTITUIÇÃO. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, é inadmissível a sua utilização como sucedâneo recursal.

2. Não corporifica constrangimento ilegal o indeferimento de adiamento de sessão de julgamento de apelação, diante da existência de pluralidade de advogados a patrocinarem os interesses do paciente.

3. Inexiste violação do princípio do promotor natural, quando a substituição ocorre em atenção às normas previamente estabelecidas para tanto, não tendo havido demonstração de que a modificação tivesse ocorrido ao arripio da lei. Considerações acerca de indebitada suspeição do representante do Parquet extravasam os limites da augusta via eleita.

4. Ordem não conhecida.¹¹

¹⁰ STF; RHC 99768/MG. Rel. Min Teori Zavascki; Julgamento: 14/10/2014; Segunda Turma; DJ-e: 30/10/2014.

¹¹ STJ; HC 232749/RS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; Julgamento: 18/06/2014; Sexta Turma; DJ-e: 04/08/2014.

O princípio do Defensor Natural consiste em que o defensor público não poderá ser afastado arbitrariamente dos casos em que deva officiar, de acordo com os critérios legais estabelecidos previamente, de maneira que apenas os membros da Defensoria Pública que tiverem atribuições predeterminadas é que poderão atuar nos casos a que forem submetidos.

Nessa esteira, salienta Sérgio Luiz Junkes:

Analogicamente ao Princípio do Promotor Natural, o Princípio do Defensor Natural veda que o Defensor Público seja afastado dos casos em que, por critérios legais predeterminados, deveria officiar. Tal como o do Promotor Natural, esse Princípio apresenta dupla garantia, uma vez que se dirige tanto aos membros da Defensoria Pública, como para a Sociedade.¹²

Ressalte-se que tal princípio que permeia ambas as instituições, Ministério Público e Defensoria Pública, deve ser visto sob a ótica dos postulados da unidade e da indivisibilidade, ambos consagrados no artigo 134, § 4º da Constituição brasileira, consoante já mencionado alhures, bem como na lei que organiza a Defensoria Pública:

Art. 3º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.¹³

No que concerne à unidade, vale dizer que propugna-se que a Defensoria Pública é um todo orgânico, uma vez que seus membros integram um só órgão. Não obstante a Defensoria Pública federal e cada uma das estaduais tenha sua própria autonomia, assim decidiu recentemente o Tribunal da Cidadania:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PROCESUAL PENAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 29, § 1.º, INCISO III, § 4.º, INCISOS I E VI, E § 5.º, TODOS DA LEI N.º 9.605/1998, C.C. O ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEFENSOR PÚBLICO NATURAL E DA AMPLA DEFESA SUPOSTO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE A DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL E ESTADUAL. CERCEAMENTO

¹² JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 104.

¹³ Lei Complementar nº 80/94.

DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PLEITO DE NULIDADE DOS ATOSPROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.RECURSO DESPROVIDO.

Não se verifica nulidade no oferecimento de defesa prévia por parte da Defensoria Pública estadual perante a Justiça Federal, notadamente porque, como ressaltado pelo Magistrado processante, os próprios Recorrentes buscaram o auxílio de mencionado órgão, e não havia representação da Defensoria Pública da União no Município dos Réus. 2. Ademais, nos termos do art. 3.º da Lei Complementar n.º 80 /94 - que organiza a Defensoria Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios -, são princípios norteadores da atuação da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, de forma que a atuação da Defensoria estadual, no caso, mobilizando-se para promover defesa dos Acusados, em nada feriu os direitos dos Recorrentes, mas conferiu concretude à ampla defesa e ao contraditório, que é um dos propósitos do Órgão de forma geral. 3. A teor do art. 563 , do Código de Processo Penal , que positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief -, tanto o reconhecimento de nulidade absoluta quanto o de nulidade relativa exigem demonstração de concreto prejuízo. 4. Recurso desprovido.¹⁴

No julgado acima colacionado, decidiu-se que, ao agir o defensor público estadual em defesa de acusados em âmbito da Justiça Federal, cuja atribuição seria do defensor público federal, o fez com vistas à promover a ampla defesa e o contraditório, não tendo havido prejuízo àqueles.

Já no que toca ao princípio da indivisibilidade, este é corolário da unidade, sendo certo que, por ser a Defensoria Pública uma totalidade homogênea, não se admitem rupturas e fracionamentos na instituição, de modo que os membros podem se substituir reciprocamente sem que se comprometa a atuação do referido órgão ou possa acarretar nulidade processual. Cada membro representa o órgão todo, porque o interesse que titulariza é coletivo e não de uma individualidade concreta.

14 STJ. RHC 45727/RR. Rel. Min. Laurita Vaz; Julgamento: 10/06/2014; Quinta Turma; DJ-e: 24/06/2014.

Por outro lado, há entre o Princípio do Defensor Natural, este muito semelhante, a despeito de suas particularidades, ao do Promotor Natural, e o Princípio do Juiz Natural muitas diversidades. As diferenças existentes partem logo de sua gênese: quanto ao juiz natural, adota-se a Teoria Fixista, a qual emana do inciso LIII do artigo 5º de nossa Carta Magna.

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Diante de tal postulado infere-se que é incompatível com a unidade e indivisibilidade que regem a Defensoria Pública e seus membros. Enquanto que o Juiz Natural é garantia individual de julgamento independente, a indivisibilidade da Defensoria Pública é postulado de garantia coletiva da defesa dos interesses dos hipossuficientes, que não pode ser fixado em apenas um membro, mas em todo o Órgão.

Importante característica da indivisibilidade se dá por intermédio da substituição dos membros da Defensoria Pública. A substituição se opera nos casos de impedimento decorrente de colisão de interesses de partes beneficiárias da Defensoria Pública; suspeição dos Defensores Públicos, no exercício das funções de curador especial nas comarcas onde não há órgão de atuação específico; na instalação e elevação de entrância de algumas comarcas que implicam o necessário suprimento das lacunas existentes na norma vigente.¹⁵

Em voto de lavra da eminente Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, asseverou-se que

Se dois postulados constitucionais, o do Juiz Natural e o do Princípio da Indivisibilidade, estruturam fundamentalmente dois órgãos, não é razoável, nem jurídica, a aplicação inversa das regras, conferindo à estrutura de um órgão o alicerce normativo do outro. Estender a regra fixista do Juiz Natural, para criar o Promotor Natural é dividir as funções do Ministério Público, em contraposição à indivisibilidade constitucional. É afronta ao princípio da não contradição emanado da lógica formal.¹⁶

¹⁵ GALLIEZ, Paulo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**; Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª edição, 2007, p. 39.

¹⁶ STF. RE 387974/DF; Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: 14/10/2003; Segunda Turma; DJ: 26/03/2004.

Como já demonstrado acima, devemos aplicar a ilação compreendida ao Princípio do Promotor Natural ao que aqui apreciamos, isto é, o do Defensor Natural.

Nesse sentido, afirma Marcelo Navarro Ribeiro Dantas:

Essa reflexão é, a meu sentir, imprescindível à exata compreensão do princípio do promotor natural, porque este, embora formulado a partir do princípio do juiz natural, não se identifica exatamente como um transplante deste, da magistratura para o Parquet, dadas as peculiaridade de cada uma das Instituições em foco. Os que imaginam um princípio do promotor natural exatamente igual, em sua extensão e características, ao princípio do juiz natural, esbarram em paradoxos e impossibilidades, e por isso, talvez, podem findar por rejeitá-lo.¹⁷

Saliente-se que, no que toca ao Promotor Natural, em consonância com a Lei nº 8.625/93, as funções afetas a um órgão somente poderão ser exercidas por outro no caso de concordância do titular ou em razão de designação do Procurador-Geral, por meio de ato excepcional e fundamentado, que deve ser previamente submetido à apreciação do Conselho Superior.¹⁸ Ao tratar deste princípio, salienta Emerson Garcia que

O reconhecimento desse princípio não importa na correlata transposição de “regras fixistas” inerentes ao Poder Judiciário e somente aplicáveis no âmbito de incidência do princípio do juiz natural. Em qualquer Estado de Direito, as atribuições dos agentes públicos rendem obediência ao princípio da legalidade, somente estando autorizados a atuar nas situações definidas em lei.¹⁹

Importa destacar, no que tange às regras ao Juiz Natural inaplicáveis ao Defensor Natural, uma vez que completamente ilógicas neste campo,

¹⁷DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. "O promotor natural e a jurisprudência do STF". **Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, Recife, n. 56, p. 188-263, abr/jun. 2004, p. 204.

¹⁸ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 3ª edição; 2008, p. 234.

¹⁹ Idem, p. 237.

que para Nelson Nery Júnior, a garantia do juiz natural é tridimensional, sendo certo que não poderá haver juízo ou tribunal *ad hoc*; todos têm o direito de se submeter a julgamento, civil ou penal, por juiz competente e preconstituído na forma da lei; e o juiz competente tem de ser imparcial.²⁰

Contudo, os três princípios, Juiz Natural, Promotor Natural e Defensor Natural convergem ao refletirmos sobre a hipótese dos respectivos profissionais externarem opiniões doutrinárias em textos acadêmicos, aulas ou palestras, ou ainda que tenham convicções políticas, ideológicas, religiosas ou filosóficas conhecidas. Nesse ponto, não poderia ensejar algum óbice a que esse profissional atuasse no caso concreto, uma vez que, se assim o fosse, o jurisdicionado poderia “escolher” o profissional que atuaria em sua demanda judicial, ofendendo, portanto, aqueles princípios acima aludidos.²¹ Opiniões abstratas não podem ter o condão de influenciar no caso concreto.

Mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 80/14, que alterando o artigo 134, § 4º da Constituição, determinou a aplicação dos artigos 93 e 96, II à Defensoria Pública, Alessandro Buarque Couto aduzia

(...) Defendo a ideia de que, a extensão das prerrogativas concedidas constitucionalmente aos Magistrados e membros do Ministério Público deva atingir exclusivamente à Defensoria Pública, para dar a esta categoria uma maior estabilidade e força nas suas atividades, pois não podemos descartar a hipótese de que, um Defensor atuante pode vir a contrariar interesses econômicos e, estando ele desprotegido do que podemos chamar por analogia, do Princípio do Defensor Natural, ficará difícil de dar prosseguimento ao seu trabalho em defesa do jurisdicionado.²²

Por fim, resta dizer que o Princípio do Defensor Natural representa uma garantia não só do defensor público, mas principalmente do assistido pelo Órgão que se cercará da prerrogativa de ser defendido por uma Instituição que possui as mesmas garantias da acusação.

Ainda assim, mesmo que se tenha demonstrado a plena compatibilidade entre a duração razoável do processo e o Princípio do Defensor

20 NERY JÚNIOR, Nelson. "Imparcialidade e Juiz Natural. Opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado". **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. V. 6. Out/2011, p. 167

21 Idem, p. 4.

22 COUTO, Alessandro Buarque. "A Defensoria Pública na Justiça do Trabalho". **Revista Justiça do Trabalho** nº 248. 2004, p. 68.

Natural, mormente no atinente a eventuais mutirões, ressalte-se que, em não havendo defensor público lotado na comarca, a jurisprudência pátria entende por correto privilegiar o primeiro em detrimento do Defensor Natural. Nesse sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUDIÊNCIA APRAZADA EM DATA NA QUAL O DEFENSOR PÚBLICO NÃO ESTÁ PRESENTE NA COMARCA. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO DE ASSISTÊNCIA PELO DEFENSOR NATURAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º , INCISO LXXVIII , DA CF), POR SE TRATAR DE RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE. DENEGARAM A ORDEM.²³

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE - AUSÊNCIA DE DEFENSOR NATURAL. AFASTAMENTO.

Embora não se desconheça que os acusados são habitualmente melhor assistidos por defensores que, em instante pretérito à audiência, com eles detiveram contato e com o respectivo processo, não se há olvidar de considerar a realidade do cotidiano forense, sobretudo no que concerne à estrutura da Defensoria Pública, a qual sabidamente impende toda sua capacidade no atendimento dos seus assistidos, mesmo em face da evidente inviabilidade, por vezes, de um único Defensor acompanhar o mesmo denunciado durante todo o trâmite processual. Dessa forma, de modo a arrefecer as mazelas do sistema, a praxe consagrou a hipótese de o julgador nomear outro profissional Advogado para as solenidades, a fim de que ampare o réu no curso da coleta da prova.

(...)²⁴

23 TJRS. HC 70047134986. Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Primeira Câmara Criminal. Julgamento: 23/03/2012).

24 TJRS. ACR 70052433570. Relator (a): Laura Louzada Jaccottet. Sétima Turma Criminal. Julgamento: 25/02/2014.

Verifica-se, portanto, perfeita sintonia entre o Princípio do Defensor Natural e o postulado constitucional da duração razoável do processo. Todavia, por ora, a instituição Defensoria Pública não se encontra plenamente estruturada de modo a atender, com maestria, plena e integralmente, todas as demandas que lhe são cabíveis. Assim, diante desse conflito, prepondera o mandamento constitucional da duração razoável do processo a fim de que os jurisdicionados não sejam prejudicados no tocante à eventual morosidade de seus litígios. Por outro lado, sobejam dúvidas, mesmo sem entrar no mérito da qualidade média de advogados dativos nomeados pelo magistrado, quanto à efetiva ampla defesa, uma vez que, ao menos, os defensores públicos foram aprovados em concurso público de indubitável legitimidade para a seleção de profissionais aptos à garanti-la. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

COUTO, Alessandro Buarque. "A Defensoria Pública na Justiça do Trabalho". **Revista Justiça do Trabalho** nº 248. 2004.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. "O promotor natural e a jurisprudência do STF". **Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, Recife, n. 56, p. 188-263, abr/jun. 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. "Direito à Jurisdição Eficiente e à Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário". **Revista dos Tribunais Online**. V. 128. Out/2005.

FILHO, Nagib Slaibi. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/3348/direito-fundamental-a-razoavel-duracao-do-processo>.

GALLIEZ, Paulo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**; Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2ª edição. 2007.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 3ª edição; 2008.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o princípio da justiça social**. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. "Imparcialidade e Juiz Natural. Opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado". **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. V. 6. Out/2011.

Cláusula de Raio Sob a Perspectiva do Direito Civil-Empresarial

Leonam Machado de Souza

Pós-graduado em Direito pela EMERJ. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado.

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Expositor convidado na EMERJ. Professor associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e do programa de pós-graduação stricto sensu da UERJ.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiram os primeiros *shopping centers*, em decorrência da migração da população das cidades norte-americanas para os subúrbios. No Brasil, o primeiro *shopping center* foi inaugurado em meados da década de 60.

Nos contratos de *shopping center*, o vínculo entre o empreendedor e o lojista se dá através de contrato de locação. Deve-se mencionar que há a possibilidade de organização dos *shopping centers* sob a forma de condomínio ordinário ou horizontal e, ainda, sob a forma de uma sociedade. Hipótese em que o vínculo entre as partes não será firmado por contrato de locação. No entanto, neste trabalho será analisado o *shopping center* constituído pelo empreendedor, como único proprietário do espaço físico, e os lojistas (locatários).

No contrato de locação em *shopping centers*, por expressa previsão legal no artigo 54 da Lei nº 8.245/91, devem prevalecer as condições livremente pactuadas entre as partes. Contudo, o princípio da *pacta sunt servanda* que prevaleceu após a Revolução Francesa, em razão da ascensão da burguesia ao poder, que queria limitar a ingerência do Estado sobre os seus negócios, perdeu espaço no neoliberalismo. Percebeu-se que a liberdade exacerbada produzia desigualdades formais. Dessa forma, em meados do século XIX, o Estado volta a interferir no âmbito das relações privadas.

O Código Civil de 1916 foi fortemente influenciado pelo individualismo. Não obstante, o Código Civil de 2002 se ajustou à nova ordem social. Por conseguinte, as cláusulas dos contratos, inclusive de *shopping centers*, podem ser contestadas judicialmente e administrativamente, elas não são lícitas simplesmente por terem sido previstas com base na liberdade contratual das partes.

A cláusula de raio prevista nos contratos de locação em *shopping centers* impede os lojistas, além de seus sócios ou parceiros, de constituírem uma filial ou uma sociedade empresária, em regra, do mesmo ramo da existente no *shopping center*, a uma distância em torno de 2.000 metros ou no espaço equivalente ao tempo de deslocamento de 15 minutos do empreendimento, independente do meio de transporte utilizado. Esta tem como objetivo impedir que o *shopping center* deixe de se beneficiar com as externalidades de tráfego no empreendimento produzida por cada lojista e, dessa forma, garantir a manutenção do poder de atração do *tenant mix*.

Nesta pesquisa será analisado se esta cláusula presente nos contratos de locação em *shopping centers* no Brasil pode ser considerada ilícita ou abusiva.

O objetivo deste artigo é analisar se a cláusula de raio pode ser considerada ilícita por ferir a boa-fé objetiva e pelo fato de o contrato de locação em *shopping center*, em regra, consistir em um contrato de adesão. Desse modo, será verificado em que consiste o exercício da atividade econômica *shopping center*, bem como a forma de constituição do vínculo entre os lojistas e o empreendedor e algumas das cláusulas que são inerentes a esse contrato, sob pena de descaracterizar a própria atividade *shopping center*, caso sejam excluídas.

Além dessa investigação, a cláusula de raio será estudada desde a origem, como forma de buscar argumentos a sua presença nos contratos atuais.

Esta pesquisa adota o método dedutivo, realizado a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento de doutrina e artigos em periódicos sobre o tema, aliado ao estudo da legislação nacional. Além disso, foi realizada a análise de uma cláusula de raio prevista no contrato de locação em *shopping center* que se teve acesso.

1. ASPECTOS GERAIS DOS SHOPPING CENTERS

Os *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a população passou a se concentrar nos subúrbios das grandes cidades.¹ Inicialmente, consistiam em “[...] *malls* a céu aberto, lojas com espaços exclusivos para circulação de consumidores, oferecendo, ainda, estacionamento circundando as lojas”.² No ano de 1950 surgiu

[...] “o primeiro *shopping center* que realmente apresenta as características básicas do empreendimento como hoje delimitado. Nos Estados Unidos da América, mais precisamente, num subúrbio de Seattle, inicia-se um projeto de grandes dimensões, *mall* aberto, lojas âncoras e satélites, trazendo o aluguel calcado com base no lucro obtido pelo lojista”.³

Posteriormente, os *shopping centers* se espalharam pelos Estados Unidos e a concepção desse tipo de centro de compras influenciou todo o mundo.⁴

No Brasil os *shopping centers*, de modo diverso dos Estados Unidos, surgiram em áreas de alta densidade demográfica, cuja população detinha alto poder aquisitivo. O primeiro *shopping center* brasileiro foi inaugurado em 1966, em São Paulo: *Shopping Iguatemi*.⁵ “Todavia, é na década de 80 que se verifica a expansão da indústria do *shopping center* em larga escala.”⁶

1 MIGUEL, Paula Castello. “Contratos de ‘shopping center’”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXXVI, jul./set., 1997, p. 139.

2 *Ibid.*, p. 139.

3 *Id.*

4 *Id.*

5 *Ibid.*, p. 140.

6 *Id.*

"Tem-se nos anos 90 um novo impulso no setor. Os resultados obtidos pelos empreendimentos lançados na década passada, a estabilidade da moeda, e a grande participação dos fundos de pensão na formação do empreendimento impulsionam esta indústria que não pára de crescer no país."⁷

Atualmente são 495 *shopping centers* no Brasil, de acordo com a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE)⁸, que

[...] "considera shopping center os empreendimentos com Área Bruta Locável (ABL), normalmente, superior a 5 mil m², formados por diversas unidades comerciais, com administração única e centralizada, que pratica aluguel fixo e percentual. Na maioria das vezes, dispõe de lojas âncoras e vagas de estacionamento compatível com a legislação da região onde está instalado."⁹

O *tenant mix* é constituído de acordo com o estudo de viabilidade econômica realizado previamente à construção do *shopping center*. Por ser fundamental para a atração da clientela, o empreendedor visa preservar o *tenant mix* e, nesse sentido, a cláusula de raio é um dos mecanismos do qual ele se vale para manter o *tenant mix* atrativo.

A ABRASCE classifica o mix do empreendimento em cinco modalidades: 1) lojas âncoras; 2) megalojas; 3) lojas satélites; 4) conveniência/serviços; 5) lazer.¹⁰ As lojas âncoras ocupam uma área normalmente superior a 1.000m² e atraem um grande fluxo de pessoas, por exemplo, loja de departamentos, hipermercado, concessionárias, academias, artigos esportivos. As megalojas caracterizam-se pela área ocupada entre 500m² a 999m², em regra são lojas que comercializam uma linha de mercadoria em larga escala. As lojas satélites atuam no vestuário e acessórios em área inferior a 500m², também enquadram-se nessa categoria as lojas que compõem a praça de alimentação, como docerias, lanchonetes, pizzarias e restaurantes.¹¹

7 Id.

8 ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/grandes-numeros>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

9 ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

10 ABRASCE. Disponível em: <http://www.portaldoshopping.com.br/Central/Content/UploadedFiles/Arquivos/PDF/2009_Plano_de_Mix_Abrasce.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

11 Id.

Na categoria conveniência e serviços, enquadram-se como conveniência as lojas de vinhos, *delicatessen*, alimentos especiais, câmbio, farmácias e como serviços “enquadram-se as lojas prestadoras de serviços, sem que haja venda de mercadorias propriamente ditas. Inclui Universidades, Faculdades e/ou qualquer outra instituição de ensino ou cursos (línguas, informática, etc)”.¹² Na categoria lazer entram os cinemas, casas de shows, diversões (parques/videogames), boliche, mesmo que ocupem área superior a 1.000m² e atraíam um grande fluxo de pessoas para o empreendimento.¹³

A localização do *shopping center* também é objeto de estudo minucioso. Ela “[...] está diretamente relacionada com seu público-alvo. Em função dos frequentadores potenciais será este localizado em uma área de grande movimento ou em lugar de fácil acesso, ainda que mais afastado”,¹⁴ fator que vai determinar a abrangência da cláusula de raio.

O vínculo entre o empreendedor e o lojista se dá por meio de contrato de locação. Contudo, não se trata de um mero contrato de locação não residencial, tendo em vista que o empreendimento *shopping center* não consiste em um simples negócio imobiliário.

O contrato de locação em *shopping center* é formado, em regra, por três partes:

a) **o empreendedor ou proprietário ou desenvolvedor (ou locador)**, que é a pessoa física ou jurídica que planeja, organiza, constrói e desenvolve o centro comercial;

b) **o lojista** [ou locatário] [...] que é a pessoa física ou jurídica que explora o espaço comercial. Os lojistas estão congregados na associação de lojistas, representando seus interesses;

c) **a administradora**, que pode dissociar-se do empreendedor e que é a empresa contratada para exercer a administração, total ou parcial, do *shopping center*.¹⁵

12 Id.

13 Id.

14 MIGUEL, *op. cit.*, p. 144.

15 SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários à lei do inquilinato**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 345.

A Lei nº 8.245/1991 trata no artigo 54 do contrato de locação celebrado entre os lojistas e o empreendedor de *shopping center*. O dispositivo prevê que nesses contratos prevalecerão as condições livremente pactuadas entre as partes. No entanto, isso não significa que a vontade das partes é ilimitada. Ao contrário, ela encontra limites na função social do contrato (art. 421, CC) e na vedação ao abuso do direito (art. 187, CC).

Ademais, como se trata de um contrato relacional¹⁶, onde o lojista e o empreendedor se unem com o objetivo de obter lucros e maximizá-los, o sucesso da atividade empresarial de cada um deles está relacionado à atuação do outro. Sendo assim, além da cláusula geral da função social, aplica-se ao contrato de locação em *shopping center* a cláusula geral da boa-fé objetiva. Esta deve ser observada em todos os contratos, como expresso no artigo 422 do Código Civil. No entanto, como o contrato relacional é marcado pela cooperação entre as partes, o princípio da boa-fé objetiva ganha destaque, tendo em vista que o dever de cooperação já decorre da mera aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Os contratos de locação em *shopping centers* tendem a ser duradouros, pois só desta maneira o lojista e o empreendedor conseguem atingir o objetivo da relação contratual: conquistar a clientela para auferir lucros. Por se tratar de um contrato duradouro e relacional

"Avulta, então, a importância adquirida no vínculo pelos deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, matriz dos deveres contratuais de cooperação. [...] Em suma: embora atue o princípio da boa-fé em quaisquer contratos, nas relações duradouras e marcadas pela relacionalidade – que implicam atividade de colaboração em alto grau -, a sua eficácia é mais intensa, já que a colaboração é funcionalizada à consecução da própria finalidade perseguida pelo contrato."¹⁷

Logo, por ser o contrato de locação em *shopping center* um contrato relacional suas cláusulas devem ser interpretadas tendo em vista o interesse comum das partes. Ademais, deve-se ter como foco a colaboração entre elas, impregnada nesse tipo contratual. Essa característica diferen-

¹⁶ O contrato relacional é marcado pela cooperação entre as partes contratantes. No contrato de locação em *shopping center* o empreendedor e o lojista tem o objetivo de obter lucros. Para isso, é preciso atrair a clientela; é justamente na atração da clientela que se vislumbra a cooperação entre as partes.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. "A relação contratual de *shopping center*". *Revista do Advogado*. Ano XXXII, n. 116, jul., 2012, p. 113/114.

cia os contratos de locação em *shopping center* dos contratos de locação não residencial em geral, pois estes não são marcados pela colaboração ativa entre partes. Contudo, o fato de o contrato de locação em *shopping center* ser marcado pela relacionalidade não retira dele a possibilidade da existência de possíveis conflitos entre as partes com o objetivo de prevalecer interesses individuais que, mesmo diante da colaboração entre elas, continuam existindo.¹⁸

Portanto, como a relação entre os lojistas e o empreendedor é de cooperação, os interesses do empreendimento devem estar em harmonia com os interesses dos lojistas considerados coletivamente. Nesse sentido afirma Fábio Konder Comparato: “Entre os interesses globais do *shopping center* e um interesse particular de lojista do centro, pode haver conflito, que deve ser resolvido, normalmente, pela submissão do interesse particular ao interesse comum, como nas organizações associativas ou societárias”.¹⁹

Desse modo, os lojistas, ao celebrarem o contrato de locação com o empreendedor, assumem o compromisso de ingressar na associação dos lojistas, sob pena de rescisão do contrato caso não o façam. O contrato também será rescindido, independentemente de notificação ou interpeção, se o lojista deixar de participar da associação ao longo do cumprimento do contrato. O estatuto da associação dos lojistas integra o contrato de locação em *shopping center* propriamente dito.

Além do estatuto da associação dos lojistas, integram o contrato de locação em *shopping centers* propriamente dito o regimento interno e a escritura declaratória de normas gerais. O regimento interno traz regras regulamentares, de cunho administrativo, para que seja assegurada a ordem no *shopping center*, tais como “[...] carga e descarga de produtos, entrada de funcionários, acesso ao *shopping* fora de horário de funcionamento e outras”.²⁰ A escritura declaratória de normas gerais prevê as regras de organização e funcionamento do empreendimento. Os lojistas se vinculam a elas (regimento interno e normas gerais) ao firmarem o contrato de locação com o empreendedor.

18 MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 112.

19 COMPARATO, Fábio Konder. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. “As cláusulas de não-concorrência nos *shopping centers*” Ano XXXIV, nº 97, jan./mar., 1995, p. 26.

20 MIGUEL, *op. cit.*, p. 163.

Dentre as características inerentes ao contrato de locação em *shopping centers* está a *res sperata*, que consiste no pagamento realizado pelo lojista durante a construção do *shopping center* com o intuito de assegurar o espaço no *shopping center* e viabilizar a construção do empreendimento. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

"O idealizador do **shopping center** promove a viabilidade econômica do empreendimento, os estudos técnicos, projeto, localização e aparelhamento da área, construção, **tenant mix** das lojas – e tudo isto, que lhe exige dispêndios financeiros, oferece aos candidatos. Em contraprestação, obrigam-se estes a pagar-lhe, até que a edificação esteja concluída, uma prestação periódica (normalmente mensal), tendo como causa jurídica e econômica a segurança de uma localização no conjunto e as vantagens que a realização do **shopping center** lhes proporcionará. Economicamente, será inviável a realização se não pulverizar a contribuição entre os interessados."²¹

Outra peculiaridade do contrato de locação em *shopping center* é a fixação do aluguel variável. Esta previsão é legal tendo em vista que o aluguel não precisa ser determinado, basta que seja determinável. Sendo assim, adota-se um valor mínimo para pagamento pelo lojista e um percentual sobre o faturamento bruto. Caso o percentual sobre o faturamento ultrapasse o valor do aluguel mínimo, o valor do aluguel equivalerá a esse percentual, ao contrário, se for abaixo, o locatário pagará o valor do aluguel mínimo estipulado no contrato.

Os contratos também preveem, em regra, o pagamento do aluguel mínimo em dobro no mês de dezembro (13º aluguel), sem prejuízo de se considerar o percentual sobre o faturamento bruto. Essa cláusula existe e justifica-se em razão de o empreendimento *shopping center* não ser um negócio estritamente imobiliário: o *shopping center* consiste em um estabelecimento, o empreendedor exerce atividade própria de empresário e tem como obrigação se esforçar para manter o *tenant mix* do *shopping center* atrativo. Logo, é razoável que no mês de dezembro, indiscutivelmente o mês de maior vendas, o empreendedor aufera um lucro maior.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. "Shopping Centers: organização econômica e disciplina jurídica". *Revista dos Tribunais*. Ano 73, v. 580, 1984, p. 19.

Desarrazoado seria o empreendedor prever um aluguel mínimo ao longo do ano que inviabilizasse a atividade econômica do lojista.

Em razão do parâmetro de fixação de aluguéis deve haver no contrato previsão de fiscalização do caixa do lojista pelo locador. Do contrário não haveria como o locador controlar o pagamento do aluguel sobre o faturamento, que poderia ser facilmente burlado pelo locatário.

Como forma de preservar o *tenant mix* do *shopping center*, o locatário não pode mudar de ramo, bem como não pode ceder o contrato, tendo em vista que o *tenant mix* não se relaciona somente à diversidade de produtos ofertados, mas à qualidade desses produtos e bom atendimento.

Os contratos de locação celebrados entre o empreendedor e os lojistas compõem o estabelecimento *shopping center*. Os lojistas, considerados individualmente e em conjunto, bem como o empreendedor, são responsáveis pela atração da clientela para o *shopping center*. Por conseguinte, é natural que o empreendedor queira impedir que os lojistas que integram o *tenant mix* do *shopping center* de propriedade dele se instalem nas áreas adjacentes. Dessa forma, nas normas gerais complementares haverá, em regra, a previsão da cláusula de raio, que deverá ser observada por todos os lojistas que desejarem ingressar no *shopping center*.

2. ASPECTOS GERAIS DA CLÁUSULA DE RAIOS

A cláusula de raio surgiu anteriormente aos *shopping centers* com a finalidade de proteger o locador. De acordo com Pedro Paulo Salles Cristofaro:

"A origem dessas cláusulas precede à existência da indústria dos *shoppings centers*. As primeiras cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos na época da depressão econômica dos anos 30 do século passado, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento de aluguéis calculados com base na receita bruta dos locatários, seja como forma de atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, seja como meio de reduzir as despesas fixas do comerciante em dificuldades. A fixação de um aluguel variável, limitado a um determinado percentual da receita do locatário, seria uma

forma de reduzir os riscos do locatário, facilitando-lhe a celebração do contrato de locação. [...] [Portanto] As cláusulas de raio foram incluídas em tais contratos de locação como um mecanismo de defesa dos proprietários, para proteger a integridade do aluguel percentual contra a possibilidade de desvio do faturamento pelo locatário para outro estabelecimento similar. Em contrapartida ao risco assumido pelo locador, ao vincular sua própria remuneração ao faturamento percebido pelo locatário, o locatário se obrigaria a concentrar seus maiores esforços no sucesso do estabelecimento locado."²²

Logo, a cláusula de raio equivaleria a uma contrapartida ao risco assumido pelo locador.

"Quando, na década de 1950, os primeiros *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos, as cláusulas de raio logo foram incorporadas a seus contratos de locação e passaram a estar presentes nos respectivos modelos de contratos, tão comuns naquele país. A identificação entre cláusulas de raio e *shopping centers* foi tão intensa que, em algumas publicações, a expressão *shopping center* foi incluída na própria definição de cláusula de raio."²³

No Brasil, as cláusulas de raio também foram incorporadas ao contrato de locação em *shopping center*. João Augusto Basílio afirma que ela abrange a área de até dois quilômetros do *shopping center*.²⁴ Daniel Cerveira define a cláusula de raio como a

[...] "cláusula contratual pela qual o locatário (lojista) obriga-se a não constituir outra atividade idêntica ou congênera à sua (com extensão não só ao locatário como também aos seus sócios, empresas do grupo e até franquia) enquanto vigorar o pacto, cuja abrangência é fixada em extensão que varia de 1.000 metros a 3.000 metros (tendo-se notícia de até 5.000 metros)."²⁵

22 CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. "As cláusulas de raio em *shopping centers* e a proteção à livre concorrência". *Revista de Direito Renovar*. V. 36, set./dez., 2006, p. 49/50.

23 *Ibid.*, p. 50.

24 BASÍLIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 115.

25 CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastro; SOUZA, Marcelo Dornellas. *Shopping Center: limites na liberdade de contratar*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92.

Em regra a cláusula de raio visa proibir que o locatário se estabeleça fora do *shopping center* dentro de um raio aproximado de 2 (dois) quilômetros do empreendimento ou dentro do período de 15 minutos de deslocamento. Em áreas cuja densidade demográfica é maior, como em grandes cidades que, no geral, sofrem com congestionamentos, o raio de abrangência da cláusula tende a ser menor. No entanto, em áreas em que a população se desloca com maior facilidade, o raio considerado tende a ser maior. Em síntese, a cláusula de raio tende a variar de acordo com o tempo de deslocamento para se chegar até o empreendimento.

No aspecto material, a cláusula de raio, em regra, atinge os sócios ou parceiros do locatário. Nas normas gerais do contrato de um *shopping center* ao qual se teve acesso, a cláusula de raio está assim redigida:

"4.5) - As DECLARANTES reservam-se no direito de rescindir ou rescindir qualquer contrato de locação, se a locatária, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no shopping center, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distância inferior a 2.000m (dois mil metros lineares), de qualquer ponto do prédio do shopping center, distância essa considerada em linha reta, até o eventual e novo estabelecimento do locatário; 4.5.1) – As disposições contidas nesta cláusula estendem-se às empresas ou firmas de que os sócios das sociedades locatárias do shopping center participem ou venham a participar, direta ou indiretamente, como quotistas ou acionistas, na condição de controladores ou majoritários, ou através de franqueados, desde que se tratem de firmas ou franquias que explorem as mesmas atividades por ela[s] exercidas no shopping center;"²⁶

A redação da cláusula não é idêntica em todos os contratos. “Em alguns contratos, a restrição se limita às partes contratantes, em outros se estende a outras sociedades sujeitas a um mesmo controle. Também o

26 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0> > Acesso em: 02 mar. 2014.

raio estipulado pelas partes varia muito, em função do tipo de empreendimento, das partes contratantes, do local do imóvel etc".²⁷

No caso do contrato de locação mencionado *supra*, no que pese haver uma norma padrão prevista nas normas gerais complementares, há a possibilidade de ajustar a cláusula de raio no momento da celebração do contrato. Por exemplo, no contrato celebrado com uma das locatárias, em 02 de dezembro de 2010, a cláusula de raio foi ajustada nos seguintes termos:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – O item 4.5 da Escritura Declaratória de Normas Gerais vigorará, durante todo o prazo contratual, com a seguinte redação: As DECLARANTES reservam-se o direito de rescilir ou rescindir qualquer contrato de locação, se os LOCATÁRIOS, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no Shopping Center, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distância igual ou inferior a 400 (quatrocentos) metros lineares, de qualquer ponto do prédio do *Shopping Center*, distância essa considerada em linha reta até o eventual e novo estabelecimento do locatário, sendo certo, outrossim, que tal disposição não se aplica a outros Shoppings Centers que porventura estejam ou venham a estar dentro desta distância."²⁸

O empreendedor, ao proibir a abertura de novo estabelecimento no raio de 400m somente no comércio de rua, visa manter o potencial que cada lojista possui em atrair clientes para o *shopping center*, além de impedir que o lojista burle o aluguel percentual com a abertura de uma loja próxima, porque o raio de 400m poderia ser facilmente percorrido pelo consumidor a pé. Sendo assim, o lojista poderia manter uma loja com pouco estoque no interior do *shopping center* para se aproveitar das externalidades do empreendimento e, ao mesmo tempo, "obrigar" o cliente a comprar na loja de rua.

27 LOBO & IBEAS ADVOGADOS. "Aspectos jurídicos em *shopping centers*". São Paulo: Abrasce – Associação Brasileira de Shopping Centers, 2011, p. 87.

28 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0> > Acesso em: 02 mar. 2014.

Como a redação da cláusula de raio não é idêntica, devem-se traçar diretrizes para analisá-la e concluir acerca da abusividade ou não da cláusula de raio, bem como se é lícito o fim perseguido pelo empreendedor ao estipulá-la: proteção do estabelecimento *shopping center*.

3. CLÁUSULA DE RAIOS ANALISADA SOB O PRISMA DA LIBERDADE CONTRATUAL ASSEGURADA PELO ARTIGO 54 DA LEI Nº 8.245/91

O liberalismo foi um período marcado pelo individualismo; época em que a burguesia em ascensão quis limitar o controle do Estado sobre os seus negócios. Portanto, o direito priorizava a liberdade no âmbito contratual e a força obrigatória dos contratos. De acordo com André Soares Hentz:

"A concepção tradicional de contrato, baseada na autonomia da vontade, na obrigatoriedade e na relatividade de seus efeitos refletia a realidade sócio-econômica do liberalismo. Procurava-se garantir a igualdade entre as partes contratantes para que elas pudessem estabelecer livremente as cláusulas do pacto, cabendo ao Estado tão-somente a função de estabelecer as regras da liberdade privada, sem que houvesse qualquer interferência nas contratações."²⁹

No entanto "A partir da segunda metade do século XIX verificou-se que o modelo clássico de contrato, ao invés de garantir a livre manifestação da vontade dos contratantes, passou a escravizar a parte social ou economicamente mais fraca".³⁰ A desigualdade formal das partes contratantes levou à necessidade de interferência do Estado na liberdade contratual dos indivíduos. Desta maneira, o Estado passou a interferir no conteúdo e no cumprimento dos contratos com a previsão de normas de ordem pública que devem ser observadas durante todas as fases contratuais. Desse modo, "Pode-se dizer que o dirigismo contratual restringiu a autonomia da vontade dos contratantes, na medida em que foram elaboradas normas de ordem pública que fixaram princípios mínimos norteadores para a sua validade e eficácia".³¹ Como afirma Arnaldo Wald:

29 HENTZ, André Soares. *Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva*. Juarez de Oliveira, 2007, p. 57.

30 HENTZ, *op. cit.*, p. 63.

31 *Ibid.*, p. 64.

"Não desaparecem [...] nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar, mas ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução, bem como de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional (art. 37, caput, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 19/98)."³²

A liberdade contratual é um princípio assegurado pelo ordenamento jurídico. No entanto "Limites para a liberdade de contratar existem e aparecem na medida das necessidades de promover a convivência entre agentes em sociedade".³³ Por isso, as partes ao celebrarem os contratos devem se ater "[...] aos valores essenciais do ordenamento - valores, esses, determinados pelos princípios, pelas normas imperativas ou cogentes, pela ordem pública e também por valores sociais que se ajustam aos anseios da comunidade a cada momento".³⁴ A liberdade contratual, então, não deve ser interpretada de modo absoluto. Ademais, consequentemente, o poder conferido às partes para contratar, autonomia privada, submete-se as mesmas restrições, tendo em vista que a autonomia privada e a liberdade contratual, se não são sinônimos, ao menos se complementam.

A interferência do Estado no âmbito contratual, ao contrário do que possa parecer, não ameaça a existência do contrato, "[...] garante a sua sobrevivência, da mesma forma que a intervenção do Estado garante o sistema de livre mercado".³⁵ O Estado tem a função de "[...] alcançar o equilíbrio nas relações privadas",³⁶ tendo em vista que: "O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso".³⁷

32 WALD, Arnoldo. "O interesse social no direito privado". **Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região**. Nº 77, mai./jun., 2006, p. 136.

33 SZTAJN, Rachel. "Função social do contrato e direito de empresa". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLIV, jul./set., 2005, p. 38.

34 *Ibid.*, p. 38.

35 GONÇALVES, Priscila Brolio. "A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro". 2008. 341 p. Tese (Doutorado em direito), sob orientação do professor doutor Calixto Salomão Filho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p.104.

36 CERVEIRA; SOUZA, *op. cit.*, p. 119.

37 AZEVEDO, Antonio Junqueira. "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual". **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 750, abr., 1998, p. 120.

Como forma de limitar a autonomia privada, o Código Civil recepcionou no artigo 421 a cláusula geral da função social dos contratos e no artigo 422 a cláusula geral da boa-fé objetiva.³⁸ De acordo com Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas: “As cláusulas gerais caracterizam-se como normas de ordem pública aplicáveis a todas as relações, sem distinção e independente de provocação”.³⁹

O artigo 54 da Lei nº 8.245/91, como mencionado, estabeleceu que nos contratos de locação em *shopping center* devem prevalecer as cláusulas livremente estipuladas entre as partes. Deste modo, a cláusula de raio seria justificada pela liberdade contratual assegurada a todos os contratantes de forma geral e, no caso específico do contrato de locação em *shopping center*, reforçada pelo artigo citado. No entanto, apesar de, *a priori*, ser permitida a estipulação da cláusula de raio, ela, para ser considerada lícita, não poderá ferir os valores essenciais do ordenamento. Nesse sentido Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas observam:

"Os contratos de *shopping centers*, e não poderia ser diferente, também devem subsumir-se a esse novo sistema, independente de sua natureza jurídica, visto que, seja qual for seu enquadramento, trata-se, definitivamente, de contratos. A prevalência da liberdade contratual outorgada às relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center* deve também estar condicionada aos limites objetivos e subjetivos impostos pelos princípios e cláusulas gerais, até porque não haveria razão aparente que legitimasse tal alvedrio nessa exclusiva modalidade, a despeito de suas características especiais."⁴⁰

A cláusula de raio, em regra, vem acompanhada de outra que “[...] estende a proibição de estabelecimento da Loja com o mesmo nome, ou apenas mesmo ramo de atividade, aos sócios ou quotistas do locatário, impedindo-os também de explorar a atividade que exercem no Shopping,

38 Neste artigo a análise da liberdade contratual é realizada com base na boa-fé objetiva. Os efeitos da cláusula de raio podem acarretar impactos na ordem econômica, o que atingirá os concorrentes das partes contratantes e os consumidores. Isto se relaciona com o princípio da função social do contrato, que repercute no âmbito do direito da concorrência.

39 CERVEIRA; SOUZA, *op. cit.*, p. 98.

40 *Ibid.*, p. 119.

nas proximidades, num raio de 2.000 m (dois mil metros)".⁴¹ De acordo com Ladislau Karpát, a cláusula de raio em si "[...] não fere os bons costumes, não infringe qualquer lei, e tampouco agride o princípio da boa-fé",⁴² em razão da proteção do *tenant mix* do *shopping center*. O autor afirma:

"Muitas vezes, num futuro até não muito distante, um novo Shopping Center se estabelece nas proximidades, quando não literalmente do outro lado da rua. Prevendo o empreendedor-locador esta possibilidade, é quase que obrigado, na medida do possível e do permitido, defender os interesses do grupo de comerciantes que integram o Shopping; pois estão em jogo não apenas seus negócios, mas de todos que compõem o seu Centro. Observados, então, todos os preceitos legais, a cláusula assim mencionada é válida, não havendo mesmo como negar seu conteúdo. Note-se, ainda, um fato extremamente importante a crescer como argumento, nessas situações. Os casos mencionados de proibição, nem ao menos são de estabelecimentos de caráter de utilidade à população."⁴³

No entanto, no que se refere à cláusula que estende a proibição imposta pela cláusula de raio aos sócios do locatário, Ladislau Karpát pondera:

"Esta espécie de pactuação [...] extrapola [...] os limites do que pode ser acertado numa simples ESCRITURA DECLARATÓRIA, DE NORMAS REGEDORAS. Tal pacto arranha frontalmente o princípio de liberdade preconizado no art. 5º da Carta Magna. [...] O que se conclui é que as proibições relativas aos locatários, examinadas em primeiro plano, obedecem certas regras e são válidas. Já os mesmos princípios não contemplam as redações de cláusulas como as sob enfoque. [...] O pacto que impede a formação de sociedades, ou apenas a participação de locatária em outras empresas, apenas por-

41 KARPAT, Ladislau. **Locação em geral e aluguéis em shopping centers**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 149.

42 *Ibid.*, p. 150.

43 *Id.*

que estas se situam num raio próximo ao Centro Comercial, é nulo. A redação de cláusulas assim referidas não só ferem o disposto no art. 5º da Constituição, mas também contrariam o disposto no §4º do art. 173. [...] o empresário ou comerciante poderá constituir novas empresas, ou associações, pois inexistente restrição que os impeça de fazer."⁴⁴

Portanto, essa cláusula, ao estender a restrição para os sócios dos locatários, para o autor supracitado, afrontaria o princípio de liberdade do exercício da atividade econômica. Desse modo, ela seria ilícita, tendo em vista que a autonomia privada deve observar os preceitos legais.⁴⁵ O autor ainda afirma, para justificar o posicionamento adotado, que “[...] o máximo que se pode admitir de uma Escritura Declaratória, é o direito de um empreendedor proteger o seu empreendimento. A restrição que passa a prejudicar o outro, não pode prevalecer”.⁴⁶

Como visto acima, a liberdade contratual pode, em regra, ser limitada pelo conteúdo do contrato, desde que a restrição não consista em abuso do direito e violação da função social dos contratos. Outrossim, há de se reconhecer que, se o empreendedor não estender a vedação para os sócios ou parceiros da locatária, a cláusula de raio não atenderá o fim para o qual ela foi estipulada. Por conseguinte, no que pese a posição do autor supracitado em considerar a extensão ilícita, através de uma interpretação finalística da cláusula, deve-se concluir que a cláusula que estende a restrição também deve ser considerada lícita, assim como a cláusula de raio.

Suponha-se uma sociedade Y que atue no ramo de comércio varejista de calçados masculinos. Essa sociedade ingressou no *shopping center* Z em decorrência do estudo de viabilidade técnica desenvolvido no raio de abrangência deste *shopping center*, onde se verificou que uma loja de calçados masculinos representava uma demanda do mercado relevante. Na medida em que os sócios da sociedade empresária Y puderem constituir uma nova sociedade que atue no mesmo ramo, para ingressar no *shopping center* W, a ser instalado dentro da área abrangida pela cláusula de raio, as necessidades do mercado relevante consideradas pelo *shopping center* Z serão alteradas. Além disso, o poder de atração de clientela da loja de calçados masculinos do *shopping center* Z diminuirá, pois apesar

44 *Ibid.*, p. 151.

45 *Id.*

46 *Id.*

de não ser a mesma sociedade empresária, ela é constituída pelos mesmos sócios que irão desempenhar a mesma atividade no *shopping center* W e, muito provavelmente, comercializarão as mesmas marcas. Ainda que não sejam exatamente os mesmos sócios, o *know how* de uma sociedade empresária pode ser transferido à outra. Portanto, se não houver a extensão aos sócios do lojista, a cláusula de raio seria ineficaz por si mesma.

Sendo assim, uma vez acolhido o raciocínio de que a cláusula de raio se justifica para a preservação do *tenant mix* do *shopping center*, desenvolvido com base no estudo de viabilidade técnica do empreendedor, a restrição aos sócios do locatário seria decorrência natural da cláusula de raio. Desse modo, essa cláusula também deverá ser considerada lícita.

4. CONTRATO DE ADESÃO E ABUSIVIDADE DA LIBERDADE CONTRATUAL NA PREVISÃO DA CLÁUSULA DE RAIOS

O fato de nos contratos de locação em *shopping center* haver previsão de que os locatários se submetem às normas gerais complementares não pode ser capaz de levar à conclusão de que o contrato de locação em *shopping center* consiste em um contrato de adesão. De acordo com Virginia de Medeiros Claudino Milani:

"As cláusulas contratuais gerais têm sua principal utilização nos contratos de adesão. Os contratos de *shopping center* são constituídos por cláusulas contratuais gerais. Mas essa característica não autoriza dizer que os contratos de *shopping center* são contratos de adesão. Nos contratos de *shopping center*, se houver possibilidade, por parte de algum lojista, de discutir e modificar as cláusulas contratuais gerais preestabelecidas pelo empreendedor, essa circunstância [...] pode significar a possibilidade de existência de contrato negociado. Considerando que somente as modificações substanciais do conteúdo das cláusulas contratuais gerais descaracterizam o contrato de adesão, resta saber o que são modificações substanciais."¹⁴⁷

47 MILANI, Virginia de Medeiros Claudino. "Contrato de *shopping center*." 2005. 210 p. Tese (Doutorado em Direito),

Portanto, caso o locatário, no momento da celebração do contrato, consiga promover alteração de cláusulas substanciais, o contrato de locação em *shopping center* deixaria de consistir em um contrato de adesão e passaria a ser um contrato negociado. Por cláusulas substanciais devem ser entendidas

"as cláusulas imprescindíveis para se entender na sua globalidade e complexidade o sentido da operação. Assim acontece com as cláusulas que determinam: o horário de funcionamento comum das lojas; a qualidade dos produtos e serviços ofertados; a proibição ao direito de preferência na aquisição do imóvel, evitando os percalços inerentes ao direito de propriedade; a não exclusividade no ramo de atuação, dando ao consumidor a possibilidade de escolha; a proibição de cessão, empréstimo ou sublocação de parte da área locada a terceiros, conservando o equilíbrio do *tenant mix*; a unidade estética do empreendimento, com a supervisão de vitrines e de decoração de interiores, para que se forme uma imagem única do shopping. [...] Já as cláusulas de cunho econômico [...] não dizem diretamente com o *modus operandi* de um *shopping* e, por conseguinte, tendemos a não considerá-las como substanciais."⁴⁸

Como, em regra, o locatário não é capaz de modificar as cláusulas operacionais do *shopping center*, pode-se afirmar que o contrato de locação em *shopping center*, na maioria das vezes, será um contrato de adesão. Judith Martins-Costa coaduna com o entendimento de que se trata de um contrato de adesão, tendo em vista que o lojista adere às normas gerais complementares redigidas unilateralmente pelo empreendedor.⁴⁹ No entanto, isso não significa, *a priori*, que devam ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o lojista não pode ser considerado como destinatário final do serviço prestado pelo estabelecimento *shopping center*.

"Entre as características essenciais dos contratos de *shopping center* [...] [destaca-se] a que se prende ao objeto do contra-

sob orientação do professor doutor Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 70.

48 *Ibid.*, p. 71.

49 MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 115.

to. O lojista almeja integrar-se ao complexo empresarial para poder repassar aos seus clientes essa estrutura técnica. O bem jurídico objeto da contratação será repassado aos seus consumidores, esses sim destinatários finais do bem. Essa é a razão porque celebra o contrato, exercer sua atividade em condições mais eficientes e completamente diferentes das que se exercem numa loja de rua. Dessa forma, mesmo antes do advento do Código Civil, já entendíamos que o lojista não era consumidor, porque não era destinatário final econômico do bem contratado."⁵⁰

Sem embargos, em razão da desigualdade das partes (se houve submissão de qualquer das partes há desigualdade entre elas), o Judiciário corrigirá essa desigualdade diante do caso concreto. Nesse sentido Arnaldo Wald afirma:

"As peculiaridades do contrato de adesão ensejam uma desigualdade entre os contratantes, que cabe ao Poder Judiciário corrigir sempre que possível, interpretando o contrato em favor do aderente nas cláusulas ambíguas e impedindo as distorções abusivas oriundas de condições impostas unilateralmente ao aderente. Assim, em vez de admitir a presumida igualdade das partes contratantes, que se pressupõe normalmente nos contratos, é preciso, em relação aos contratos de adesão, atender à situação peculiar do aderente ao qual não foi oferecido o ensejo de discutir as cláusulas contratuais, devendo, pois, o mesmo contar com a proteção especial do legislador e do Poder Judiciário."⁵¹

Caso se trate de um contrato de adesão, o que ocorre na maioria das vezes, se na cláusula de raio estiver expresso que a autorização para abertura de loja no raio delimitado dependerá de autorização do locador, tratar-se-á de uma condição potestativa pura, vedada pelo artigo 115, segunda parte, do Código Civil, pois submete o direito de livre iniciativa do lojista à vontade do locador.⁵² Entretanto, o fato de se tratar ou não de uma

⁵⁰ MILANI, *op. cit.*, p. 140.

⁵¹ WALD, Arnaldo. "Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro". *Revista Forense*. V. 253, ano 72, jan./mar., 1976, p. 101.

⁵² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Revista da EMERJ*. "Contrato de *Shopping Center*." V. 5, nº 18, 2002, p. 224.

condição potestativa pura é de somenos importância, tendo em vista que bastaria retirar da cláusula o trecho que prevê a possibilidade de autorização pelo locador para que deixasse de existir a condição. Desta maneira, o que importa é analisar se a previsão da cláusula de raio em si, em razão dos efeitos que ela produz, consiste em abuso da liberdade contratual.

Outra consequência que resulta do fato de o contrato de locação em *shopping center* ser de adesão é a incidência das “[...] regras dos arts. 423 e 424 do CC. Assim, havendo cláusulas contraditórias ou ambíguas, estas se interpretam do modo mais favorável ao aderente [...] sendo nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada a ‘direito resultante da natureza do negócio’”.⁵³

Por fim, para justificar o fato de o contrato de locação em *shopping center* ser, em regra, um contrato de adesão, deve-se considerar que ele não é um contrato-tipo, tendo em vista que os locatários não participam da redação das cláusulas das normas gerais complementares. Para que o contrato de locação fosse considerado um contrato-tipo, os lojistas, ainda que indiretamente, através de uma associação que os representassem, deveriam participar da elaboração dessas normas.⁵⁴

[...] "três [são] os elementos que caracterizam o contrato-tipo, a saber: 1º) cláusulas pré-redigidas; 2º) negociação prévia; 3º) possibilidade de alteração de qualquer cláusula. Quanto à primeira característica, poderíamos afirmar que ela também está presente no contrato de adesão. Todavia, são a segunda e a terceira características que distinguem o contrato-tipo do contrato de adesão, uma vez que no contrato de adesão não há espaço para a negociação prévia, o que se verifica é a imposição de cláusula pela parte que as redigiu, não sendo conferida à outra parte a possibilidade de rejeitá-las, prevalecendo no contrato de adesão a superioridade da vontade do estipulante e o reduzido âmbito de escolha do aderente. A terceira característica também está presente nos contratos de adesão, mas com reduzido campo de liberdade,

⁵³ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁴ MILANI, *op. cit.*, p. 76.

pois só está autorizado a alteração de cláusulas que não modifiquem substancialmente o conteúdo do contrato, logo não se pode alterar qualquer cláusula, sob pena de descaracterizar o contrato como de adesão."⁵⁵

Afastada a possibilidade de o contrato de locação em *shopping center* ser um contrato-tipo, para tomá-lo em regra como um contrato de adesão, deve-se considerar que somente diante do caso concreto poderá ser verificado se, em vez de se tratar de um contrato de adesão, trata-se de um contrato negociado.

[...] "o critério mais seguro para se determinar se o contrato de *shopping* que se tem em mãos é um contrato de adesão ou um contrato negociado é através da verificação, no contrato individualmente celebrado, da existência de modificações capazes de alterar de forma substancial o conteúdo do contrato."⁵⁶

Considerando que se trata de um contrato de adesão, deve-se verificar se a previsão da cláusula de raio pode ser considerada um abuso da liberdade contratual. Os significados de cláusula ilícita e cláusula abusiva não se confundem. Contudo,

"O Código Civil não fala expressamente em cláusula abusiva, referindo-se, no artigo 122, àquilo que seria o pressuposto de licitude das condições potestativas, e o faz nos seguintes termos: "são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. [...] Por cláusula ilícita entende-se, *a contrario sensu*, aquela que seja contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Já as cláusulas abusivas tanto podem conter disposições ilícitas como estipulações lícitas, condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes que podem vir a ser consideradas abusivas em razão de significativo desequilíbrio provocado entre os direitos e obrigações (desequilíbrio contratual), bem como da excessiva desproporção entre as prestações e contraprestações (desequilíbrio

55 *Ibid.*, p. 62/63.

56 *Ibid.*, p. 80.

econômico, quebra do sinalagma). A noção de cláusula abusiva quer nos parecer, por conseguinte, mais ampla do que a de cláusula ilícita."⁵⁷

A cláusula de raio sob o aspecto civil-empresarial não traz disposição ilícita, porque ela não é contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes, assim como a extensão da cláusula de raio aos sócios da locatária. Contudo, se a cláusula de raio for conjugada com o pagamento do aluguel percentual, que consiste em uma disposição inerente ao contrato de locação em *shopping center*, na hipótese de o contrato de locação ser um contrato de adesão, ela estabelecerá uma desproporcionalidade nas obrigações estabelecidas entre as partes. Nesse sentido, em razão do desequilíbrio contratual, a cláusula de raio será considerada abusiva.

Portanto, a cláusula de raio não é ilícita em si mesma. No entanto, ela se torna abusiva se conjugada com a cláusula do aluguel percentual, que equivale à remuneração pelo serviço prestado pelo empreendedor. Como o aluguel percentual é inerente ao contrato de locação em *shopping center*, inclusive a ABRASCE⁵⁸ faz essa afirmação, a cláusula de raio em contratos de locação em *shopping center* (contrato de adesão) sempre seria abusiva por violar o princípio da boa-fé objetiva, pois estabelece obrigações desproporcionais.

5. DIRETRIZES PARA ANÁLISE DA CLÁUSULA DE RAIOS SOB O ASPECTO CIVIL-EMPRESARIAL

A cláusula de raio deve ser considerada lícita, pois atende ao princípio da liberdade contratual, inclusive assegurado especificamente no art. 54 da Lei nº 8.245/1991. Também não fere preceitos de ordem pública ou viola os bons costumes. Outrossim, o fim perseguido pela cláusula, a manutenção do *tenant mix*, ainda que por um período, já que as áreas adjacentes ao *shopping center* se modificam, é lícito. Outra razão para a licitude é a relação de cooperação entre o empreendedor e o lojista diante dos esforços que o empreendedor deve envidar na manutenção do poder do *shopping center* em atrair a clientela.

57 Ibid., p. 128.

58 ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

Partindo do pressuposto de que o contrato de locação em *shopping center* trata-se de um contrato de adesão, deve-se analisar se a cláusula de raio pode ser considerada abusiva. Observa-se que o empreendedor ao visar a proteção do *tenant mix* tem como escopo assegurar a obtenção do aluguel percentual. Afinal, cada lojista individualmente considerado produz externalidades que beneficiam todos os lojistas e o empreendimento *shopping center* como um todo. Por isso, o lojista, ao se estabelecer na parte externa do *shopping center*, fará concorrência não somente com ele especificamente, mas com o empreendimento como um todo. Portanto, ao visar assegurar desta maneira o aluguel percentual, o empreendedor quer diminuir os riscos inerentes ao exercício da atividade empresarial e assegurar a rentabilidade do empreendimento.

A argumentação de que a cláusula de raio se justifica em razão dos esforços exercidos pelo empreendedor na manutenção do *tenant mix*, em síntese, pelo serviço prestado pelo empreendedor ao lojista, só se justificaria se a remuneração do empreendedor fosse exclusivamente com base no aluguel fixo, pois nesse caso a cláusula de raio seria a contrapartida do lojista pelo serviço prestado pelo empreendedor. No entanto, como o aluguel percentual é inerente ao estabelecimento *shopping center*, sob pena de descaracterizá-lo para simples negócio imobiliário, a cláusula de raio sempre seria abusiva por estabelecer prestações iníquas entre as partes.

As obrigações são iníquas porque o lojista remunera o empreendedor pelo serviço prestado com o aluguel percentual. Uma das obrigações do empreendedor é atrair a clientela e, conseguir atrair ou não a clientela consiste em um dos riscos inerentes a atividade econômica do empreendedor de *shopping center*. À medida que o empreendedor proíbe o lojista de se estabelecer nas áreas adjacentes ao *shopping center*, ele quer simplesmente eliminar os riscos de sua atividade negocial e diminuir os seus esforços na manutenção da atração da clientela, pelo qual o lojista o remunera com o aluguel percentual.

Em síntese, o lojista compra um serviço do empreendedor, por contrato de adesão, por esse serviço ele remunera o empreendedor com o aluguel percentual. Até aqui, o contrato está equilibrado. No entanto, o empreendedor, como forma de diminuir os seus esforços na manutenção do *tenant mix* e atração da clientela, bem como os riscos de sua atividade, impõe a cláusula de raio ao lojista, que limita o exercício da atividade econômica do lojista sem oferecer uma contrapartida para essa limitação, porque a contrapartida que o empreendedor diz que oferece já é remu-

nerada com o aluguel percentual. Por isso, a cláusula de raio culmina no desequilíbrio econômico contratual.

Ademais, o fato de o lojista integrar o *tenant mix* do empreendimento, que lhe trará maior rentabilidade, em geral, se comparado ao comércio de rua, é justamente o serviço inerente que o lojista contrata do empreendedor. Logo, o benefício auferido pelo lojista é compensado com o pagamento do aluguel percentual.

Originariamente, no período da depressão econômica, a cláusula de raio surgiu em razão do aluguel percentual. Na época tratava-se de um negócio estritamente imobiliário. O locador não exercia uma atividade econômica. Além disso, o aluguel fixo era estabelecido em um patamar inferior e o locador compensava a defasagem com o aluguel percentual. O locatário obtinha a vantagem de não ser onerado com um aluguel que, ao menos no início do desenvolvimento da empresa, poderia inviabilizar o exercício da atividade econômica. Em contrapartida, para que ele não lesasse o locador desviando a clientela para uma loja, cujo contrato de locação não havia a previsão do aluguel percentual, fixava-se a cláusula de raio.

Atualmente, os *shopping centers* são espaços comerciais disputados. O aluguel fixo não é estabelecido por um preço abaixo do que o locador pode cobrar. Portanto, a justificativa para a cobrança do aluguel percentual é outra: cobra-se o aluguel percentual em razão do serviço oferecido pelo empreendedor. Logo, a cláusula de raio, na hipótese de se tratar de um contrato de adesão, não se justifica. A cláusula de raio apenas desequilibra a relação contratual.

Ademais, não se pode cogitar na fixação da cláusula de raio, ainda que por um período, para compensar o investimento realizado pelo empreendedor na construção do *shopping center* e os gastos com o estudo de viabilidade técnica, porque essas despesas do empreendedor são diluídas entre os lojistas com o pagamento da *res sperata*⁵⁹. Caso seja verificado que o contrato em análise trata-se de um contrato negociado, a observação da cláusula de raio deve seguir outros parâmetros.

A alteração somente da cláusula de raio não é capaz de levar à conclusão de que se trata de um contrato negociado, porque essa cláusula não diz respeito ao *modus operandi* do *shopping center*. No entanto, se se

59 O pagamento da *res sperata* aliado ao fato de o contrato de locação em *shopping center* não se tratar de um negócio jurídico estritamente imobiliário impede a aplicação do contrato *built to suit* à estas avenças. Ademais, o *shopping center* não é construído para o lojista. Ao passo que no contrato *built to suit* o locador investe no imóvel para atender as necessidades do locatário. Por isso deve haver um prazo mínimo de locação para viabilizar a recuperação do montante investido pelo locador na reforma/construção do imóvel.

tratar de um contrato negociado, a cláusula de raio apesar de não poder ser considerada abusiva desde a origem, pode vir a ser pela quebra do sinalagma, hipótese que dará ensejo à resolução ou revisão contratual (art. 479, CC), ou até mesmo pelo desequilíbrio contratual superveniente das contraprestações.

Explica-se: Retomando o exemplo citado no capítulo 2, partindo do pressuposto de que se trata de um contrato negociado, deve-se observar que os sócios da sociedade Y vão comercializar as mesmas marcas no *shopping center W*, o que significa que se eles não o fizerem outros o farão. Assim, independente da atuação dos sócios da sociedade Y, o mercado relevante considerado na época do estudo de viabilidade técnica será alterado e o poder de atração de clientela da sociedade Y diminuirá. Inclusive, a fixação do concorrente no *shopping center* vizinho pode acarretar um impacto nas vendas da sociedade Y, que inviabilize até mesmo a manutenção do estabelecimento no *shopping center Z*. Portanto, no decorrer dos anos, com as alterações do mercado relevante considerado na época do estudo de viabilidade técnica, a cláusula de raio pode deixar de atingir o fim para o qual ela foi criada. Nesse caso, ela estabeleceria uma obrigação desarrazoada, haveria o desequilíbrio contratual superveniente, que também poderia ser restabelecido com a revisão contratual que, nesse caso, culminaria com a retirada da cláusula de raio do contrato.

Por esse raciocínio, tendo em vista que com o passar dos anos as áreas adjacentes do *shopping center* passam por transformações, a cláusula de raio para atender o fim para o qual ela foi criada (e aqui pode estar incluída alguma contraprestação ao empreendedor) e não acarretar prejuízos para os lojistas (nos contratos negociados) deve ser limitada no tempo. Caso contrário, ela vai violar o princípio da boa-fé objetiva, pois criaria uma situação maléfica para o lojista, pois inevitavelmente o mercado relevante das adjacências do *shopping center* irá se alterar.

O limite temporal da cláusula de raio nos contratos negociados deve ser verificado no caso concreto, até porque se relaciona com uma característica peculiar: alteração do mercado relevante nas áreas adjacentes. Contudo, considerando a finalidade de preservação do poder de atração de clientela do *tenant mix*, que tem o objetivo de assegurar a lucratividade do empreendimento e, até mesmo, assegurar o retorno do investimento realizado pelo empreendedor, deve-se entender, por se tratar de cláusula de não concorrência, como sendo de até 5 (cinco) anos o prazo razoável, o mesmo considerado para a cláusula de não restabelecimento, no artigo 1.147 do Código Civil. Portanto, deve ser admitida a previsão do

prazo de até 5 (cinco) anos para a vigência da cláusula.

Note-se que, mesmo no contrato negociado, haverá a previsão do aluguel percentual. Contudo, a cláusula de raio não poderá ser considerada abusiva, em razão da liberdade contratual que, nesse caso específico, terá sido assegurada de fato a ambas as partes. Logo, assim como na origem da cláusula de raio, o equilíbrio econômico do contrato terá surgido em razão da previsão da cláusula de raio. Esta assegurará a persecução do aluguel percentual pelo empreendedor, sem o risco de desvio de clientela com o intuito de burlar o pagamento do aluguel percentual.

CONCLUSÃO

O contrato de locação em *shopping center*, em regra, consiste em um contrato de adesão. Este só não será de adesão caso o lojista tenha a possibilidade de alterar as cláusulas operacionais do *shopping center*. Como a cláusula de raio não se relaciona ao modo operacional do *shopping center*, o fato de o lojista ser capaz de alterá-la não transforma, por si só, o contrato de adesão em um contrato negociado.

A cláusula de raio não é ilícita. No entanto, como no contrato de locação em *shopping center* sempre haverá a previsão do aluguel percentual, sob pena de descaracterizá-lo, a cláusula de raio se torna abusiva no aspecto civil-empresarial, porque ao ser conjugada com o aluguel percentual, no contrato de adesão, estabelece prestações iníquas entre as partes.

A atividade econômica do empreendedor é remunerada com o aluguel percentual. Desse modo, no aspecto civil-empresarial, a cláusula de raio teria como escopo facilitar o trabalho do empreendedor de manter o *tenant mix* atrativo. Situação diversa seria a hipótese de o contrato de locação ser negociado, porque dessa forma pode ser admitido que o equilíbrio da relação contratual ocorreu justamente com a conjugação das duas cláusulas.

A cláusula de raio, se admitida, deve, necessariamente, ser estendida a todos os sócios do lojista. Caso contrário, a finalidade da cláusula de raio poderia não vir a ser atendida mediante a inauguração de uma sociedade empresária diversa, entretanto sob os mesmos moldes da existente no empreendimento que a cláusula de raio visa proteger, no *shopping center* concorrente.

No aspecto temporal (contrato negociado), a cláusula de raio ilimitada no tempo não se justifica em razão da alteração que ocorre no

entorno do *shopping center* com o passar dos anos. Desse modo, o estudo de viabilidade econômica realizado na época de inauguração do *shopping center* e que determinou o ingresso de um lojista específico não apresentaria o mesmo resultado se realizado anos após a inauguração. Desta maneira, a finalidade da cláusula de raio, que no aspecto civil-empresarial é a não concorrência entre o lojista e o *shopping center* para que o empreendedor se beneficie das externalidades produzidas por cada lojista de forma a lucrar com o aluguel percentual, com o tempo deixa de ser razoável, porque a demanda de produtos da área de influência do *shopping center* se altera ao longo do tempo. Como o objetivo é a não concorrência, entende-se que o prazo de até cinco anos, previsto para a cláusula de não restabelecimento, seja razoável. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRASCE. Disponível em: <http://www.portaldoshopping.com.br/Central/Content/UploadedFiles/Arquivos/PDF/2009_Plano_de_Mix_Abrasce.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/grandes-numeros>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual." **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 750, abr., 1998.

BASILIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri; SOUZA, Marcelo Dornellas. **Shopping Center: limites na liberdade de contratar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. "As cláusulas de não-concorrência nos *shopping centers*". Ano XXXIV, nº 97, jan./mar., 1995.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. "As cláusulas de raio em *shopping centers* e a proteção à livre concorrência". **Revista de Direito Renovar**. V. 36, set./dez., 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Revista da EMERJ**. "Contrato de *Shopping Center*". V. 5, nº 18, 2002.

GONÇALVES, Priscila Brolio. "A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro". 2008. 341 p. Tese (Doutorado em Direito), sob orientação do professor doutor Calixto Salomão Filho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

HENTZ, André Soares. **Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002**: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Juarez de Oliveira, 2007.

KARPAT, Ladislau. **Locação em geral e aluguéis em shopping centers**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOBO & IBEAS ADVOGADOS. **Aspectos jurídicos em shopping centers**. São Paulo: Abrasce – Associação Brasileira de Shopping Centers, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. "A relação contratual de *shopping center*". **Revista do Advogado**. Ano XXXII, nº 116, jul., 2012.

MIGUEL, Paula Castello. "Contratos de *shopping center*". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXXVI, jul./set., 1997.

MILANI, Virginia de Medeiros Claudino. "Contrato de *shopping center*". 2005. 210 p. Tese (Doutorado em Direito), sob orientação do professor doutor Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. "*Shopping Centers*: organização econômica e disciplina jurídica". **Revista dos Tribunais**. Ano 73, v. 580, 1984.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0>> Acesso em: 02 mar. 2014.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários à lei do inquilinato**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SZTAJN, Rachel. "Função social do contrato e direito de empresa". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLIV, jul./set., 2005.

WALD, Arnaldo. "O interesse social no direito privado". **Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região**. Nº 77, mai./jun., 2006.

WALD, Arnaldo. "Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro". **Revista Forense**. V. 253, ano 72, jan./mar., 1976.

O Programa de Apadrinhamento como Instrumento Facilitador da Adoção Homoafetiva

Livia Teixeira Leal

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Aluna da EMERJ. Associada do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).

RESUMO:

Partindo da análise do novo conceito de família, baseado nos vínculos de afeto, desenvolvido a partir da mudança de paradigma efetivada pela Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento efetivo das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, sobretudo após o julgamento da ADIn 4.277/DF e ADPF 132/RJ pelo Supremo Tribunal Federal. A partir deste importante passo da Jurisprudência, ganha força a doutrina que entende pela possibilidade da adoção por casais homoafetivos. Observando-se o caminho percorrido para se chegar à adoção e a recente proposta do “Programa Apadrinhar”, desenvolvido pela 1ª Vara Regional da Infância, Juventude e Idoso do Rio de Janeiro (Madureira), verifica-se que o apadrinhamento pode ser uma alternativa aos casais homoafetivos que têm o desejo de adotar.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Adoção homoafetiva. Apadrinhamento.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O reconhecimento dos casais homoafetivos como entidade familiar. 3. A adoção por casais homoafetivos. 4. O programa de apadrinhamento civil: uma alternativa às adoções homoparentais. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma no que diz respeito à família, tomando por base o afeto como fator determinante para a configuração de uma entidade familiar, merecedora de proteção constitucional e legal. Esta mudança do constituinte traz importantes reflexos para o Direito de Família, que passa a estender a sua proteção a uma gama mais ampla de estruturas familiares, englobando as famílias monoparentais e as famílias homoafetivas.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF) nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal, com o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar pela Jurisprudência, inaugura uma nova perspectiva no que se refere à conquista de direitos por parte desta parcela da população, que ainda luta para tornar efetivo o princípio constitucional da igualdade, previsto pelo art. 5º da Carta Magna, e da não discriminação, que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, CF/88).

Este reconhecimento traz à baila na doutrina e na jurisprudência a discussão acerca da possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, por força do § 3º do art. 226. Além disso, diante da omissão do Legislador a respeito do tema, abre-se a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, que já conquistaram o *status* de entidade familiar.

Verifica-se, ainda, com a Lei nº 12.010/09, conhecida como Nova Lei de Adoção, a construção de um novo paradigma, valorizando o processo de adoção e estabelecendo uma intervenção mais intensa quanto à permanência de crianças e adolescentes em programas de acolhimento, que passa a ter seu caráter temporário fortalecido, visando à garantia plena do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, previsto pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Nesta linha, passam a ser desenvolvidos programas diversos para tornar cada vez mais efetivo o Direito à Convivência Familiar e Comunitária à população infantojuvenil, dentre os quais se encontra o Programa de Apadrinhamento Afetivo, que possui como base o modelo de apadrinhamento civil português, regulado pela Lei Portuguesa nº 103, de 11 de setembro de 2009.

No Rio de Janeiro, na 1ª Vara Regional da Infância, Juventude e Idoso (Madureira), foi implementado, em 2009, o *Projeto Apadrinhar*, que promove o acesso de crianças e adolescentes institucionalizados ao convívio com padrinhos e madrinhas, que passam por um processo de habilitação na Vara e participam efetivamente da vida de seus afilhados, trazendo rotinas familiares, compromissos com a saúde e a educação.

Com este contato, cria-se uma verdadeira ponte entre a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento e pessoas interessadas em dar carinho, atenção, e em auxiliá-la financeiramente, possibilitando a ela o acesso a novas oportunidades, inclusive de adoção, nos casos em que o vínculo se estreite.

Para os casais homoafetivos, estes programas surgem como verdadeiros facilitadores para o deferimento de uma possível adoção, na medida em que o acesso dos casais homoafetivos às crianças e adolescentes torna-se viável, possibilitando um contato gradual entre ambos.

É neste sentido que o presente estudo visa unir ao arcabouço teórico da adoção homoparental e do apadrinhamento à visão do Superior Tribunal de Justiça, para verificar como o estabelecimento de vínculos afetivos entre o casal homoafetivo e a criança ou o adolescente institucionalizado por meio do Programa de Apadrinhamento pode funcionar efetivamente como um auxiliador para a adoção por casais do mesmo sexo, na busca pela garantia dos direitos fundamentais da população infantojuvenil.

2. O RECONHECIMENTO DOS CASAIS HOMOAFETIVOS COMO ENTIDADE FAMILIAR

A família é o primeiro contato do ser humano com o mundo social, de modo que, sem dúvida, é ela que vai ser responsável pela parte mais importante do desenvolvimento do indivíduo ao longo de sua existência. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem que é no âmbito familiar que “vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte”, sendo nesta ambientação primária que o homem vai se distinguir dos demais animais. Para os mesmos autores, é no seio da família que o ser humano vai encontrar as bases para desenvolver sua personalidade, na busca pela felicidade.¹

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 6: Famílias. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013., p. 38.

Sob a perspectiva civil-constitucional, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho destacam que a família, da mesma forma que a propriedade, o contrato e a empresa, desempenha papel relevante, sendo, sob o aspecto teleológico, dotada de funcionalidade. Assim, a família possui, nos dias atuais, a função de permitir, “em uma visão filosófica-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização de seus projetos pessoais de vida”. Para os mesmos autores, “a família deve existir em função dos seus membros, e não o contrário”.²

O modelo familiar mais comum no Ocidente sempre correspondeu ao da “família nuclear”, composta por pai, mãe e filhos, apoiando-se à realidade biológica de que é necessário um homem e uma mulher para gerar uma criança. Assim, a família procriativa parecia se impor como uma verdade incontestável, já que é fundada no fato biológico, a princípio, incontestável.³

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a família patriarcal foi aos poucos se esfacelando, passando a esposa a também contribuir financeiramente com as despesas do lar e o marido a auxiliar nas tarefas domésticas, o que representou um verdadeiro rearranjo das funções conjugais e parentais.

Assim, esta visão restritiva foi sendo alterada com o tempo, passando a família a adquirir um caráter não mais apenas patrimonial ou biológico, mas, sobretudo, uma feição existencial, baseada na solidariedade, na dignidade humana e no afeto.

A Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo VII, trouxe as bases da proteção da família ao recém-constituído Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). É importante destacar que o princípio da dignidade humana tem como núcleo essencial a ideia de que o indivíduo é um fim em si mesmo, não podendo ser visto como meio para a realização de outros fins.

O artigo 3º da Carta Magna também se destaca por apontar como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil* – V. 6: “Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62/63.

3 ZAMBRANO, Elizabeth. “Parentalidades ‘impensáveis’: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais”. In: *Horizontes Antropológicos*, ano 12, nº 26, Porto Alegre, jul/dez, 2006, p. 125.

de discriminação. Se, até a Constituição de 1967, a única família merecedora de proteção estatal era a selada pelo matrimônio, a partir da Constituição de 1988, esta realidade foi alterada.

O *caput* do artigo 226 da Carta Magna conferiu às entidades familiares especial proteção do Estado, considerando a família como base da sociedade.

A previsão constitucional dos direitos fundamentais da criança e do adolescente ficou a cargo do artigo 227, que determina a corresponsabilidade da família, do Estado e da sociedade como um todo em assegurar à população infantojuvenil, com absoluta prioridade, os seus direitos fundamentais, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ressalta-se que o princípio do melhor interesse da criança deve ser reconhecido como pilar fundamental do Direito de Família contemporâneo, sendo reflexo do caráter integral da doutrina jurídica da proteção integral, que orienta o Estatuto da Criança e do Adolescente. Caio Mário destaca que “sua implantação não pode se resumir a sugestões ou referências; deve ser a premissa em todas as ações concernentes à criança e ao adolescente”.⁴

O parágrafo 5º do artigo 227 estabelece que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, e o parágrafo 6º, permeado pelo princípio da igualdade, determina que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Dentro do novo contexto da família contemporânea, a noção de dignidade humana traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, de acordo com as possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, do indivíduo. Assim, este princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias na realização pessoal e na busca da felicidade.⁵

O afeto é caracterizado, hoje, como a grande base do Direito de Família, devendo ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesse que se estabelecem nessa seara.⁶

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. V: "Direito de família". 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 60/61.

5 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 76.

6 FARIAS; Rosenvald, *op. cit.*, p. 71.

Portanto, hoje se reconhece diferentes formas de entidade familiar. No entanto, a legislação ainda é lacunosa quanto ao reconhecimento expresso das famílias homoparentais, o que gera uma série de discussões na doutrina e na jurisprudência.

A expressão homossexualidade tem sua formação através da palavra grega *homo*, que significa semelhante, e do termo latino *sexus*, que representa sexualidade. Na história, a homossexualidade sempre esteve presente na sociedade, recebendo tratamentos diversos com o tempo. Na Grécia Antiga, por exemplo, havia o “livre exercício das relações sexuais pelos indivíduos, fazendo parte do cotidiano dos membros daquela sociedade”, verificando-se a presença da homossexualidade em relatos e lendas de deuses da mitologia grega.⁷

Com a expansão do Catolicismo e da Igreja Católica, consolidaram-se padrões morais de conduta contrários às práticas homossexuais, consideradas moralmente inaceitáveis. A partir do Século XVII, com o declínio do poder da Igreja, a orientação sexual dos indivíduos passou a ser caracterizada como uma opção, e não mais como um ilícito ou uma culpa. A partir da década de 60, movimentos em prol da liberdade sexual começaram a ganhar força, passando os homossexuais a lutar pela igualdade, cidadania, dignidade e respeito.⁸

A homossexualidade foi considerada como desvio de personalidade e como doença por muito tempo, até que a expressão homossexualismo – sufixo *ismo*, que significa doença – foi substituída pelo termo homossexualidade – sufixo *dade*, que significa maneira de ser, indicando uma nova maneira de se enxergar a união de pessoas do mesmo sexo.⁹

Atualmente, considera-se a homossexualidade como um “modo de ser, de interagir, mediante afeto e/ou contato sexual com um parceiro do mesmo sexo, não decorrente de uma mera orientação ou opção, mas sim, derivado de um determinismo cuja causa não se poderia apontar”.¹⁰ Desta forma, não se trata de “opção” sexual, pois o homossexual não escolhe este modo de vida, e sim de orientação sexual, que indica por qual gênero essa pessoa sente-se atraída física ou emocionalmente; ou seja, que a identidade sexual foi construída desde o seu nascimento. Embora ainda

7 FARINELLI, Marta Regina; MENDES, Sara Lemos de Melo. “Adoção por homoafetivos”. In: **Serviço Social & Realidade**, Franca, v. 17, n. 1, 2008. p. 182/183.

8 Idem, 2008, p. 183.

9 Idem, 2008, p. 184.

10 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 484.

pouco comum no discurso popular, muitos têm considerado mais adequado o termo homoafetividade / heteroafetividade ao invés de homossexualidade / heterossexualidade, a fim de não reduzir as relações unicamente ao aspecto sexual.

Essa visão reflete-se na Resolução nº 001/1999, do Conselho Federal de Psicologia, que determina que “os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados” (art. 3º). Ou seja, não sendo mais a homoafetividade vista como doença, não há que se falar em “tratamento” nem “cura” dos pacientes homossexuais, sendo este tipo de procedimento considerado discriminatório.

A partir de 1988, o reconhecimento das uniões homoafetivas foi se tornando cada vez mais possível, na medida em que o texto constitucional, buscando o bem de todos, sem discriminação, e a proteção da dignidade da pessoa humana, ampliou de maneira expressa o conceito de família, visando a abarcar as diversas configurações familiares que se constituem no plano fático.

No entanto, a falta de regulamentação legal ainda é problemática. Galdino Bordallo aponta que havia dois projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional e que nunca foram levados à votação porque os congressistas não queriam submeter-se à exposição pública, o que fez com que as propostas fossem arquivadas. Um era o Projeto de Lei nº 5.252/01, de autoria do Deputado Roberto Jefferson, que propunha a ampliação do conceito de parceria civil, e o outro era o Projeto de Lei nº 1.151/95, da Deputada Marta Suplicy, que buscava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo.¹¹

Atualmente, há uma campanha de Lei de Iniciativa Popular para a elaboração de um Estatuto da Diversidade Sexual, que, “além de consagrar princípios, traz regras de direito de família, sucessório e previdenciário e criminaliza a homofobia. Aponta políticas públicas a serem adotadas nas esferas federal, estadual e municipal, além de propor nova redação dos dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser alterados”. O Projeto foi elaborado no formato de microssistema, como deve ser a legislação voltada aos segmentos vulneráveis, e conta com 109 artigos distribuídos em 18 sessões.¹²

11 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 272.

12 Para saber mais: <http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/>.

Em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 175, vedando a recusa das autoridades competentes em realizar a habilitação, a celebração do casamento civil ou de conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo, sob pena de imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Para Rolf Madaleno, as uniões homoafetivas são uma realidade social e a “sua regulamentação em países tão próximos ou mais distantes, termina mostrando quão preconceituoso se mostra etiquetar como fator de risco uma família composta por um casal homossexual”.¹³

Enquanto a lei não vem, muitos casos permanecem no limbo e chegam ao Judiciário em busca de soluções compatíveis com a proposta constitucional.

A discussão acerca das uniões homoafetivas chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.277¹⁴ e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

A ADIn 4.277 foi interposta originalmente como ADPF, em 2009, pela Procuradoria-Geral da República e posteriormente convertida em ADIn pelo STF. Teve como finalidade o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo que atendessem aos requisitos para configuração da união estável como entidade familiar, para equiparar os direitos dos pares homoafetivos aos dos companheiros.

A ADPF 132 foi apresentada em 2008 e teve como arguente o então Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral. A ação foi ajuizada com o objetivo de servidores estaduais homossexuais, conviventes em relações estáveis, poderem também ter direito aos benefícios concedidos aos servidores heterossexuais, como licença e direitos previdenciários.

Na sessão histórica do dia 5 de março de 2011, os ministros do STF reconheceram, definitivamente, a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, para dele excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’”.

13 MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 666/667.

14 STF, Ac. unân. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, Julg.: 05/05/2011, DJe: 14/10/11.

A decisão teve como base a proibição da discriminação de pessoas em razão do sexo, considerando-se que este “não se presta como fator de desigualação jurídica”, e o reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que o “concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais”.

Os ministros também consideraram que “a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”, sendo o núcleo familiar “o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º)”.

Considerou-se, também, que, como a Carta Magna não proíbe a formação de família por pessoas do mesmo sexo, e o § 2º do art. 5º da Constituição Federal evidencia que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição, para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

A partir do posicionamento adotado pelo Supremo, os magistrados não poderão mais alegar impossibilidade jurídica do pedido ou negar direitos relacionados à união estável aos casais homoafetivos, como a inclusão do parceiro como dependente em planos de saúde, da previdência, de associações ou clubes, o acompanhamento do companheiro em instituições médico-hospitalares, dentre outros.

Ainda, partindo-se do pressuposto de que a união pública contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família, entre pessoas do mesmo sexo equipara-se à união estável, conclui-se que a possibilidade dessas pessoas de adotarem em conjunto é a mesma dos companheiros. Então, o direito à paternidade e à maternidade de casais homoafetivos não pode sofrer restrições diferentes daquelas impostas aos casais heteroafetivos pela lei.

Não se encontra óbices no campo dos direitos fundamentais com relação ao exercício do direito à paternidade/maternidade por pessoas do mesmo sexo. Pelo contrário, este se encontra garantido pelos princípios

da igualdade e da não discriminação, da afetividade e do pluralismo das famílias, sendo um direito inerente ao ser humano, com base no respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁵

Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, relator do acórdão, se os casais homoafetivos ganharam com a decisão, ninguém perdeu, pois não houve diminuição de direitos para nenhum indivíduo ou grupo.

3. A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

A adoção tem como objetivo principal o encontro de um lar para uma criança ou adolescente que se encontre impossibilitado de permanecer com a sua família natural, de modo a assegurar-lhe, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais elencados pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Atualmente, uma das maiores discussões em sede doutrinária e jurisprudencial do Direito de Família diz respeito à possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo. O tema vem dividindo opiniões e o debate ganhou ainda mais destaque após o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

Observa-se que não há impedimento legal para este tipo de adoção, diante do conceito aberto de família substituta, que não restringe com base na orientação sexual dos postulantes, e dos requisitos gerais para adoção, devendo essa apresentar reais vantagens ao adotado e se fundamentar em motivos legítimos.

A lei não veda, mas também não prevê expressamente a adoção homoparental, o que demanda uma interpretação casuística pelos Tribunais, que devem avaliar se a medida é a mais benéfica para a criança ou para o adolescente naquela situação fática.

Dentre as críticas comumente apontadas a este modelo de adoção, encontram-se: a possível dificuldade de convivência ou aceitação por parte do adotado; a falta de referência materna e paterna, que poderia acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades para a formação da identidade sexual da criança ou do adolescente; e dúvidas quanto ao sadio desenvolvimento do adotado, que pode ser alvo de repúdio ou preconceito no meio social.

¹⁵ TORRES, Aimbierle Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 115.

No entanto, esses argumentos não merecem prosperar.

Primeiramente, a convivência entre a criança ou o adolescente e o casal homoafetivo será avaliada durante o estágio de convivência, sendo este um requisito que deve ser obrigatoriamente observado nos processos de adoção nos quais não haja uma prévia convivência entre a criança ou o adolescente e os postulantes. Neste período, a equipe interdisciplinar fará a avaliação do caso para verificar se a adoção, naquela situação, será benéfica para a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

No que se refere à ausência de modelo do gênero masculino e feminino, estudos comprovam que “a função parental não está contida no sexo, e, sim, na forma como os adultos que estão no lugar de cuidadores lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos, com as questões relativas a problemas disciplinares, de controle de comportamento e de tomada de decisão”¹⁶. Além disso, a criação por um casal homossexual não poderia influenciar a orientação sexual do adotado; caso contrário, não haveria filhos homossexuais de casais heterossexuais.

Com relação à possibilidade de o adotado ser alvo de chacota ou preconceito por parte de colegas e vizinhos, o que lhe poderia acarretar problemas psíquicos ou dificuldades de inserção social, Maria Berenice Dias esclarece que:

*Nada justifica a estigmatizada visão de que a criança que vive em um lar homossexual será socialmente rejeitada ou haverá prejuízo a sua inserção social. Identificar os vínculos homoparentais como promíscuos gera a falsa ideia de que não se trata de um ambiente saudável para o seu bom desenvolvimento. Assim, a insistência em rejeitar a regulamentação da adoção por homossexuais tem por justificativa indistigável preconceito.*¹⁷

Além disso, existem filhos naturais de homossexuais que já foram casados e nem por isso sofreram qualquer sequela psicológica ou de aversão social, o que revela que a “demanda judicial tem focado muito

16 CASTRO, Maria Cristina d'Avila de. “A adoção em famílias homoafetivas”. In: **Adoção: um direito de todos e todas**. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2008. p. 24/25.

17 DIAS, Maria Berenice. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf>. Acesso em 07 jan. 2014.

mais o preconceito do que o desempenho e a habilidade no exercício do papel homoparental, ficando em plano inferior o interesse prevalecente do infante”.¹⁸

No âmbito jurídico, embora não haja expressa previsão legal, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que, em caso de omissão legislativa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Assim, cabe ao magistrado dirimir o caso concreto de forma compatível com as normas existentes no ordenamento jurídico.

Observa-se, então, o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Dessa forma, se o pedido de adoção por um casal homoafetivo apresentar a alternativa que seja mais benéfica à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, atendendo ao seu melhor interesse, este deve ser deferido.

Em outro viés, o artigo 29 do Estatuto estabelece que não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado. Dessa forma, deve ser avaliada a relação familiar existente, ou seja, se existe coabitação, se a vida em comum é duradoura, pública e contínua, se há respeito e assistência mútua, se existem vínculos de afeto entre os adotantes, se possuem estrutura material e psicológica adequadas para adotar, se são capazes de exercer o poder familiar, de dar-lhe guarda, sustento, educação e proteção, e de fornecerem um ambiente familiar adequado. Esta análise deve ser feita em qualquer tipo de configuração familiar, ressalvadas as peculiaridades da adoção monoparental.

Nota-se que, em caso de pedido formulado por pessoa solteira, independentemente da orientação sexual, não há óbice para a adoção, desde que atendidos os requisitos legais. Assim, o que ocorre com frequência é que somente uma pessoa do casal homoafetivo ajuíza o pedido de adoção, estabelecendo-se o vínculo jurídico de forma unilateral.

Mauro Rocha de Porchetto aponta que os maiores problemas relacionados ao fracasso de uma adoção são:

“a falta de informações à criança ou ao adolescente sobre o seu histórico de vida, como sua origem, sua institucionalização”

18 MADALENO, *op. cit.*, p. 668.

zação, o motivo pelo qual foi abandonado ou destituído do poder familiar, de acordo com a idade e a possibilidade de cada criança ou adolescente; nos casos em que não há, pelo adotante, a perfeita elaboração da sua esterilidade em gerar o próprio filho, porquanto nessa hipótese a criança perceberá, ainda que inconscientemente, que está ali apenas para lembrar a impotência do adotante; o preenchimento do espaço deixado por outra criança; a adoção por caridade, porque passa ao adotado que ele está recebendo uma doação, apenas gerando para a criança a sensação de que está contraindo uma dívida que nunca será paga; e, por fim, quando a adoção é optada apenas para diminuir a solidão de pessoas solitárias, tornando a inevitável velhice menos angustiante.”¹⁹

Observa-se que os fatores que propiciam o insucesso da adoção não estão, de forma alguma, relacionados à orientação sexual dos postulantes, o que revela que não há óbice para que se reconheça a adoção homoparental.

Sérgio Laia esclarece, de forma brilhante, que a adoção é um “procedimento que pode ser considerado generalizado” no caso dos seres humanos, já que ninguém nasce pai ou mãe, não sendo a paternidade e a maternidade processos intrinsecamente biológicos, naturais ou instintivos, como se pode constatar “a partir de vários estudos antropológicos, jurídicos, psicanalíticos, sociológicos e, mais recentemente, também por meio das experiências subjetivas e culturais geradas com e pelos processos de inseminação artificial”. Dessa forma, de acordo com a Psicanálise, é possível afirmar que todos nós somos adotados.²⁰

Sendo assim, não há que se diferenciar a adoção por casais heteroafetivos da adoção homoparental, já que, na verdade, o processo de adaptação e de configuração dos vínculos entre os pais e os filhos é generalizado.

19 PORCHETTO, Mauro Rocha de. **O Direito e as novas configurações e estruturas familiares**. Adoção por par de pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/Adocao_%20por%20homossexuais_99494.doc>. Acesso em 07 jan. 2014.

20 LAIA, Sérgio. “A adoção por pessoas homossexuais e em casamentos homoafetivos: uma perspectiva psicanalítica”. In: **Adoção: um direito de todos e todas**. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2008. p. 31/33.

Além disso, é inegável que, hoje, as relações de afeto se sobrepõem ao vínculo biológico, sendo certo que “negar a possibilidade do reconhecimento da filiação quando os pais são do mesmo sexo é a forma mais cruel de discriminar e de punir”.²¹ Assim, defender a impossibilidade de adoção por casais homoafetivos seria explicitar a discriminação e o preconceito voltados para a sexualidade.²²

Ademais, o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 4º do Estatuto trazem a previsão do Direito à Convivência Familiar e Comunitária da criança e do adolescente, de modo que estes devem ter garantido o direito de crescerem no seio de uma família, na qual possam desenvolver laços sociais, de carinho, respeito, atenção e proteção.

Dessa forma, indeferir o pedido de adoção por um casal homoafetivo que pretende cuidar daquela pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, preferindo a sua institucionalização com base em preconceitos de ordem moral ou religiosa, é violar este direito constitucional, na medida em que restringe as possibilidades daquela criança ou daquele adolescente de ser inserido em um contexto familiar.

No julgamento do Recurso Especial nº 889.852 - RS²³, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, a 4ª Turma do STJ, de forma expressa e unânime, decidiu favoravelmente à adoção de duas crianças por um casal homoafetivo.

No caso analisado pelo Tribunal Superior, a companheira da postulante havia adotado judicialmente as duas crianças, irmãos biológicos, desde o nascimento. Como o par já vivia em união homoafetiva havia aproximadamente 12 anos, tendo a postulante estabelecido laços de afetividade com os filhos da parceira, ajuizou pedido de adoção, que foi julgado procedente no juízo de 1º grau, após a realização de estudo social do caso. A sentença determinou, ainda, a inserção do sobrenome da postulante no registro das crianças, “sem mencionar as palavras pai e mãe” e acrescentando que “a relação avoenga não explicitará a condição materna ou paterna”.

O Ilustre Relator do caso, Ministro Luís Felipe Salomão, atentou, primeiramente, à necessidade de se sincronizar a interpretação legal ao tempo presente. Assim, tendo em vista a velocidade das transformações

21 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 499.

22 FARIAS; Rosenvald, *op. cit.*, p. 1071.

23 STJ, 4ª Turma, REsp nº 889.852 – RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Julg.: 27/04/2010, DJe: 10/08/2010.

que vêm ocorrendo na sociedade, deve-se verificar, “sempre que possível, os postulados maiores do direito universal”, como a cláusula constitucional que proíbe a discriminação (artigo 3º, IV, da CF/88).

O Ministro levou em consideração dois pontos para a solução do caso: a situação fática, em que o casal já convive regularmente e em harmonia com as crianças desde a adoção pela companheira, e a inexistência de expressa previsão legal que permita a inclusão do nome da companheira homoafetiva nos registros de nascimento das crianças. Para ele, a lacuna legislativa não pode constituir óbice à proteção do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, devendo-se levar em conta o melhor interesse das pessoas em condição peculiar de desenvolvimento para dirimir a controvérsia.

É importante observar que os vínculos afetivos estabelecidos entre a postulante e as crianças foi fator preponderante a ser considerado no acórdão, e, não havendo prejuízo para as pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, estas devem ter seus direitos garantidos pelo Estado, de modo que o deferimento da adoção “é medida que se impõe”. Além disso, faticamente, ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação das crianças, que já as chamam de mães, existindo dupla maternidade desde seus nascimentos sem que isso acarretasse prejuízo a elas.

Ressaltou-se, na decisão, que impedir a adoção seria negar o direito ao convívio dos filhos com a companheira, que já é considerada pelas crianças como mãe, além de negar direitos diversos, como inclusão no convênio de saúde e no ensino básico e superior, além dos sucessórios, às infantês. Ademais, em caso de separação, o direito à visitação e aos alimentos ficaria comprometido.

Destacou que o STJ, “a despeito de não haver reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais, a norma inserta no artigo 4º” da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, citando uma série de precedentes sobre o tema²⁴.

Verifica-se que, apesar de o acórdão em comento, de 2010, ser anterior ao julgamento da ADIn 4.277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal

24 STJ, 3ª Turma, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Julg.: 04/02/2010, DJ: 23/02/2010; STJ, 3ª Turma, REsp 238.715/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ: 02/10/2006.

Federal, a Turma já vinha decidindo no sentido de que “ainda que não se reconheça a existência de união estável entre casais homossexuais, o fato é que esse tipo de união deve receber o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis”.

Conclui-se, assim, que os critérios máximos utilizados pelos julgadores para o deferimento da adoção para o casal homoafetivo na ocasião foram: o melhor interesse da criança, o afeto existente entre as partes, o princípio constitucional da igualdade (não discriminação), a ausência de vedação legal ao reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis e à adoção por casais homoafetivos, e a necessidade de se adequar o entendimento legal à realidade fática.

Em 2012, mais uma decisão foi proferida pelo STJ de forma favorável à adoção homoparental. No Recurso Especial nº 1.281.093 – SP²⁵, a 3ª Turma do STJ, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, autorizou um pedido de adoção unilateral feito pela companheira da mãe biológica da adotanda.

Neste caso, o casal homoafetivo já vivia em união estável e acordou na realização da técnica de inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, que gerou a criança, tendo sido concedido o pedido de adoção unilateral pela companheira no juízo de 1º grau.

Primeiramente, a Ministra Relatora Nancy Andrighi destacou que não se trata de discussão acerca da validade de adoção conjunta em relacionamento homoafetivo, por não se verificar a existência de dois adotantes, como preconizado no art. 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se, sim, de adoção unilateral, “que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistam um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança”.

Analisando a possibilidade jurídica do pedido de adoção em uniões homoafetivas, a Relatora destacou o julgamento da ADIn 4.277/DF, que “consolidou o influxo jurisprudencial já existente, no sentido de dar legitimidade e efeitos jurídicos plenos às uniões estáveis homoafetivas”. Ressaltou, ainda, que esta decisão promoveu a extensão automática das prerrogativas dos companheiros aos casais homoafetivos.

Além disso, a Constituição Federal não limita os direitos dos indivíduos de acordo com a orientação sexual, de modo que, se uma situação é possível para a parcela heterossexual da população, também o é para o

25 STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.281.093 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 18/12/2012, DJe: 04/02/2013.

restante, inclusive para os homoafetivos, com base no princípio da igualdade e da não discriminação. Dessa forma, concluiu-se que o pedido é juridicamente possível.

Quanto à existência de vantagens para a adotanda, Nancy Andrighi destacou que este é o critério mais importante para solucionar questões deste condão. Com relação ao argumento utilizado pelo *Parquet* de que a dupla maternidade acabaria por expor a criança a uma situação de constrangimento, a Ministra apontou que a homossexualidade diz respeito tão somente à orientação sexual, não se confundindo com a parentalidade, que trata das relações entre pais/mães e filhos. Para ela, deve-se analisar esta última para verificar a conveniência ou não de adoção por casais homoafetivos.

A Relatora apresentou pareceres de psicólogas que afirmam que “é importante que a criança tenha acesso às duas funções (masculina e feminina), mas estas não precisam estar associadas ao sexo biológico das pessoas que a acerçam”, de modo que “os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais”.

Na sua visão, de fato, há situações passíveis de gerar desconforto à criança, como o nome de duas mães no registro de nascimento. No entanto, esta situação existiria ainda que não fosse permitida a adoção, já que constaria somente o nome da mãe no registro, o que já possibilitaria o tratamento diferenciado.

Caso fosse negado o pedido, haveria apenas um ascendente (biológico ou não), sendo a ele atribuídas todas as responsabilidades legais, ainda que houvesse participação ativa da outra companheira, na formação da criança. Para a Ministra:

*Essa situação, além de não retratar a realidade fática existente, na qual se declara, publicamente, a dupla relação de parentalidade, pode, apenas exemplificativamente, na hipótese de ocorrer óbito do ascendente biológico, trazer clima de insegurança jurídica grave, tanto para o menor, que tinha no casal homoafetivo sua referência em relação à parentalidade, quanto para o companheiro(a) supérstite, pois não há vínculo jurídico entre ele e a criança que tem como filho(a), podendo daí decorrer disputas envolvendo tanto a guarda do menor, quanto o patrimônio do **de cujus**.*

Dessa forma, é necessário afastar o preconceito para que se analise de forma mais objetiva o melhor interesse da criança no caso. Sendo a adoção um ato de amor, baseada no afeto entre o postulante e o adotando, independe de gênero, credo, cor ou orientação sexual, devendo prevalecer o direito da criança de acordar em um lar que possa chamar de seu sobre qualquer preconceito.

Em voto-vista, concordante com a Relatora, o Ministro Sidnei Beneti concluiu no sentido da possibilidade da adoção, porque já foi reconhecida como união estável a união homoafetiva, permitindo a adoção unilateral pelo companheiro.

Assim, verifica-se que, nesta decisão, o STJ, ao decidir favoravelmente à adoção por casais homoafetivos, considerou a equiparação da união homoafetiva à união estável pelo STF no julgamento da ADIn 4.277/DF, o princípio da igualdade e da não discriminação, a existência de vantagens para a adotanda, o estudo de profissionais especializados, e, primordialmente o melhor interesse da criança.

A tendência dos Tribunais é a de afastar o preconceito para analisar, casuística e objetivamente, se há ou não reais vantagens para a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento no pedido de adoção homoafetiva, privilegiando o melhor interesse da criança.

Em ambos os casos, já havia um convívio anterior entre as postulantes e os adotandos, o que, sem dúvida, foi um fator determinante para o posicionamento dos Magistrados. No entanto, depreende-se da argumentação utilizada pelos julgadores que a tendência é que a Jurisprudência aceite de forma mais ampla a adoção homoafetiva, desde que os requisitos acima apontados sejam respeitados.

Há muito que se caminhar. Observa-se, ainda, muita discrepância com relação às sentenças proferidas pelos juízes de 1º grau e às decisões dos tribunais estaduais no que diz respeito ao deferimento ou não deste tipo de adoção. Embora os Tribunais Superiores venham julgando favoravelmente, como a lacuna legislativa permanece, há brecha para decisões divergentes, que podem representar verdadeiras violações à igualdade e à não discriminação, podendo, muitas vezes, violar o direito à convivência familiar da criança e do adolescente, previsto pelo ECA. Isto porque a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, em vez de ter a possibilidade de estar em um lar, com pessoas que a amam, acaba permanecendo em instituições de acolhimento, por preconceitos que não merecem prosperar no ordenamento jurídico brasileiro.

4. O PROGRAMA DE APADRINHAMENTO CIVIL: UMA ALTERNATIVA ÀS ADOÇÕES HOMOPARENTAIS²⁶

O Programa de Apadrinhamento Afetivo é uma iniciativa de algumas comarcas dos Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Alagoas, com o intuito de reverter o quadro de abandono e de institucionalização da população infantojuvenil no Brasil, tendo como base o modelo português de apadrinhamento civil.

A Lei Portuguesa nº 103, de 11 de setembro de 2009²⁷, aprovou o regime jurídico do apadrinhamento civil, alterando o Código de Registro Civil, o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e o Código Civil Português.

O artigo 2º da Lei traz a definição de apadrinhamento civil como

uma relação jurídica, tendencialmente de caráter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afetivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registro civil.

De acordo com a Lei, podem apadrinhar pessoas maiores de 25 anos, previamente habilitadas (art. 4º). Pode ser apadrinhado qualquer criança ou adolescente, desde que o apadrinhamento civil apresente reais vantagens para ele e desde que “não se verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adoção, a apreciar pela entidade competente para a constituição do apadrinhamento civil”.

A criança ou o adolescente que esteja se beneficiando de uma medida de acolhimento em instituição ou de outra medida de promoção e pro-

26 O desenvolvimento deste tópico teve como base a proposta do Projeto Apadrinhar, desenvolvido pela 1ª Vara Regional da Infância, Juventude e Idoso da Comarca do Rio de Janeiro (Madureira), e projetado por: Mônica Labuto, Juíza Titular da 1ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso; Ana Lúcia Simões, Psicóloga da 1ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso; e Silvana do Monte Moreira, Coordenadora dos Grupos de Apoio à Adoção Ana Gonzaga I e II.

27 INTERNACIONAL, Legislação. Lei Portuguesa nº 103, de 11 de setembro de 2009. Aprova o regime jurídico do apadrinhamento civil, procedendo à alteração do Código do Registro Civil, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e do Código Civil. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/09/17700/0621006216.pdf>>. Acesso em 07 jan. 2014.

teção; que se encontre numa situação de perigo confirmada em processo de uma comissão de proteção de crianças e jovens ou em processo judicial; ou que, para além dos casos previstos nas alíneas anteriores, seja encaminhada para o apadrinhamento civil por iniciativa de determinadas pessoas ou entidades, pode ser contemplada pelo programa de apadrinhamento.

Também pode ser apadrinhada qualquer criança ou jovem menor de 18 anos que esteja se beneficiando de confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a instituição com vista a futura adoção ou pessoa selecionada para a adoção quando, depois de uma reapreciação fundamentada do caso, se mostre que a adoção é inviável (art. 4º, item 2).

No sistema português, os padrinhos exercem as responsabilidades parentais, ressalvadas as limitações previstas no compromisso de apadrinhamento civil ou na decisão judicial (art. 7º, item 1).

No Brasil, não há regulamentação para o apadrinhamento. No entanto, pode-se observar a iniciativa de algumas comarcas no sentido da implementação de programas que possibilitem esta forma de acolhimento.

Na 1ª Vara Regional da Infância, Juventude e Idoso da Capital do Rio de Janeiro (Madureira), o Projeto Apadrinhar foi implementado em 2009, tendo como finalidade a promoção do acesso das crianças e adolescentes institucionalizados ao convívio familiar e comunitário, por meio de padrinhos e madrinhas, que passam pelo processo de habilitação na Vara. Estes participam efetivamente da vida de seus afilhados, trazendo rotinas familiares, compromissos com a saúde e a educação, visando a garantir às crianças e aos adolescentes seus direitos.

Na sua justificativa, destaca-se o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, aprovado em novembro de 2006 pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que tem o objetivo de orientar a elaboração de políticas públicas que visem a efetivar o direito de crianças e adolescentes ao convívio familiar e comunitário.

Um problema notável nas instituições de acolhimento é a constatação de crianças e adolescentes que se encontram em um verdadeiro limbo: não podem ser reintegrados à família natural, não fazem parte do perfil desejado por brasileiros, não são elegíveis, em tese, à adoção internacional e, ao completarem 18 anos, serão lançadas ao mundo.

Nesse sentido, o Projeto Apadrinhar objetiva proporcionar visibilidade à sociedade de crianças e adolescentes disponíveis para adoção e/

ou em situação de risco, estimulando o pleno exercício do afeto, do cuidado, da solidariedade e da própria cidadania.

O projeto traz cinco modalidades de apadrinhamento: afetivo, material, familiar, padrinho/madrinha prestador(a) de serviços e padrinho/madrinha pessoa jurídica.

No *apadrinhamento afetivo*, o padrinho/madrinha busca dar atenção, carinho e mostra preocupação com o bem-estar de uma criança ou adolescente ou grupo de irmãos que se encontre em uma das entidades de acolhimentos da competência da Vara, podendo levá-lo(s) para passar(em) finais de semana, feriados, festas de final de ano e/ou período de férias escolares. Pode, ainda, passear com a criança ou buscá-la para um evento específico, além de comparecer às reuniões escolares, auxiliar o afilhado nas lições de casa e incentivá-lo à leitura na busca de conhecimento e cultura.

Nesta modalidade, o candidato a padrinho/madrinha deve comparecer à Vara para agendar uma entrevista e levar a documentação necessária, além de participar de entrevista com os profissionais do Setor de Psicologia e Serviço Social. Sendo casado(a), tendo companheira(o) e/ou filhos, os demais membros da entidade familiar também devem ser entrevistados, já que o apadrinhamento é um projeto que afetará a dinâmica familiar como um todo.

Após a realização da entrevista e do preenchimento do requerimento, o candidato recebe uma visita domiciliar, previamente agendada pela assistente social. A equipe técnica elabora, então, um relatório psicológico e social e o encaminha ao Juiz. Posteriormente, após a decisão deste, ouvido o representante do Ministério Público, a equipe do projeto entra em contato com o candidato, para que inicie as visitas a seu afilhado.

A equipe técnica apresenta um breve relato do histórico de vida da criança/adolescente a ser apadrinhado, buscando subsidiar o padrinho/madrinha com dados que o auxiliarão, e poderá autorizar a visitação durante a tramitação do procedimento de certificação do padrinho/madrinha, desde que tais visitas atendam ao melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos.

São realizadas pelo menos três visitas na instituição onde se encontrar o afilhado, no intuito de começar a estabelecer um vínculo. O período de visitação pode ser ampliado em razão da disponibilidade do padrinho e da receptividade do afilhado, não podendo interferir nos

períodos das aulas ou das atividades extracurriculares da criança e/ou adolescente a ser apadrinhado.

Em seguida, a equipe técnica contata o padrinho/madrinha para encaminhar o afilhado juntamente com o Termo de responsabilidade nunca inferior a seis meses, assinado pelo Juiz, que pode ser revogado caso a equipe técnica verifique que a interação entre padrinho/madrinha configure-se como prejudicial para o afilhado.

Ao final do apadrinhamento, o padrinho/madrinha participa de uma avaliação do projeto, principalmente do período em que conviveu com a criança/adolescente.

No *apadrinhamento material*, de acordo com a sua condição socio-econômica, o padrinho/madrinha assume despesas escolares, passando a constar como responsável financeiro no contrato de prestação de serviços educacionais e despesas com o vestiário do afilhado, e/ou com o material escolar e/ou com remédios, médicos, exames. Quando a criança ou o adolescente se encontrar matriculado em escola pública, o padrinho/madrinha pode assumir cursos complementares, como inglês, espanhol, informática, pré-vestibular, futebol, dentre outros.

Neste caso, o candidato a padrinho/madrinha deve comparecer à Vara e procurar o Setor de Psicologia e Serviço Social, devendo informar seu objetivo e sua condição de ajuda, assim como o perfil da criança ou adolescente que deseja apadrinhar. A equipe técnica indica, então a(s) criança(s)/adolescente(s) institucionalizado(s) para o padrinho/madrinha, que poderá ou não aceitar os nomes sugeridos. O padrinho/madrinha firma um Termo de Responsabilidade, nunca inferior a um ano, mas não precisa frequentar o Curso de Padrinhos, e, conseqüentemente, não passa pela visita domiciliar realizada pela Assistente Social.

O apadrinhamento material pode ser estendido ao apadrinhamento afetivo. Neste caso, o padrinho/madrinha passa pelo curso para padrinhos e pode assumir afetivamente seu afilhado, não se desobrigando quanto às obrigações materiais já assumidas.

Na hipótese de *apadrinhamento familiar*, as famílias naturais são auxiliadas no intuito de prestar assistência aos seus filhos, não por falta de amor e cuidado, mas por falta de recursos econômicos. A equipe técnica da Vara inclui a família como candidata ao programa e busca, em conjunto com os parceiros da sociedade civil organizada, um ou vários padrinhos, podendo ser pessoa física ou jurídica. O objetivo é propiciar condições

dignas de habitação, higiene, educação e trabalho para os membros daquele núcleo familiar, que deverão frequentar a escola de família, curso de alfabetização de adultos, se for o caso, e cursos profissionalizantes oferecidos pelo governo ou por entidades da sociedade civil.

A família apadrinhada é acompanhada pela equipe técnica pelo período de um ano, quando já deverá ter condições de se manter por si própria, e só poderá ser apadrinhada uma única vez. Excepcionalmente, em caso de falecimento de um dos mantenedores da família, ou acometimento de enfermidade que o impeça de laborar, poderá o juízo, a partir de seu livre convencimento, reinseri-la no programa em questão por período único, improrrogável, de um ano, não sujeito a renovação.

Neste modelo, o candidato a padrinho/madrinha deve comparecer à Vara e contatar o Setor de Psicologia e Serviço Social, informando seu objetivo e sua condição de ajuda. A equipe técnica irá procurar uma família - inscrita no programa de apadrinhamento familiar - e a repassará ao candidato a padrinho/madrinha que poderá aceitar ou recusar. O padrinho/madrinha firma, então, um Termo de Responsabilidade, nunca inferior a um ano. O padrinho familiar deve frequentar o curso de Padrinhos, em procedimento similar ao apadrinhamento afetivo.

Na modalidade *padrinho/madrinha prestador(a) de serviços*, este apoia o apadrinhamento por meio da prestação de serviços gratuitos, em suas horas disponíveis, de conformidade com sua área de formação e de interesse.

O candidato deve se dirigir à Vara e procurar a sala da equipe técnica para se inscrever nesta proposta de apadrinhamento, tendo que encaminhar um currículo sucinto, informando a atividade que deseja desempenhar, o horário disponível e em que periodicidade.

No *apadrinhamento de pessoa jurídica*, a Sociedade, simples ou empresária, assim como OSCIPS, ONGS, Fundações, Entidades Religiosas, dentre outras, pode apadrinhar uma determinada entidade de acolhimento institucional, dando apoio material ou financeiro ou assumindo a vida acadêmica das crianças ou adolescentes, comprometendo-se a arcar com suas despesas educacionais durante o período de acolhimento institucional.

O representante legal da pessoa jurídica deve encaminhar à equipe técnica da Vara o contrato social ou estatuto social autenticado ou publicado no Diário Oficial, cópias simples do CNPJ e do documento comprobatório de competência para assinatura de Termo de Compromisso, no qual

constarão nomes, cargos e qualificações completas dos representantes legais. Depois da análise da proposta, em um prazo máximo de trinta dias a contar do recebimento da proposta, a equipe técnica entra em contato para entregar o Termo, a ser firmado juntamente com o perfil das crianças ou adolescentes indicados, e envia ao padrinho um relatório trimestral sobre o acompanhamento de seus afilhados.

Observa-se que o programa de apadrinhamento é uma alternativa bastante importante às pessoas que desejam adotar, mas que ainda não concluíram o processo de habilitação ou que não se sentem totalmente seguras para tal. Além disso, torna possível o estabelecimento de vínculos entre a criança ou o adolescente apadrinhado e o padrinho/madrinha, que pode se interessar pela adoção.

No caso dos casais homoafetivos, o apadrinhamento pode ser um facilitador para se chegar até a adoção, pois possibilita um convívio prévio entre os postulantes e crianças e adolescentes com possibilidades remotas de adoção, residentes em entidade de acolhimento, na maioria das vezes há muitos anos, e que não possuem quaisquer condições de reinserção na família natural.

5. CONCLUSÃO

Nos dias atuais, o afeto se consolida como fator determinante para a constituição da família, promovendo o rearranjo das funções exercidas por cada membro no contexto familiar e a ampliação do conceito de entidade familiar, que passa a abraçar diferentes núcleos.

Na esteira do novo paradigma implementado pela Constituição Federal de 1988, não há mais que se discutir a inclusão das uniões homoafetivas como entidades familiares, sobretudo após a decisão emblemática do STF no julgamento da ADIn 4.277 e da ADPF 132, de modo que os casais homoafetivos possuem os mesmos direitos dos companheiros, desde os ligados à pensão alimentícia, ao regime de bens e aos direitos sucessórios, até a inclusão do parceiro como dependente em planos de saúde, da previdência, de associações ou clubes, o acompanhamento do companheiro em instituições médico-hospitalares etc.

Da mesma forma, não se pode negar o direito ao casamento aos casais homoafetivos, entendimento consolidado pela Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, não podendo mais as auto-

ridades competentes se recusar a realizar a habilitação, a celebração do casamento civil ou de conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo.

A adoção homoparental também passa a ter seus fundamentos fortalecidos com o posicionamento adotado pelo STF, na medida em que se reconhece a formação de uma verdadeira família pelos casais homoafetivos, que podem, sim, criar uma criança com as mesmas condições dos casais heteroafetivos.

Os argumentos contrários à adoção homoparental perdem cada vez mais força na doutrina e na jurisprudência, sendo constatado, por meio de estudos, que a criação por um casal homossexual não influencia na orientação sexual do adotado, que as funções parentais não estão relacionadas à orientação sexual do indivíduo e que existem filhos naturais de homossexuais que já foram casados e nem por isso sofreram qualquer seqüela psicológica ou de aversão social, o que tem levado o STJ a deferir os pedidos de adoção homoparental, com base na analogia (art. 4º, LINDB), quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (art. 43, ECA).

Como, hoje, as relações de afeto se sobrepõem ao vínculo biológico, defender a impossibilidade de adoção por casais homoafetivos seria explicitar a discriminação e o preconceito voltados para a sexualidade. Além disso, o artigo 227 da CF/88 e o artigo 4º do ECA trazem a previsão do Direito à Convivência Familiar e Comunitária da criança e do adolescente, de modo que estes devem ter garantido o direito de crescerem no seio de uma família, na qual possam desenvolver laços sociais, de carinho, respeito, atenção e proteção.

Neste contexto, o Programa de Apadrinhamento Afetivo, baseado no apadrinhamento civil português, regulado pela Lei Portuguesa nº 103/2009, surge como uma iniciativa de algumas comarcas dos Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Alagoas, com o intuito de reverter o quadro de abandono e de institucionalização da população infantojuvenil no Brasil. Na 1ª Vara Regional da Infância, Juventude e Idoso do Rio de Janeiro (Madureira), o Projeto Apadrinhar, implementado em 2009, visa a promoção do acesso das crianças e adolescentes institucionalizados ao convívio familiar e comunitário, por meio de padrinhos e madrinhas, que passam pelo processo de habilitação na Vara, participam efetivamente da vida de seus afilhados.

A partir da análise das decisões do STJ, observou-se que os ministros que deferiram a adoção por casais do mesmo sexo utilizaram como argumento principal o melhor interesse da criança e a relação de afetividade já existente entre os postulantes e o adotando. Assim, como o programa de apadrinhamento propicia o estabelecimento deste vínculo afetivo, funciona como um verdadeiro facilitador da adoção homoafetiva. ❖

6. REFERÊNCIAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTRO, Maria Cristina d’Avila de. “A adoção em famílias homoafetivas”. In: **Adoção: um direito de todos e todas**. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf>. Acesso em 07 jan. 2014.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. V. 6: “Famílias”. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FARINELLI, Marta Regina; MENDES, Sara Lemos de Melo. “Adoção por homoafetivos”. In: **Serviço Social & Realidade**, Franca, v. 17, n. 1, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – V. 6: “Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INTERNACIONAL, Legislação. *Lei Portuguesa nº 103, de 11 de setembro de 2009*. Aprova o regime jurídico do apadrinhamento civil, procedendo à alteração do Código do Registro Civil, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e do Código Civil. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/09/17700/0621006216.pdf>>. Acesso em 07 jan. 2014.

LAIA, Sérgio. “A adoção por pessoas homossexuais e em casamentos homoafetivos: uma perspectiva psicanalítica”. In: **Adoção: um direito de todos e todas**. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. V: "Direito de família". 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

PORCHETTO, Mauro Rocha de. **O Direito e as novas configurações e estruturas familiares**. "Adoção por par de pessoas do mesmo sexo". Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/Adocao%20por%20homossexuais_99494.doc>. Acesso em 07 jan. 2014.

TORRES, Aimbiere Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

ZAMBRANO, Elizabeth. "Parentalidades 'impensáveis': pais/mães homossexuais, travestis e transexuais". In: **Horizontes Antropológicos**, ano 12, nº 26, Porto Alegre, jul/dez, 2006.

Gabinete do Magistrado

Nagib Slaibi Filho

*Magistrado – RJ. Professor da EMERJ,
da Pós-graduação da UNIVERSO e da
Universidade Estácio de Sá.*

1. IMPORTÂNCIA DO GABINETE DO MAGISTRADO

O Gabinete¹ constitui função essencial para o exercício da judicatura, pois o sucesso da prestação jurisdicional depende grandemente de sua estrutura e de sua eficiência.

Longe estão os tempos, se é que existiram, em que o Juiz recebia poucos autos de processo, fazia poucas audiências e podia dedicar longos dias à elaboração de seus votos e decisões, até mesmo expender longas horas na tentativa de conciliação das partes.

Hoje, os nossos dezesseis mil magistrados, responsáveis pela Justiça a duzentos milhões de brasileiros, estão submetidos a constante stress pela pressão existente não só do crescente volume do serviço como também dos controles internos e externos a que a Justiça está submetida em todas as suas atividades.

Por incrível que pareça, há comarcas em que o Juiz não recebe nenhum auxiliar designado pelo Tribunal, sendo forçado a custear de seu próprio bolso um ou dois estagiários, como, aliás, fazia este autor no primeiro terço de sua carreira de mais de trinta anos...

Justamente porque os dezesseis mil magistrados do Brasil neste início do século XXI atuam em diversos tribunais e estruturas, em diversas localidades, desde metrópoles a comarcas longínquas, com diferentes competências, auxiliares e meios materiais, devemos analisar o Gabinete do Magistrado através de suas funções mais relevantes, vez que impossível desde logo atribuir funções a servidores cujo número se ignora.

Juiz é Autoridade Pública, presta serviço essencial.

Mesmo o mais desatinado e desavisado dos seus críticos não pode esperar que o magistrado reste sozinho, impávido e incansável, durante

1 Este capítulo decorreu de aula sobre o Gabinete do Magistrado, ministrada em 2014 pela Juíza Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi no Curso de Formação Continuada da Escola Nacional da Magistratura Estadual.

as longas horas do expediente diurno ou do plantão noturno, atendendo com atenção e vagar aos que o procuram, orientando advogados e interessados que ali chegam no desespero da insegurança, atendendo ao telefone e prestando informações, lendo e respondendo e-mails, pesquisando em livros e na Internet, digitando ou datilografando ofícios, mandados, despachos, decisões, sentenças, informações aos Tribunais e às autoridades administrativas.

Todas as atividades acima referidas são importantes, mas o magistrado não as deve realizar porque a sua função é exercer a Autoridade Pública que orna o seu cargo e, para tal, decidir; e, antes de decidir, conhecer os fatos e as normas, ponderar os valores e refletir, com eficiência e prudência, sobre tudo o que diz respeito às suas tarefas.

2. COGNIÇÃO

A principal função do Gabinete é, assim, realizar as tarefas que não são decisórias para que possa o Juiz conhecer e decidir.

Impossível decidir sem conhecer.

Conhecimento (do latim *cognoscere*, “ato de conhecer”) é o ato ou efeito de conhecer, perceber a realidade interna ou externa.

No exercício de sua função, o magistrado precisa apreender, com atenção e cuidado, os fatos que dizem respeito à causa, como, por exemplo, o pedido, a causa de pedir, a resposta, as manifestações de advogados e terceiros e outros elementos essenciais e acidentais do processo, como também os fatos que decorrem da instrução do feito e as normas que serão objeto, em seu suporte fático, da subsunção aos fatos do processo.

Julgar é processo intelectual, atividade muito mais desgastante, não raras vezes, que a mais severa atividade física.

Aliás, neste aspecto, veja-se o absurdo de se exigir prazos que acabam por se mostrar incrivelmente exíguos, como, por exemplo, o prazo processual de dez dias para decisão ou sentença, sem que se leve em conta a complexidade dos fatos ou do Direito aplicável ou mesmo o volume de feitos atribuído à competência de cada magistrado.

Deus tem a apreensão imediata dos fatos, tudo conhece do passado, do presente e do futuro, não comete erros nem é enganado dolosa ou culposamente.

Juiz é ser humano, em nosso sistema jurídico tem mérito pelo conhecimento do Direito como comprovado em rigoroso concurso público de títulos e provas para ingresso na carreira. Mas o concurso nunca é para ele o portal da purificação dos defeitos humanos que ornaram a conduta de todos.

O arbitramento de prazo pela lei constitui uma violência inaudita ao profissional, como se vê, por exemplo, no prazo de quinze dias para o Advogado preparar a apelação, independentemente da complexidade do caso e dos incidentes processuais que nele ocorreram.

A cognição judicial não pode ser resultado do mero cálculo de um legislador apressado e que nunca exerceu a função que ele pretende regular.

No conhecimento, temos dois elementos básicos: o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível).

O cognoscente é o indivíduo capaz de adquirir conhecimento ou o indivíduo que possui a capacidade de conhecer. O cognoscível é o que se pode conhecer.

Segundo Kazuo Watanabe, a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes.²

O tema “conhecimento” inclui, mas não está limitado a descrições, hipóteses, conceitos, teorias, princípios e procedimentos que são úteis ou verdadeiros. O estudo do conhecimento se faz na Gnosiologia, muitas vezes chamada de Teoria do Conhecimento, como setor da Filosofia e que se espalha a outras Ciências, como a Psicologia e o Direito.

Impossível humanamente que pudesse o magistrado conhecer tudo o que se contém nas centenas de autos analógicos ou virtuais que ordinariamente merecem a sua atenção e o seu despacho (em sentido amplo) a cada semana.

O que deve conhecer é o que for relevante para o processo.

Por isso mesmo, Pontes de Miranda conceitua o relatório da sentença como *a história relevante do processo*.

E daí a importância do relatório a ser feito pelo auxiliar, inclusive verbalmente, para que possa o magistrado apreender a questão em debate.

Somente poderá conhecer o que for relevante para a decisão da questão que deve resolver em cada caso.³

² Ver Watanabe, Kazuo. **Cognição no processo civil**. São Paulo, Saraiva, 4ª. ed., 2012.

³ Sobre as diversas questões judiciais, ver SLAIBI FILHO, Nagib e Sá Navarro. **Sentença cível – fundamentos e técnica**, 7ª ed. Rio de Janeiro, GEN Forense, 2010.

É muito importante que o funcionário do Gabinete do Magistrado saiba relatar o que se contém nos autos analógicos ou virtuais para que possa o magistrado decidir. Para tal, é necessário que mencione não o nome da ação, mas o pedido e a causa de pedir, os pontos de relevância na resposta e, a seguir, as questões de fato e de Direito que devem ser conhecidas e decididas.

Em outras palavras, tenha um ou dezenas de auxiliares, exerça poucas ou muitas atribuições, o Juiz se vê obrigado a realizar as suas tarefas quotidianas com os meios de que dispõe, não raras vezes sob a pressão de exigências de instâncias superiores ou então sob a demanda representada por entidades e escritórios muito melhor administrados, mesmo porque dispondo de muitos e melhores recursos materiais e humanos.

Aliás, há notícias de escritórios de advocacia que dispõem de sofisticada organização, com dezenas ou centenas de Advogados, a grande maioria especializada em diversos e amplos setores do Direito, da Economia, da Administração etc., dezenas de auxiliares de nível superior como administradores, contabilistas, economistas, centenas de auxiliares de nível médio.

Tudo o que produzem, mais ou cedo ou mais tarde, acaba por desaguar nos gabinetes de Magistrados os quais, não raras vezes, trabalham com poucos auxiliares e praticamente nenhum apoio material.

Por isso mesmo, até por orientação do Conselho Nacional de Justiça, principalmente em face das necessidades da Justiça estadual de primeira instância, há hoje a destinação obrigatória de recursos humanos e materiais para o apoio dos magistrados no exercício da função relevante de ser o primeiro a atender ao dever constitucional de garantir o acesso à Justiça.

3. DISTINÇÃO ENTRE AS ATIVIDADES PRIVATIVAS E NÃO PRIVATIVAS DOS MAGISTRADOS NO GABINETE

Neste estudo é utilizada a expressão *Gabinete*, como é a praxe de se designar o local de trabalho das Autoridades Públicas, expressão que vem do inglês *cabinet member*, a designar o membro do Governo.

Contudo, na prática, o mais correto seria a denominação de *escritório*, local onde se escreve. Melhor seria, nestes tempos informatizados,

a expressão *digitório*, pois é o local onde quase todos estão digitando em frente a telas de computador... Contudo, o neologismo sequer pode ser empregado porque nem ainda adentrou no respeitável Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, elaborado pela Academia Brasileira de Letras...

O Gabinete é o local físico ou virtual em que pode ser encontrado não só o magistrado como os seus principais auxiliares, esses designados genericamente, nas instâncias superiores, de Assessores, e na primeira instância da Justiça estadual, geralmente de Secretários ou Assistentes.

Note-se a distinção de tratamento até mesmo na denominação de assessores e secretários, a indicar que aqueles, de alguma forma, são superiores a esses, embora façam formal e ontologicamente as mesmas funções.

Assessores e assistentes realizam o que hoje se denomina de *apoio judicial*, a indicar o exercício de funções de apoio ou assistência ao Magistrado, este o dirigente incumbido do poder constitucional e legal de decisão e os demais de atividade administrativa.

O Magistrado tem a responsabilidade, o mando, a autoridade; o assessor a execução. Diversas a função política de julgar e a função administrativa de apoio à função jurisdicional.

Dispõe a Constituição da República, em seu art. 93, XIV:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Dispõe o Código de Processo Civil de 1973:

Dos Atos do Juiz

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Art. 163. Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais.

Art. 164. Os despachos, decisões, sentenças e acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes. Quando forem proferidos, verbalmente, o taquígrafo ou o datilógrafo os registrará, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura.

Parágrafo único. A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006).

Denomina-se de apoio judicial a função exercida pelos servidores da Justiça no Gabinete do Magistrado para que ele realize, tempestiva e eficientemente, as suas funções de decisão e o que mais lhe competir segundo as leis processuais e de organização judiciária.

Tais funções de apoio restringem-se a atos materiais como pesquisa, digitação, elaboração de esboços de despachos, sentenças, votos, atendimento ao público e tudo o mais que não envolver o poder de decisão que é privativo do magistrado.

Juiz existe para decidir, não para as atividades meramente executórias!

Indispensável, assim, que os assistentes de gabinete tenham acesso aos meios informatizados para a sua atuação no apoio judicial para os despachos ordinatórios de gabinete, assim como atribuir-se aos Escrivães/Chefes de Cartório/Secretaria a assinatura dos expedientes des-

de que não sejam: dirigidos às autoridades dos Três Poderes, nem mandados de pagamento, de prisão, alvará de soltura.

Repita-se: a delegação e a definição dos atos de execução, como previsto no art. 93, XIV, da Constituição, é atribuição, competência e poder do Juiz, pois integra os seus poderes ou faculdades administrativas (Constituição, art. 37, *caput*): poderes hierárquico, normativo, discricionário, vinculado, disciplinar e de polícia. Tal delegação pode ser retomada, corrigida ou revisada a qualquer momento, pois seu conteúdo é simples execução ou transformação material do que se decidiu.

Não é atribuição do Corregedor, nem do Presidente do Tribunal, de órgãos colegiados da Alta Administração ou do Conselho Nacional de Justiça, pois o delegante, nos termos das normas que se extraem do mencionado art. 93, XIV, da Lei das Leis, é o árbitro último de tal conveniência ou oportunidade, pois dele é a responsabilidade pelo resultado.

Juiz decide. Não é executor de decisão. Por exemplo, o Juiz manda prender, quem executa a ordem é o Oficial de Justiça; manda oficiar ou intimar, mas quem digita o expediente ou o mandado não é ele.

São comuns os atos normativos baixados pelo magistrado no afã de organizar os serviços auxiliares, como se vê no seguinte exemplo:

JUÍZO DE DIREITO DA TERCEIRA VARA CÍVEL

Ordem de Serviço Nº 01/2013

A Doutora Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi, Juíza de Direito da Terceira Vara Cível da Comarca da Capital, no uso de suas atribuições legais e correccionais,

CONSIDERANDO

- o direito do cidadão à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Constituição, art. 5º, LXXVIII);

- a necessidade de delegar aos serventuários a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório (Constituição, art. 93, XIV);

- que os atos meramente ordinatórios devem ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário (Código de Processo Civil, art. 162, § 4º), e

- que se inclui nas atribuições do magistrado a supervisão e a organização dos serviços cartorários que lhe são afetos (Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, art. 72, inciso III),

RESOLVE:

Art. 1º - Incumbe ao serventuário, sob supervisão do Escrivão e do Juiz, proceder aos seguintes atos, independentemente de despacho judicial:

I – proceder aos atos necessários à retirada de autos por Advogados e estagiários devidamente constituídos ou credenciados pelas Procuradorias e pela Defensoria Pública;

II – dar vista ao exequente, quando o devedor nomear bens à penhora ou quando houver depósito para pagamento do débito, devendo o credor indicar eventual diferença, valendo o silêncio como anuência à quitação do débito;

III – intimar as partes para se manifestarem sobre laudos e cálculos;

IV – intimar, através de publicação no órgão oficial, ou de mandado, Advogados, membros do Ministério Público, das Procuradorias e da Defensoria Pública, bem como de auxiliares do Juízo, a devolver, em 24 (vinte e quatro) horas, autos, laudos e mandados retidos; certificado o descumprimento da intimação, expedir-se-á mandado de busca e apreensão assinado pelo Juiz;

V – intimar pessoalmente membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e das Procuradorias estatais;

VI – juntar procuração e substabelecimento, procedendo-se às anotações na autuação e no cadastro do sistema, quando necessário ou requerido;

VII – expedir guia para qualquer interessado, independentemente de procuração nos autos, para depósito de honorários e do débito exequendo, bem como depósitos de continuação, estes até a sentença de conhecimento;

VIII – apensar processo incidente de impugnação à gratuidade dos serviços judiciais, exceção de incompetência relativa e de impugnação ao valor da causa, certificar e intimar a parte impugnada para se manifestar;

IX – intimar as partes pessoalmente, quando deferido o depoimento pessoal ou determinado expressamente o seu comparecimento, e de testemunha arrolada e deferida para audiência;

X – proceder à imediata abertura de conclusão, independente da data do protocolo, sempre que houver medidas de urgência;

XI – nas ações de procedimento ordinário, certificada a tempestividade da contestação, intimar a parte autora para sobre ela se manifestar no prazo de 10 dias, salvo quando houver decisão de inversão do ônus da prova no início do processo, ou se pendente pedido de antecipação dos efeitos da tutela;

XII – em caso de diligência pericial, intimar os interessados para se manifestarem sobre a proposta de honorários, com a nota de que o silêncio valerá como anuência. Apresentado o laudo técnico diretamente em cartório, expedir-se-á desde logo o mandado de pagamento para ser submetido à assinatura do Juiz. Em caso de impugnação aos honorários do perito, o mesmo será intimado por via telefônica para manifestação e, com esta, intimar as partes para dizer, somente após vindo os autos conclusos;

XIII – conceder vista dos autos fora do Cartório ao Advogado regularmente constituído, observando-se o disposto no art. 40, § 2º, e art. 155, do Código de Processo Civil, ressalvando-se os prazos comuns, bem como impedimento judicialmente determinado ou ato processual designado, como audiência leilão ou perícia;

XIV – intimar o interessado para se manifestar quando houver resultado negativo de diligência;

XV – intimar a contraparte da juntada de documento referido no art. 398 do Código de Processo Civil, para se manifestar no prazo de cinco dias, se não houver requerimento de urgência a ser apreciado;

XVI – proceder aos atos necessários ao desarquivamento e à vista de autos e devolver os mesmos ao arquivo, inexistindo requerimento do interessado;

XVII – intimar a parte para o recolhimento de custas e diligências, inclusive as remanescentes, bem como o fornecimento de cópias para instruir ato processual, fazendo-se conclusão dos autos, após certificada a ocorrência, na hipótese de não atendimento;

XVIII – intimar, inicialmente pelo Correio, o assistido da Defensoria Pública, somente nos casos de audiência, perícia, cumprimento de sentença e designação de praça e leilão;

XIX – ressalvado o procedimento sumário, caso o autor forneça novo endereço do réu, e certificada a regularidade das custas, expedir/aditar o mandado de citação ou carta precatória cuja expedição já fora judicialmente determinada, salvo as hipóteses legais de cabimento da diligência através de Oficial de Justiça;

XX – intimar a parte autora/exequente pela via postal, bem como seu patrono, no caso de autos paralisados há mais de 30 dias por sua inércia, para promover o andamento do feito, em 48 horas, sob pena de arquivamento dos autos ou extinção do processo ou procedimento;

XXI – decorridos o prazo para interposição de apelação, e sem o seu cumprimento voluntário, intimar o credor para requerer o que for de direito, ou intimar o devedor, se o credor requer, apresentando planilha atualizada, para pagar o débito no prazo de 15 dias, nos termos do art. 475, J, do Código de Processo Civil, sob pena de aplicação da multa de 10% sobre o valor do débito. Decorrido o prazo sem a manifestação do devedor, intimar novamente o credor para se manifestar;

XXII – verificar, antes da abertura de conclusão, vista ou remessa dos autos, se há petição ou expedientes anotados no sistema para fins de juntada; se o documento ainda não chegou ao cartório, aguardar a sua vinda, salvo os casos de urgência, em que os autos deverão vir conclusos imediatamente, com a anotação da existência do registro no sistema. Diligenciar ainda antes da abertura de conclusão o cumprimento de todos os itens de decisão ou despacho anteriores, certificando-se eventual impossibilidade;

XXIII – remeter ao Gabinete do Juiz autos com audiência designada, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência, certificando-se quanto à intimação de partes e testemunhas;

XXIV – proceder à juntada de petições comprovando a interposição de agravo de instrumento (Código de Processo Civil, art. 526); desnecessária a abertura de conclusão, salvo se houver qualquer manifestação do Tribunal, inclusive comunicação de efeito suspensivo ao recurso;

XXV – determinar a intimação das partes, do retorno dos autos para cumprimento de acórdão, caso não haja determinação de diligência, quando os autos deverão ser imediatamente encaminhados à conclusão;

XXVI – reiterar a expedição de ofícios para localização das partes;

XXVII – Oficiar à Ordem dos Advogados do Brasil, solicitando os endereços profissional e residencial de advogado e estagiário;

XXVIII – Receber os requerimentos e laudos dos peritos judiciais e proceder, quando necessário, a intimação das partes e interessados para se manifestar em 5 dias;

XXIX – Intimar o réu, em 48 horas, para se manifestar sobre o pedido de desistência do autor, valendo o silêncio como anuência à extinção do feito;

XXX – Intimar o credor, em 5 dias, para se manifestar sobre depósito, valendo o silêncio como quitação, ficando o patrono do credor autorizado a dar quitação e requerer expedição de mandado de pagamento, por cota nos autos, diretamente no balcão da Serventia;

XXXI - Intimar a parte para se manifestar em 5 dias sobre proposta de acordo;

XXXII - Deferir consulta ao sistema INFOJUD, a fim de obter o endereço atualizado em razão do retorno negativo de mandado;

XXXIII - Intimar a parte para fornecer em 5 dias a documentação requerida pelo perito;

XXXIV - Intimar o interessado para fornecer cópia de petição extraviada, no prazo de 5 dias, podendo a mesma ser entregue diretamente no balcão da Serventia;

XXXV - Intimar o credor para informar se deseja a execução provisória, em 5 dias;

Art. 2º. Fica revogada a Ordem de Serviço nº 01/2007, entrando este Ato em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 22 de outubro de 2013

MARIA CRISTINA BARROS GUTIÉRREZ SLAIBI

Juíza de Direito

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há diversas RADs (atos normativos que dispõem sobre rotinas administrativas) e entre elas a RAD de Vara Cível 012, sobre a árdua e difícil função de secretariar o Juiz de Direito:

"RAD-VCIV – 012 – SECRETARIAR JUIZ DE DIREITO

7 REALIZAR O APOIO ÀS ATIVIDADES DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

7.1 O Secretário auxilia o Juiz nas tarefas que lhe forem designadas, assistindo-o na prestação jurisdicional, a saber:

- coordena a agenda do Juiz;
- realiza o pré-atendimento a advogados que desejam despachar com o Juiz;
- organiza os processos judiciais remetidos à conclusão, segundo os critérios que o Juiz estabelecer;
- pesquisa legislação, jurisprudência e normas, quando solicitado pelo Juiz;
- elabora relatórios e minutas de despachos, decisões e sentenças, bem como de informações em agravos e mandados de segurança, quando autorizado pelo Juiz;
- atualiza os atos do Juiz no Sistema DCP, inserindo na íntegra despachos, decisões, depoimentos e sentenças;
- promove as publicações, nos termos do Ato Normativo TJ nº 4/2009, quando for o caso;
- procede à triagem, à análise e ao encaminhamento de correspondências dirigidas ao Juiz;
- elabora e encaminha os expedientes gerados internamente no gabinete;
- verifica se todas as sentenças proferidas estão assinadas digitalmente, inclusive quando proferidas em audiência e assinadas fisicamente;
- gerencia o material e serviços do gabinete;

- gerencia os pedidos de manutenção e apoio de informática do gabinete
- gerencia a marcação e o cancelamento de audiências, quando houver delegação por parte do Juiz de Direito;
- coordena a agenda e o cadastro de Conciliadores em atuação no Juízo;
- apoia o Juiz no planejamento das reuniões de análise crítica ou das reuniões de dados;
- convoca, por determinação do Juiz, os participantes para a reunião de análise crítica ou de análise de dados, e elabora a ata da reunião;
- elabora atas de reunião da equipe, conduzida pelo Juiz;
- identifica os estagiários da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) em exercício na Vara.

8 SECRETARIAR AUDIÊNCIAS

8.1 Recebe os autos do processo judicial do Juiz, com a designação de audiência.

8.2 Lança a data da audiência nos autos do processo, utilizando a agenda para auxiliar na elaboração da pauta de audiências, quando houver delegação por parte do Juiz de Direito.

8.3 Elabora a pauta de audiências, quando houver delegação pelo Juiz de Direito, registra as audiências designadas no sistema informatizado, adotando todas as providências necessárias à sua efetivação, à exceção das diligências para a prática do ato, como por exemplo, expedição de mandados, ofícios e requisições.

8.4 Registra no Sistema DCP – Módulo Processo – Opção Audiência o número do processo, a data e hora e o tipo da audiência.

8.5 Disponibiliza os respectivos autos processuais na sala de audiências a cada data marcada.

8.6 Afixa a pauta em local próprio.

8.7 Realiza o pregão das partes.

8.8 Elabora a assentada com os dados do processo (número, autor e réu), no ato da audiência, e a exposição ditada pelo Juiz.

8.8.1 O Juiz pode designar servidor ou Conciliador para elaborar a assentada para o ato.

8.9 Ao final da audiência, imprime a assentada em vias assim distribuídas:

- uma via – autor (se autorizada pelo Juiz);
- uma via – réu (se autorizada pelo Juiz);
- uma via – autos do processo.

8.10 Registra o resultado das audiências no Sistema DCP – Módulo Processo – Opção Audiência, informando o número do processo, os participantes (Ministério Público, Defensoria Pública e Curador), o número de depoimentos, o texto na íntegra dos depoimentos, da sentença, da decisão ou despacho.

8.11 Lança a sentença em audiência com assinatura eletrônica.

- acessa o módulo “audiência” e preenche os campos;
- clica no botão “Textos” para vincular e juntar a sentença para assinatura eletrônica;
- na tela “Impressão de Textos” digita o código 111;
- clica no botão “Gravar”;
- visualiza e confere o texto da sentença na Tela;
- clica no botão “Imprimir”;

- disponibiliza para o próximo andamento ou encaminha para a assinatura digital do magistrado, conforme o caso.

8.12 Quando houver determinação por parte do Juiz de Direito, o Secretário registra as audiências gravadas por meio de registro fonográfico ou audiovisual em CD-ROM ou DVD-ROM, em 2 cópias: uma a ser juntada aos autos e a outra, como segurança dos dados, para arquivo em local apropriado em cartório.

8.12.1 O secretário identifica o CD-ROM ou DVD-ROM com a numeração dos autos e data da audiência, por meio de escrita com caneta apropriada, e apõe matrícula.

8.12.2 O secretário verifica, por amostragem, o áudio e vídeo das gravações, após todas as audiências realizadas no dia.

8.12.3 O cartório/gabinete promove cópia de todas as gravações do mês anterior em CD-ROM ou DVD-ROM até o primeiro dia útil de cada mês, caso a cópia da gravação não tenha sido feita logo após a audiência, por segurança dos dados.

9 APOIAR AS ATIVIDADES DE CONCILIADORES

9.1 Controla a documentação necessária à designação de Conciliadores e sua publicação no Diário de Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro (DJERJ).

9.2 Emite a agenda das audiências a serem realizadas pelos Conciliadores por tipo de ação, rito processual e matéria.

9.3 Na data designada, os Conciliadores retiram os autos dos processos dos respectivos escaninhos e procedem à audiência.

9.4 O Secretário/Conciliador lança o resultado das audiências com a respectiva assentada, no Sistema DCP – Módulo Processo – Audiência.

9.5 Acompanha as atividades dos Conciliadores para que o Juiz verifique as audiências realizadas e adote ação gerencial, se necessário.

10 APOIAR AS ATIVIDADES DE ESTAGIÁRIOS DA EMERJ

10.1 O Juiz determina as atividades que os estagiários da EMERJ poderão realizar.

10.1.1 O gabinete mantém controle dos processos em poder dos estagiários da EMERJ.

11 GERENCIAR A DOCUMENTAÇÃO DO GABINETE DO JUIZ

11.1 Arquiva os documentos recebidos e gerados pelo gabinete em pastas próprias.

11.2 Expede os documentos, em duas vias, encaminhando-os para os destinatários, com arquivamento de cópia em pasta própria do Gabinete, sendo o controle de protocolo feito pela serventia judicial, de acordo com a forma de remessa (malote ou correio).

12 INDICADORES

12.1 O secretário apoia o Juiz com base no Relatório Estatístico Consolidado – Mapa de Indicadores e o auxilia na análise dos dados."

4. ORGANIZAÇÃO DO GABINETE

São extremamente variados os modos de organização nos gabinetes dos Magistrados de todas as instâncias, o que depende até mesmo da competência do órgão jurisdicional, do modo de ser do magistrado, do

volume de demandas, dos procedimentos que deve levar em conta e tudo o mais que interessa na função jurisdicional.

Neste sentido, recomenda-se que o magistrado reúna o seu pessoal auxiliar periodicamente para proceder à análise crítica dos serviços e debater revisões e alterações que se mostrem necessárias.

Comentam-se a seguir as funções mais notáveis.

4.1. Coordenação ou Chefia do Gabinete

Todo gabinete deve ter entre os servidores um Coordenador ou Chefe de Gabinete, com a função relevante de organizar toda a prestação de serviços e dirigir as tarefas dos demais membros do Gabinete, além de servir de intermediário entre estes e o Magistrado.

De regra, incumbe ao chefe de Gabinete:

- cumprir as determinações do Magistrado sobre o funcionamento do Gabinete;

- supervisionar as atividades do Gabinete, atribuindo as tarefas aos demais integrantes do apoio judicial;

- controlar as audiências e outros compromissos judiciais;

- organizar a escala de férias e licenças, levando em conta, se possível, as férias e licenças do magistrado, de forma a evitar solução de continuidade nos serviços;

- controlar o recebimento e a devolução dos autos virtuais ou em papel, guardando histórico para eventuais esclarecimentos que lhe forem demandados;

- atendimento ao público, cartório, Advogados, membros do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública, bem como representar o magistrado no atendimento e resolução das questões que lhes forem oferecidas;

- revisar os atos mais importantes que são submetidos ao magistrado.

Dependendo do volume do serviço, deve o chefe do Gabinete delegar atribuições a um ou mais dos auxiliares.

4.2. Agendamento dos Compromissos do Magistrado

Além de despachar os processos, sentenciar os feitos e presidir audiências e outros atos processuais, o Juiz se vê obrigado a realizar muitas outras tarefas como, por exemplo, as complexas atividades administrativas da direção do Foro, do Foro Eleitoral e de plantões diurnos e noturnos, a organização de eventos como correições e diligências, o cumprimento e o acompanhamento das diligências determinadas pela Administração Judiciária Superior etc.

Daí a importância da função de agendamento, ou de secretaria em sentido estrito, dentro do gabinete, inclusive abrangendo a leitura e encaminhamento da correspondência dirigida ao magistrado que não seja referente a determinado processo, o que é de atribuição do respectivo cartório.

Nesta função, está também a designação de audiências e outros atos processuais que devam ter a participação do magistrado, inclusive se e quando estiver acumulando outros órgãos judiciais.

4.3. Acompanhamento da Legislação, Atos Normativos e Decisões Judiciais Coletivas

Como herdeiro do sistema jurídico românico germânico, ou *Civil Law*, o Direito brasileiro está submetido, de regra, ao princípio da legalidade, como decorre do disposto na Lei Geral de Normas do Direito Brasileiro ou do Código de Processo Civil, arts. 126 e 127:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Neste início do século XXI, mostra-se extremamente abrangente a aplicação das normas decorrentes dos textos internacionais, como decorre do § 2º do art. 5º da Constituição, constitucionais, com dezenas de emen-

das, e legais, estes não só os referentes aos diversos entes federativos, mas também a todas as entidades e organismos que podem legislar, como, no clássico exemplo, da ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas.

E mais complexa fica a aplicação do princípio da legalidade quando muitas decisões judiciais contam com foros de legalidade e aplicabilidade *erga omnes*, como decorre das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça em temas constitucionais, bem como da coletivização das decisões individuais, como os recursos repetitivos, súmulas vinculantes e comuns e precedentes outros.

E ao magistrado também interessa a publicação oficial referente à sua unidade jurisdicional e aos temas de sua competência específica.

Dáí a necessidade de se ter em cada Gabinete a função de acompanhamento da publicação ou divulgação de todas as matérias antes elençadas, pois resultam não meramente da leitura de uma folha de papel do Diário Oficial, mas de dezenas de fontes obrigatórias e que podem ser acessadas pela Internet ou pela Intranet de cada Tribunal.

4.4 Classificação dos Feitos Antes dos Despachos

Se não vierem organizados do cartório, os autos, manuais ou virtuais, devem ser devidamente classificados, levando em conta o que neles vai ser providenciado, como, por exemplo:

- os urgentes, inclusive petições iniciais;
- as petições iniciais de acordo com a sua natureza;
- assinaturas de ofícios e mandados;
- despachos de mero expediente que podem ser feitos *de ordem do MM. Juiz*;
- processos de decisões e sentenças que ainda não contem com o esboço ou projeto do ato;
- os mais antigos de número ou de conclusão com precedência aos demais etc.

4.5. Classificação após o Despacho

Também após o despacho, os autos devem ser separados de acordo com a sua destinação, como, por exemplo:

- os que vão retornar a Cartório;
- os que necessitam de esboço de decisão ou sentença ou expediente ou de correção do esboço ou expediente;
- os que devem ser anotados para fins de designação de audiências ou simplesmente para merecer atenção especial em momento ulterior, como aqueles em que se concedeu medida cautelar.

4.6. Agente Estatístico

Trata-se de função relevantíssima dentro do Gabinete, pois é impossível ao magistrado ou ao chefe do Gabinete não só anotar os dados que interessam às estatísticas do Conselho Nacional de Justiça ou da Corregedoria Geral da Justiça, como simplesmente entender os dados estatísticos que são remetidos e que devem ser aprovados em prazo exíguo, bem como as instruções, nem sempre simples, para a realização de toda atividade específica.

Tais são as funções do agente estatístico, a quem incumbe esse acompanhamento.

4.7. Gerente da Tecnologia de Informação (GTI)

A Justiça deste século XXI está completamente inserida no complexo mundo da Tecnologia de Informação.

Autos e expedientes em papel são substituídos por meios de comunicação eletrônica; os dados são armazenados em imensos bancos, muitas vezes situados *nas nuvens* ou em locais ignorados onde estariam os equipamentos de *hardware*; os Advogados não mais fazem filas perante o escrevente para saber sobre a tramitação, nem hordas de estagiários fazem o calvário diurno de saber o que eventualmente tinha sido despachado...

O Conselho Nacional de Justiça e as Administrações de todos os Tribunais usam cada vez mais meios informatizados, inclusive utilizando bancos de dados de outros Poderes ou de entidades como o Serviço de Proteção ao Crédito.

Dáí a importância da função de gerenciar os meios de tecnologia da informação, o que deve existir em todos os órgãos jurisdicionais e administrativos.

Aliás, tal função hoje é comum não só nos escritórios de advocacia como também em todas as entidades públicas e privadas.

Incumbe ao Gerente de Tecnologia de Informação:

- gerenciar os diversos sistemas de bancos de dados e de comunicação eletrônica;
- comunicar-se com os órgãos centrais de informática e de comunicação;
- receber a capacitação para a utilização de *softwares* e *hardwares*;
- prestar os esclarecimentos necessários ao pessoal interno e obter as instruções necessárias para tal;
- entender-se com o Chefe de Gabinete e com o Escrivão para o adequado funcionamento dos serviços;
- controlar os equipamentos e materiais utilizados na unidade de quanto à Tecnologia de Informação.

4.8. Pesquisa e Controle de Precedentes

A pesquisa é função relevantíssima no gabinete, pois o magistrado deve exigir que conste em suas decisões e sentenças os precedentes, inclusive e principalmente os próprios, para que não parem dúvidas sobre a sua imparcialidade.

Evidentemente, salvo raríssimas exceções, não é necessário que se traga precedentes em feitos e decisões mais simples e usuais.

Quanto ao controle de precedentes, é necessário que se verifique os casos em que decisões proferidas pelos Tribunais superiores tenham

efeitos coletivos, circunstâncias que muitas vezes não são indicadas pelas partes porque estariam ferindo o seu interesse.

4.9. Correção e Atualização dos Formulários Utilizados para Despachos e Sentenças

Geralmente em cada órgão jurisdicional existem dezenas ou mais formulários, quase sempre em arquivos virtuais, que são utilizados como padrões para despachos e decisões, os quais são classificados para facilitar a consulta e a utilização.

Ocorre que os padrões são alterados em decorrência não só da evolução do entendimento do magistrado, mas muitas vezes adotando o entendimento das instâncias superiores, assim se atendendo à lei do menor esforço.

Daí vem outra função permanente que é a de correção e atualização dos formulários, o que deve ser gerido de forma eficiente.

4.10. Revisão dos Atos

Impossível deixar a cargo do magistrado a revisão dos atos que lhe são submetidos a despacho.

É claro que ele os revê antes de assiná-los analógica ou virtualmente, mas pode ocorrer que lhe escape da atenção não só temas importantes, como outros que possam até mesmo conduzir a eventuais nulidades.

Os atos cartorários mais importantes, como mandados de pagamento, de prisão, ou de soltura, são apresentados a despacho judicial com a autenticação do servidor que o digitou ou elaborou e do escrivão que o revisou.

Este autor, há longos anos, exige que o assessor que elaborou o esboço de voto ou despacho coloque no rodapé da página as suas iniciais, como meio de identificação de quem o elaborou e também tem exigido que haja a revisão do ato por outro assessor.

Note-se que não raras vezes a revisão transcende o vernáculo e alcança até mesmo o conteúdo como, por exemplo, se no arbitramento da

reparação de danos morais se utilizou precedente do mesmo magistrado ou do órgão que integra, e se o precedente adotado guarda relação com o caso em debate.

Note-se que a revisão por outro colega se tornou praxe no processamento eletrônico, em que o relator submete aos demais julgadores, dias antes da sessão de julgamento, o esboço do voto que pretende formular, o que não significa que o voto se torne irretroatável desde então.

Neste aspecto, dispõe o Código de Ética da Magistratura nacional, de onde são extraídas normas que indubitavelmente são aplicáveis a todo o pessoal do Gabinete do Magistrado, preservando-se o sigilo:

SIGILO PROFISSIONAL

Art. 27. O magistrado tem o dever de guardar absoluta reserva, na vida pública e privada, sobre dados ou fatos pessoais de que haja tomado conhecimento no exercício de sua atividade.

Art. 28. Aos juízes integrantes de órgãos colegiados impõe-se preservar o sigilo de votos que ainda não hajam sido proferidos e daqueles de cujo teor tomem conhecimento, eventualmente, antes do julgamento.

4.11. Capacitação

A capacitação do pessoal que vai integrar o Gabinete do Magistrado deve ser feita em atenção às funções peculiares que exerce, de forma a apresentar eficiência suficiente mesmo quando houver alteração do pessoal por remoções, licenças e férias, ou quando assim o exigir eventos extraordinários como, por exemplo, em caso de acumulação de outro órgão pelo Juiz.

Mostra-se inviável realizar cursos pela Escola Judicial que exijam o deslocamento do servidor, mormente nestas épocas de crise na mobilidade urbana ou se o Juízo se encontra distante do local de capacitação.

Preferencialmente a capacitação deve ser dada no mesmo local de trabalho e em atenção às peculiaridades do órgão, de forma tal que possa haver substituição ou rodízio das funções entre todos, ou ao menos, a maioria dos funcionários do Gabinete.

É certo que um ou outro servidor tem sempre a preferência de realizar determinadas tarefas, mas isso não implica que possam os demais serem excluídos da função, ficando assim preparados para situação excepcionais e intransponíveis que possam alcançar o servidor especializado.

4.12. Análise Crítica Periódica

A integração do trabalho exige a realização de debates e análises críticas periódicas, inclusive delas participando o magistrado, que é o principal responsável pelo serviço do Gabinete, e que deve entender as tarefas e sua extensão para tomar as decisões necessárias.

4.13. Integração do Gabinete com o Cartório

É essencial a integração do Gabinete com o Cartório pelas relações essenciais entre eles, pois estão dependentes entre si para a realização de todas as tarefas e ambos sofrem eventualidades que vão repercutir nas funções do outro.

Tal integração se faz não só através do Chefe do Gabinete e do Escrivão, mas entre os funcionários de ambos, inclusive com a participação do magistrado. ❖

Execução Contra a Fazenda Pública e o Projeto de Código de Processo Civil à Luz da Interpretação Constitucional

Priscilla Souza e Silva Menário Scofano

Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela PUC-RJ e com especialização em Direito Público Privado - convênio Universidade Estácio de Sá e EMERJ. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado – ESPGE. Mestranda na PUC-SP - Direito Processual Civil.

RESUMO

O presente artigo busca compreender a legislação vigente, bem como o texto projetado do Código de Processo Civil, através da interpretação histórica e do conhecimento do contexto social brasileiro em que se desenvolveu a sistemática da execução contra a Fazenda Pública como uma prerrogativa processual. Para tanto, realiza-se um estudo do direito comparado, em especial o de Portugal, país do qual herdamos influências sociais e até a mesma fonte normativa, quando compartilhávamos o mesmo ordenamento jurídico nos tempos do Brasil colônia. Assim, analisa-se à luz da Constituição Federal a validade (ou não) das propostas de modificação do Código de Processo Civil quanto à execução contra a Fazenda Pública. Por fim, verifica-se a eventual conveniência e utilidade em realizar tais transformações diante das reformas pontuais já realizadas no ordenamento jurídico processual, sem que se perca de vista a necessária manutenção da coerência do sistema processual-constitucional.

PALAVRAS CHAVES: Execução. Fazenda. Precatório. Projeto. Processo.

ABSTRACT

This article seeks to understand the current legislation, as well as text of the draft Code of Civil Procedure, through a historical interpretation and the knowledge of the Brazilian social context in which it developed the systematic execution against the Treasury as a procedural prerogative. For such there will be a study of comparative law, particularly Portugal, a country that he inherited and social influences to the same rules when we shared the same source law from the times of Colonial Brazil. Thus, it is analyzed in light of the Federal Constitution, the validity (or not) the proposed amendments to the Code of Civil Procedure for the enforcement against the Treasury. Finally, there is the potential convenience and utility to perform these transformations on the specific reforms already implemented in procedural law, without losing sight of the need to maintain consistency of procedural and constitutional system.

KEY WORDS: Execution. Treasury. Precatory. Draft. Process.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Contexto Histórico Brasileiro. 2. A Disciplina no Direito Comparado. 2.1. Os diferentes sistemas de jurisdição: a unicidade e a duplicidade. 2.2. A execução contra Fazenda Pública em países de origem do sistema *common law*. 2.3. A execução contra Fazenda Pública no ordenamento alemão. 2.4. A execução contra Fazenda Pública em Portugal. 3. Controvérsias Atuais na Execução contra Fazenda Pública. 3.1. A disciplina constitucional. 3.2. Normas infraconstitucionais que regulamentam a matéria. 3.3. A natureza jurídica do procedimento de requisição de precatório. 4. Código Projetado. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O regime diferenciado de execução para pagamento de quantia certa contra a Fazenda Pública destaca-se como uma das principais prerogativas processuais inerentes aos entes de direito público.

Observa-se que tal prerrogativa possui status constitucional, conforme depreende-se da leitura dos art. 100 e seguintes da CRFB/88, diferentemente das demais prerrogativas, como o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer que encontra previsão em norma infraconstitucional (art. 188 do Código de Processo Civil), demonstrando-se, assim, a importância do regime de execução contra a Fazenda Pública.

Este tratamento jurídico distinto, em que pese tratar-se de aparente lesão ao princípio da igualdade, possui sucedâneo no princípio da razoabilidade e na supremacia do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o particular constitui um dos alicerces do direito público e resulta da necessidade de irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais¹. Ao Estado cabe o dever soberano de indicar o conteúdo do termo interesse público, que em lições de Leonardo Carneiro representa

*Interesse público constitui um conceito jurídico vago ou indeterminado, merecendo análise no caso concreto para, diante do princípio da proporcionalidade, ser verificada a sua presença. Constatada a presença do interesse público, este deve prevalecer sobre o particular. Não é esse o entendimento de Raquel Cavalcanti Ramos Machado, para quem somente é possível referir-se à supremacia do interesse público sobre o particular, “quando se tratar de conflito entre interesse público primário e interesse particular não protegido por norma de direito fundamental. E ainda nesse caso, a Administração terá de agir proporcionalmente, ou seja, sempre visando ao atendimento do interesse público primário, restringindo o interesse particular do cidadão somente na medida do estritamente necessário”.*²

Assim, a finalidade dos atos administrativos deve ser formada pelo interesse público, o qual não significa o conceito simplista de soma dos interesses particulares, sendo certo que a Administração é competente para

1 BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: para uma Teoria Geral da Política. 3ª edição. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 24-25.

2 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Interesse Público e Direitos do Contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 119.

definir o interesse público³ naquilo que não constitui domínio reservado ao Legislador.

A necessidade de conferir prerrogativas processuais à Fazenda Pública decorre justamente da atividade de tutelar o interesse público, exigindo-se, assim, condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado quando atuam em juízo, pois

(...) quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. (...) Ora, no momento em que a Fazenda pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora⁴.

Desta forma, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública atendem ao sentido aristotélico de igualdade, de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade, uma vez que a Administração Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. O volume de trabalho que cerca os advogados públicos impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para os particulares.

Ademais, enquanto um advogado particular pode recusar determinadas causas, selecionando as que lhe são convenientes e tenha possibilidade de êxito, o advogado público não pode declinar de sua função⁵, devendo proceder a defesa da Fazenda Pública em toda e qualquer causa que lhe seja designada a atuação.

3 O interesse público inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. (...) a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 160 e 163).

4 MORAES, José Roberto de. "Prerrogativas processuais da Fazenda Pública." in **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo**. SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cássio Scarpinella (org.). 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

5 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 1996, p. 45.

Observa-se que, em ordenamentos jurídicos estrangeiros de tradição republicana e democrática, a jurisdição exercida nas causas da Fazenda Pública é diferenciada. O contencioso desloca-se do Poder Judiciário e é exercido no âmbito da própria Administração Pública, chamando de “Contencioso Administrativo”, como ocorre do direito francês, italiano e português. No direito português, a jurisdição administrativa decorre de determinação constitucional, criando uma categoria diferenciada de tribunais administrativos e fiscais.

Por conseguinte, justifica-se a manutenção das prerrogativas processuais, dentre as quais o regime de execução diferenciado, equivocadamente interpretadas como privilégios em favor da Fazenda Pública, por ser sua função principal a promoção do interesse público, o qual deve ser preservado, prevalecendo sobre os interesses particulares.

E não é por outra razão que o projeto de novo Código de Processo Civil manteve tais prerrogativas, trazendo contudo, alterações as quais serão objeto do presente estudo. Assim, pretende-se verificar, à luz de uma leitura constitucional, se as alterações propostas pelo código projetado se encontram em consonância com a preservação do interesse público ou se haveria inconstitucionalidade em determinadas modificações que pretendem dispensar tratamento paritário entre a Fazenda Pública e o particular, quando em verdade não o são.

1. CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO

Desde os tempos do Brasil Colônia, a Fazenda estava submetida ao mesmo regime de execução que o particular, ou seja, a expropriação por meio de penhora, independentemente da natureza do bem, para satisfação da obrigação.

O sistema embrionário da cláusula de inalienabilidade e, por consequência, a de impenhorabilidade foi instituído por uma Lei de 1582, que dispunha da impenhorabilidade de bens de propriedade de Fidalgos, Cavalheiros e Desembargadores, ou seja, tratava-se de um privilégio dos nobres, não havia relação com a afetação do bem à finalidade pública, ou ainda a sua natureza de bem público.

A Constituição do Império, de 1824 previa ainda de forma tímida certa prerrogativa da Fazenda, de forma que seus bens apenas poderiam ser alienados com autorização do Legislativo, afastando parcialmente a Fazenda da forma de execução destinada ao particular.

A primeira regulamentação sobre a impenhorabilidade no ordenamento jurídico brasileiro foi introduzida por uma norma infraconstitucional (Instrução Normativa de 1851, do Diretório do Juízo Fiscal e Conhecioso dos Feitos a Fazenda), decorrente da interpretação do texto da Constituição de 1824. O texto constitucional dispunha que, para a alienação de bens públicos, era necessária a autorização do Poder Legislativo por meio de decreto; portanto, os bens públicos seriam inalienáveis, até que fosse editada a autorização legislativa para tanto.

A Constituição de 1934 foi a primeira a conferir status constitucional ao regime de precatório, apenas para a Fazenda Federal, omitindo-se quanto à esfera estadual e municipal. A Constituição de 1937 trouxe confusão quanto ao gênero da palavra, denominando o regime de “precatória”.

A Constituição de 1946 estendeu o regime de precatório a todos os demais entes da Federação. A Constituição de 1967 apresentou um avanço significativo por determinar a inclusão no orçamento das entidades de direito público da verba necessária para cobrir os precatórios, na tentativa de implementar certa responsabilidade fiscal para pagamento de débitos.

Tratava-se de uma técnica processual para obter a execução da sentença, sendo elevada esta regulamentação a status constitucional, pois acarretava um confronto potencial entre os Poderes, exigindo um tratamento próprio no texto da Constituição de 1967, uma vez que o Presidente do Tribunal atuava em uma função atípica: a administrativa, para inserir no orçamento a previsão de despesas para a Administração Pública.

Em breve estudo sobre direito comparado, o qual se fará a seguir, buscando institutos análogos em ordenamentos jurídicos de outros países, não se encontra nenhuma referência a regime de pagamento similar ao precatório, tratando-se de uma criação jurídica e eminentemente brasileira, decorrente das diferentes influências externas em nosso ordenamento.

Até mesmo na Constituição de Portugal, país o qual nos deixou um grande legado jurídico em razão da colonização, há previsão expressa em seu art. 210 quanto à responsabilidade objetiva aos administrados quando do não cumprimento de decisões judiciais.

O pagamento por meio do regime de precatório busca coibir abusos, favorecimentos, preterições, e, principalmente, a corrupção, materializada na prática da advocacia administrativa. O regime de precatório tem o escopo de estabelecer uma ordem de preferência para o pagamento dos débitos da Fazenda Pública decorrentes de condenação judicial, à luz do

princípio da impessoalidade, que deve permear toda a atuação administrativa, expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal

2. A DISCIPLINA NO DIREITO COMPARADO

2.1. Os diferentes sistemas de jurisdição: a unicidade e a duplicidade

Antes de abordar o estudo sobre o direito comparado, para fins de identificar a disciplina da execução contra a Fazenda Pública em ordenamentos estrangeiros, é indispensável verificar as espécies de sistemas jurídicos em que tais ordenamentos se desenvolvem.

Observa-se que há distintas formas de relacionamentos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em que pode haver uma unidade ou duplicidade de jurisdição. Os sistemas jurídicos também podem ser de duas principais diferentes espécies, (i) romano-germânico e (ii) *common law*.

No sistema romano-germânico a lei é superior a qualquer outra fonte do direito, diante da necessidade de observância das regras devido à complexidade das relações sociais, o que obriga a conferir-se prioridade a normas pré-estabelecidas, entre os elementos de uma solução justa, diferentemente do *Common Law*, em que a lei apenas desempenha, na história do direito inglês, uma função secundária, limitando-se a preencher lacunas ou complementos à obra da jurisprudência.

A jurisprudência no sistema romano-germânico apenas possui importância como fonte de interpretação da lei. Verificando-se a propensão atual dos juristas na procura de um apoio em um texto legal, no sistema jurídico da *Common Law* a jurisprudência é a principal fonte do direito, tendo como princípios a organização judiciária e a regra do precedente. Para esse sistema, a principal fonte do direito é a jurisprudência, seguida da lei, o costume, a doutrina e a razão.

A doutrina, durante muito tempo, foi fonte fundamental do direito no sistema romano-germânico, pois era nas universidades que os princípios da doutrina eram postos em evidência. Mas do sec. XIII ao XIX, substituiu-se a doutrina pela lei, com o triunfo dos ideais democráticos e a codificação. Na *Common Law*, a doutrina foi subestimada na Inglaterra,

onde o direito deve menos aos professores e mais aos juizes, que, por intermédio da jurisprudência, fazem valer o direito.

Outra característica do sistema romano-germânico, adotado pelo sistema jurídico brasileiro, é o fato de ter sido elaborado, por razões históricas, para reger as relações privadas entre os cidadãos, como bem observado pelo professor português Marcelo Rebelo de Souza

*(...) no domínio do Direito Privado, por reconhecer à lei um lugar de relevo entre os modos de criação do Direito (embora como alguma hipocrisia de permeio), por minimizar o papel do costume, por conceber a subordinação estrita da jurisprudência à lei e por revelar uma técnica apurada no tratamento abstracto do material dedutivo, abstracto e genérico, em detrimento do raciocínio indutivo, concreto e pontual. A interpretação, a integração de lacunas e a aplicação revestem-se de carácter essencialmente normativo. O Estado e a Administração Pública ancestralmente dominam a sociedade civil.*⁶

O sistema da *Common Law* está ligado ao exercício do poder real, portanto, na sua formação e desenvolvimento há uma relação maior com o direito público. Este sistema se caracteriza pelo direito consuetudinário, jurisprudencial e baseado em precedentes julgados pelas Cortes de Justiça, com força vinculante.

Cotejando os dois sistemas, observa-se que os juristas do continente europeu, ligados ao sistema do direito romano-germânico, voltam-se para regras substanciais de cada direito (*substantive law*), relegando o processo a segundo plano, assim como tudo o que diz respeito às provas ou à execução de decisões da justiça (*adjective law*), numa hierarquização que remonta aos romanos, os quais faziam distinção entre os jurisconsultos e os advogados.

O sistema da *Common Law* não se caracteriza por um direito acadêmico ou de princípios, mas um direito de processualistas e de práticos, afirmando-se que o grande jurista da Inglaterra é o juiz. Em lições de Francisco Wildo, a distinção entre os sistemas está intrinsecamente relacionada à importância do direito processual para alcançar o deslinde da demanda:

6 SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Introdução ao Estado do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Publicações Europa América, 1998, p. 249-250.

Na Inglaterra, a maioria dos litígios que tenham por base a chamada administrative law ou o direito criminal é resolvida pelos tribunais ditos “inferiores”, por comissões do contencioso administrativo e por árbitros privados, à semelhança da, entre nós, introduzida (à época da 1ª edição desta obra, naturalmente) Lei 9.307/1996, limitando-se os Tribunais Superiores a exercerem um controle sobre a maneira como interpretam e aplicam o direito e, em muitos casos, sobretudo a respeito das comissões e do contencioso administrativo, limitando-se a apreciar o modo como foi conduzido o processo.

A distinção é bem significativa. Para o jurista inglês, seguir um processo bem regulado, em que se observe a lealdade, forçosamente conduzirá a uma solução justa. Para o jurista francês – que aqui representa o sistema romano-germânico, a que pertencemos – ao contrário é necessário que a lei diga ao juiz qual a solução de justiça e, se o juiz já conhece essa solução, não se deve impedi-lo de chegar a ela, regulamentando com excessiva minúcia o processo e as provas⁷.

Desta forma, observa-se que para o sistema romano-germânico haveria uma hostilidade concernente à intervenção dos Tribunais Judiciais nos litígios em que a atividade administrativa integrasse a lide, à luz de uma interpretação extremada do princípio da separação de poderes, dando origem, assim, ao sistema de dupla jurisdição, admitindo-se a justiça administrativa. Assim, depreende-se que a unicidade de jurisdição não é inerente a todo estado democrático de direito.

Na Itália e na França observa-se a duplicidade de jurisdição, ou seja, a Administração Pública não estaria submetida ao poder da jurisdição comum, destinada às relações jurídicas entre particulares. Justifica-se a não submissão da Administração ao Judiciário, uma vez que os atos administrativos são dotados de autoexecutoriedade, portanto, dispensa-se a coerção do particular por meio do Judiciário, uma vez que a própria administração pode exercê-lo.

No sistema dúplice de jurisdição, a “justiça administrativa” tem lugar quando o demandante é o particular, sob o fundamento de alegada lesão a direito por ato da Administração Pública.

⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 65.

A duplicidade de jurisdição remonta dos tempos da Revolução Francesa, imbuída dos princípios da separação dos poderes, em contraposição ao absolutismo monárquico, em que a figura do Rei concentrava o exercício dos três poderes de forma despótica. Assim, a Lei revolucionária francesa n. 16, 24 de agosto de 1790, dispôs sobre a organização judiciária, estabelecendo a total impossibilidade de qualquer controle por parte do Judiciário de atos da Administração. A mesma organização judiciária foi observada também na Itália onde

*... os tribunais civis italianos não só não estão impedidos de exercer algum poder cautelar de suspensão do ato administrativo, impugnado por lesão de direitos subjetivos, como nem mesmo podem anular o administrativo, mesmo se declarado lesivo a um direito fundamental, devendo limitar-se à condenação dos ressarcimentos dos danos.*⁸

Contudo, o sistema construído após a Revolução Francesa nos países de tradição romano-germânica levou a extremada e paradoxal separação de poderes, em que não se permitia sequer o salutar controle entre os poderes. Criava-se assim uma espécie de “Tribunal de Exceção” às avessas, em que a Administração Pública, e, por conseguinte, os atos administrativos, gozavam de imunidade à apreciação de lesão a direito dos particulares pelo Judiciário.

Por outro lado, o sistema da unicidade da jurisdição, o qual permite o controle jurisdicional sobre a Administração Pública, constituiu-se como um princípio da *common law*, possibilitando a responsabilização da Administração Pública por seus atos.

No que tange à evolução histórica do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário no Brasil, em que pese o modelo de sistema jurisdicional observar o modelo romano-germânico, a jurisdição dúplice não foi adotada por nosso ordenamento jurídico atual.

A experiência brasileira de exercício da jurisdição iniciou-se no período colonial, quando não havia meios específicos de proteção dos particulares contra atos ilegais ou eivados de abuso de poder da Administração Pública. Contudo, era admitida a inauguração de contencioso em face da Fazenda pelos meios processuais ordinários de resolução de conflitos.

⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 223-224.

Em demandas com consequências financeiras, instituía-se em legislação datada de 1761 a entidade do “Tesouro Geral e Real do Erário”, e criou-se o Conselho da Fazenda, para fins de julgar causas que afetassem as rendas e bens da Coroa. Assim, o Conselho da Fazenda tinha a competência não de anular ou suspender atos administrativos, proferindo assim uma sentença constitutiva, mas apenas o poder de proferir sentença condenatória, seja para ressarcimento dos prejuízos ou para adimplemento específico devido pela Fazenda.

No período imperial, com a independência em 1822 e a Constituição outorgada em 1824, o ordenamento jurídico brasileiro passou a conceber o quarto poder: o Moderador. Havia a jurisdição contenciosa comum, quando envolvesse a Fazenda em questões civis, cuja competência seria a do Juízo Privativo dos feitos da Fazenda determinada pela Lei 242, de 29/11/1941, e a jurisdição administrativa ficava a cargo do Conselho de Estado, criado pelo Decreto 222, de 09/09/1842. Neste breve período, havia uma duplicidade de jurisdições e, para fins de dirimir conflitos de competência recorrentes, o Imperador aprovou o parecer jurídico elaborado por dois importantes juristas da época, em que se afirmava que

O contencioso administrativo, que é excepcional, só se compõe das questões que, ou por atenção à sua natureza ou por conveniência do serviço, são destacadas expressamente por lei do domínio do foro ordinário para a competência dos tribunais administrativos, como limitação especial daquela norma ou princípio geral.⁹

Com a proclamação da República, em 1889, adotou-se a unicidade da jurisdição, abolindo-se o contencioso administrativo. Portanto, em que pese nossa tradição Romano-germânica de codificação do ordenamento jurídico, nosso sistema de jurisdição segue características de países que adotaram a *commom law*, como os Estados Unidos e a Inglaterra, em que há unicidade de jurisdição.

Por conseguinte, o Brasil construiu um sistema híbrido de controle dos atos da Administração pelo Poder Judiciário, diverso dos demais sistemas acima descritos, com amplo controle judicial da Fazenda, criando, inclusive, instrumentos como o mandado de segurança, para impugnar judicialmente atos administrativos eivados de ilegalidade ou abuso de poder.

9 BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 6ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 30.

O ordenamento jurídico brasileiro, desde então, estabeleceu uma justiça de tratamento isonômico, aplicando a lei processual a qualquer das partes, indistintamente, não excluindo do judiciário nenhuma lesão a direito, independentemente da natureza da relação jurídica ser de direito público ou privado, salvo no tocante à execução das dívidas fazendárias, a qual deu origem ao regime de pagamento denominado precatório.

2.2. A execução contra Fazenda Pública em países de origem do sistema *common law*

Como o ordenamento brasileiro se inspirou no modelo de unicidade de jurisdição tradicionalmente verificado nos países que adotaram o regime da *common law*, em que os atos administrativos estão submetidos ao controle judicial, deste sistema decorreu a criação do regime de requisição de pagamento por meio do regime de precatório, de status constitucional.

Contudo, observa-se que nos Estados Unidos da América, regido pelo sistema da *common law*, o processo executivo, independente das partes, não possui natureza jurisdicional. A atividade jurisdicional se encerra com o provimento da decisão de mérito para o deslinde da ação, enquanto a fase executiva da decisão é regida por legislação estadual, tratando-se de atividade meramente administrativa:

*A execução de uma decisão local é meramente administrativa. O vencedor apresentará uma cópia da sentença ao **sheriff** que expedirá um mandado de execução (**writ of execution**).*

Esse mandado conterá uma determinação para que qualquer pessoa ou empresa que controle a propriedade do devedor a entregue à autoridade, a fim de satisfazer o crédito.¹⁰

Nos Estados Unidos da América o cumprimento de decisões judiciais não admite desatendimento ou resistência, e para, obter a efetivação da determinação judicial, criou-se o instituto da *contempt of Court*, definido como o poder atribuído a órgãos governamentais de punir a conduta desdenhosa em respeito as decisões judiciais, sendo considerado um

¹⁰ KANE, Mary Kay. *Civil Procedure in a nutshell*. St. Paul: West Publishing, 1996, p. 207.

comportamento de desobediência¹¹ a uma ordem ou qualquer conduta intencional de desacato aos processos de uma Corte.

Ocorre que a unicidade do sistema de jurisdição norte americano não representa o amplo controle dos atos da Administração Pública pelo poder Judiciário. De acordo com a doutrina *sovereign immunity* ou *governmental immunity*, em tradução livre denominando-se “imunidade governamental”, ou seja, o ente público não pode ser processado nem julgado salvo nas hipóteses legais.

Assim, para o governo federal americano, bem como em muitos estados, há leis de renúncia a esta imunidade, permitindo a instauração ações em face da Fazenda nas hipóteses especificadas. O primeiro diploma legal que disciplina as possíveis ações judiciais contra a Administração Pública refere-se aos litígios decorrentes de contratos de natureza pública, em que o particular alega inadimplemento da Administração Pública.

Admite-se ainda, conforme o *The Tort Claims Act*, a propositura de demandas que dizem respeito a questões tributárias, demandas superiores a dez mil dólares, ou ainda com fundamento na Constituição americana, em ato do Congresso ou em regulamento de órgão do Poder Executivo. Incluem-se, ainda, as questões decorrentes de contrato explícito ou implícito com os Estados Unidos, ou reparações líquidas ou ilíquidas não baseadas no direito civil¹².

A execução de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública é classificada pelo valor, (i) em condenações de importância superior a cem mil dólares o Tribunal de Justiça deve encaminhar os autos ao Congresso para que este confira se os cálculos e o valor apontado como devido está correto, após, é transmitido ao Ministério da Fazenda um certificado para que este emita um cheque em favor do credor para pagamento, (ii) nas

11 No Brasil, o descumprimento de decisão judicial também pode acarretar o crime de desobediência, tipificado no artigo 330 do Código Penal, porém, quanto à sua consumação, é necessário demonstrar a ocorrência de dolo por parte do Administrador para descumprir deliberadamente a decisão. Ocorre que, por vezes, não se verifica a intenção dolosa em descumprir a ordem judicial, ao contrário, a ordem é cumprida dentro das possibilidades técnicas da Administração Pública, diante da complexidade dos atos necessários.

Assim, os juízes competentes para a ação em andamento, mas que não possuem competência penal, ao vislumbrarem o descumprimento das ordens judiciais que proferem, determinam a extração de cópias ao Ministério Público com o fim de apurar eventual a ocorrência do delito. Contudo, vale esclarecer que tal expediente utilizado pelos juízes – extremamente burocrático e desnecessário – não possui efetividade prática, uma vez que o Administrador Público não incide dolosamente em seu descumprimento, ocorrendo eventualmente apenas certa morosidade para o seu cumprimento, não em razão da desídia, mas devido necessidade de observar todos os requisitos legais para a realização do ato administrativo que compreende a determinação judicial.

12 COLE, Charles D. "Imunidade soberana e responsabilidade civil do governo federal dos Estados Unidos da América. Execução contra a Fazenda Pública". Brasília: Centro de Estudos Judiciários (Conselho da Justiça Federal, série **Cadernos do CEJ**, n. 23). 2003, p. 90.

condenações em valor inferior a cem mil dólares não há análise prévia do Congresso; os documentos necessários, são encaminhados diretamente ao Gabinete-Geral da Contabilidade que, após a verificação, emite um cheque que é enviado pelo correio ao autor.

A partir de 1956, o Congresso editou uma norma que criou um fundo específico para pagamento de indenizações, para as quais não havia provisão específica. Verifica-se que os EUA também realizam previsão orçamentária para pagamento de indenização decorrentes de condenações judiciais, contudo, o fazem de forma preventiva, como provisão de despesas indeterminadas e não como realizado no Brasil, em que se insere no orçamento despesas já líquidas e certas, com decisão transitada em julgado.

Acrescenta-se, ainda, que se admite a compensação com débitos do autor, o que, contudo, se trata de uma faculdade, diferentemente da forma como ocorre no Brasil, em que a propositura da compensação é uma prerrogativa da Fazenda, prevista no art. 100, § 10¹³ da Constituição da República; se a Fazenda entender conveniente exercer tal prerrogativa, o credor não pode manifestar-se contrariamente. Em hipótese de o credor pretender obter a compensação, este não possui direito subjetivo para requerê-la, pois a compensação entre precatório e débitos tributários no direito brasileiro depende da conveniência e oportunidade da Fazenda.

2.3. A execução contra Fazenda Pública no ordenamento alemão

Na doutrina tradicional alemã, Otto Mayer considerava inadmissível a execução forçada contra a Fazenda Pública, pois em um Estado de Direito não seria necessário exigir que o Estado pudesse ser coagido para que respeitasse e satisfizesse seu próprio Direito¹⁴.

Contudo, após a edição da Lei Fundamental Bonn, a possibilidade de execução forçada contra o Estado tornou-se um imperativo deduzido da ga-

13 Ainda sem modulação quanto aos efeitos da decisão nas ADIs 4.357 e 4.425 em que o STF julgou inconstitucionais dispositivos do artigo 100 da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional (EC) 62/2009, que instituiu o novo regime de pagamento dos precatórios, vale esclarecer que os parágrafos 9º e 10 também foram declarados inconstitucionais, por maioria de votos, sob a alegação de ofensa ao princípio da isonomia. Os dispositivos instituem a regra da compensação, no momento do pagamento dos precatórios, dos débitos que o credor privado tem com o poder público. A regra foi considerada inconstitucional porque acrescenta uma prerrogativa ao Estado de encontro de contas entre créditos e débitos que não é assegurada ao entre privado.

14 SOMMERMAN, Karl-Peter. **A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública no Direito Alemão**. Tradução de Leonardo Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 107.

rantia à tutela dos direitos subjetivos (*Rechtsschutzgarantie*), afastando os argumentos decisivos contra a permissão da execução forçada contra a Fazenda Pública como a separação de Poderes e o Estado Democrático de Direito.

Observa-se ainda que a jurisdição alemã possui vários ramos: há a jurisdição ordinária (civil e penal), a jurisdição administrativa geral (ações de anulação, de suspensão de ato administrativo, ações de obrigação de fazer), a jurisdição social (que se assemelha a previdência social), e a jurisdição de finanças (identificada como atuação fiscal).

A estrutura do Poder Judiciário alemão se assemelha à organização judiciária brasileira. Em ambos os sistemas, devido à estrutura federativa, a jurisdição comum é exercida pelos Tribunais estaduais, que têm competência residual. Os Tribunais Federais apenas atuam em hipóteses previstas na Constituição; no caso brasileiro, tal previsão se encontra no art. 109 da CRFB/88.

Na Alemanha, a execução contra a Fazenda pode ter origem na jurisdição ordinária (civil) ou administrativa. A execução de sentença originária de jurisdição civil inicia-se apenas após quatro semanas de o exequente manifestar sua pretensão em juízo. Quando a execução promovida perante um Tribunal corresponder a penhora do patrimônio administrado por outro ente federativo que não o do próprio Tribunal, deverá ser dada a ciência ao Ministro das Finanças, seguindo-se as regras do Código de Processo Civil (ZPO), que possui normas específicas para a execução contra pessoas jurídicas de direito público.

Contudo, na jurisdição ordinária, o órgão competente para executar não é o mesmo que atuou no processo de conhecimento. Antes de iniciar a execução e emitir a ordem de penhora, o juízo comunica à autoridade pública a existência da execução, para que esta adote as providências cabíveis para a satisfação da condenação no prazo nunca superior a um mês. Decorrido o prazo sem atendimento, o juiz determina as medidas executivas que entender cabíveis, não estando vinculado a pedido do exequente. As medidas de execução, tais como constrições de bens, ainda que natureza pública, observam as disposições do Código de Processo Civil alemão, que não faz qualquer exceção quanto à impenhorabilidade de bens públicos.

Contudo, o Código de Processo Civil alemão não permite a execução sobre bens que estejam afetos à prestação de serviços públicos, bem como fundos que sirvam para créditos indispensáveis à realização de serviços públicos, não podendo haver a dissolução e nem suspensão da

massa patrimonial. Observa-se que o ente público não possui muitas prerrogativas na regulamentação do processo de execução, estando submetido às mesmas formas de satisfação da obrigação através da constrição do patrimônio. Contudo, há limites para esta expropriação, sendo umas das poucas prerrogativas, além da não penhora de bens afetos ao serviço público, a expressa previsão para manutenção das finanças públicas saudáveis, não se admitindo processo de insolvência contra os entes públicos. Portanto, o processo de execução não pode levar o ente público ao estado falimentar por expressa proibição legal.

A distinção principal entre a execução na jurisdição ordinária e na jurisdição administrativa é que nesta última as instâncias de conhecimento e execução não se encontram separadas, mas o órgão que atua em primeira instância é simultaneamente competente para a execução.

2.4. A execução contra Fazenda Pública em Portugal

Devido à influência das raízes germânicas e cristãs, havia em Portugal um sistema de justiça única no período do Absolutismo Monárquico, o que certamente determinou a adoção da unicidade de jurisdição pelo Brasil como herança do período colonial. O sistema patrimonial no período imperial da Administração Pública se revelava como a administração do patrimônio do rei, razão pela qual, havia certa confusão entre bens do monarca e bens públicos afetos ao serviço público. Desta forma, considerando que os juízes eram funcionários que exerciam função delegada do rei, a jurisdição una favorecia o controle do monarca quanto à gestão administrativa e judicial de seus bens.

Contudo, em Portugal, adotou-se o sistema de contencioso administrativo com jurisdição reservada, desde 1845, até que, em 1930, modificou-se para jurisdição delegada, com a criação do Supremo Tribunal Administrativo, em 1933¹⁵, como órgão independente do Poder Judiciário e sem vinculação com a Administração Pública, composta por magistrados originários do Poder Judiciário em exercício de cargo em comissão, ou outros servidores e profissionais do Direito para o exercício da função de magistrado da Corte Administrativa.

No sistema da jurisdição delegada, com a criação do Supremo Tribunal Administrativo, o contencioso administrativo passou a ter completa

15 CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. V. 2. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1251.

separação e autonomia das funções da Administração Pública, ocasião em que começou a se alinhar uma justiça administrativa independente e imparcial, cuja a transformação permitiria integrá-la posteriormente ao Poder Judiciário.

Em que pese o afastamento de Portugal do sistema originário da jurisdição única, devido à influência da França, ainda assim o contencioso administrativo português, quanto à execução das sentenças administrativas, muito se assemelha ao sistema brasileiro, que permaneceu com o sistema da jurisdição uma.

O procedimento de execução das decisões dos Tribunais Administrativos foi estabelecido pelo Decreto-lei 256-A, de 17 de junho de 1977. O referido diploma legal determina que as sentenças proferidas por estes tribunais em favor de particulares sejam efetivadas voluntariamente pela Administração Pública, uma vez que a execução forçada, que se dá através de sub-rogação, não teria utilidade, pois o emprego da constrição no patrimônio da Administração para satisfazer condenação designada pela mesma acarretaria a confusão entre a figura do executado e do juízo, sendo mais coerente que a satisfação da obrigação fosse estabelecida por procedimentos *interna corporis* ¹⁶.

Desta forma, a execução forçada no sistema português de execução contra a Fazenda Pública, ainda que não seja direta, por meio de sub-rogação, se dá de forma indireta, por meio de coação. Portanto, não seria adequado dizer execução, pois esta não ocorre de forma forçada, mas “eficácia do contencioso” ¹⁷, pois, conforme previsto no art. 9º do Decreto-lei 256-A/1977, o Tribunal julgará quanto a ocorrência ou não da causa legítima de inexecução, e, se decidir negativamente, ouvirá a Administração e o interessado, que deverão responder no prazo de oito dias sobre os atos em que a efetivação deverá consistir e o prazo necessário para sua prática.

Portanto, observa-se na regulamentação do ordenamento jurídico português que há cinco fases na execução ocorrida no âmbito do contencioso-administrativo: (i) a propositura da execução após o prazo de 30 dias para o cumprimento voluntário da condenação; (ii) eventual incidente de causa legítima de inexecução; (iii) decisão do incidente fixando a indenização e apurando a responsabilidade civil e funcional da Administração

16 AMARAL, Diogo Freitas do. **Execução das sentenças nos Tribunais Administrativos**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1977, p. 9.

17 CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. V. 2. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1380-1381.

e seus agentes; (iv) execução propriamente dita com a especificação dos atos necessários para alcançar a eficácia da sentença; e por fim, (v) o pagamento da quantia certa, fase análoga ao precatório brasileiro.

Acrescenta-se, por oportuno, que as causas legítimas de inexecução estão previstas em *numerus clausus*, e são apenas duas (i) a impossibilidade, e (ii) grave prejuízo para o interesse público no cumprimento da sentença.

A fase de pagamento muito se assemelha com a técnica do regime de precatório criado pelo Brasil, pois a criação do regime de precatório tem origem nas antigas Ordenações Portuguesas utilizadas pelo Brasil colônia, quando Portugal possuía um sistema de justiça única, mas dispensava certos bens da penhora, entre eles os dos nobres e alguns bens públicos. Posteriormente, estendeu-se esta prerrogativa a todos os bens públicos, tornando-se impossível admitir a execução contra a Fazenda Pública nos moldes da execução contra o particular, sendo necessária a criação do regime de precatório como forma de cumprimento das condenações judiciais.

Contudo, na execução de sentença administrativa importada do modelo francês de justiça administrativa, em nome da separação de poderes não se poderia tolerar que o Poder Judiciário julgasse a Administração, sob pena de imiscuir-se na função administrativa. Assim, por ter adotado o sistema de jurisdição dúplice, Portugal criou um procedimento de execução em que se admite a penhora de determinados bens públicos quando não estejam afetos aos serviços públicos.

O sistema de execução da sentença administrativa em Portugal fundamenta-se na condição de que os administrados sejam titulares apenas de interesses legítimos¹⁸, e não de interesses subjetivos contra a Fazenda. Desta forma, as partes não são tratadas com isonomia processual, tal como no ordenamento brasileiro.

O prazo para execução das sentenças administrativas é de sessenta dias a contar da apresentação do requerimento, contudo, o prazo para pagamento do precatório no Brasil é de até um ano e meio após a sua expedição. Em ambos os ordenamentos não há previsão de sanção para a autoridade que não promover o pagamento da condenação no prazo determinado, pois a obrigação legal refere-se apenas à inscrição de dotação orçamentária para as despesas com condenações.

18 MONCADA, Luis de. "As relações especiais de poder no direito português". Lisboa: *Revista da Universidade Moderna*, 1998, p. 181-210.

Portanto, observa-se a profunda semelhança entre os regimes de execução contra a Fazenda Pública do ordenamento jurídico brasileiro e português, uma vez que ambos se originam de uma norma comum: as Ordenações Portuguesas. Nos dois regimes a satisfação da execução se dá por meio de outorga de prazo para que seja atendida a obrigação, não havendo, contudo a possibilidade de constrição judicial sobre os bens públicos para a expropriação e pagamento da condenação.

3. CONTROVÉRSIAS ATUAIS NA EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA

A base do sistema diferenciado de execução contra a Fazenda Pública, e, por conseguinte, do regime de pagamento por precatório fundamenta-se no princípio de que os bens públicos são inalienáveis e, em consequência, são impenhoráveis para fins de satisfazer o crédito do exequente.

Este seria o limite para a salutar independência entre os Poderes, alçado a status de princípio constitucional pelo art. 2º da Constituição da República de 1988, uma vez que, ao admitir que o Judiciário exerça a execução forçada sobre os bens públicos, estaria-se imiscuindo no mérito dos atos administrativos adotados pelo Poder Executivo em sua organização financeira e orçamentária. Ocorre que o Poder Judiciário não possui atribuição constitucional para eleger as providências mais adequadas para o interesse público, tratando-se de atividade inerente à Administração Pública.

3.1. A disciplina constitucional

Os dispositivos que tratam do regime de precatório, embora integrem o texto constitucional, em verdade possuem caráter processual e, portanto, são normas formalmente constitucionais, não materialmente constitucionais como os direitos e garantias individuais.

A preocupação do constituinte em inserir no texto constitucional o regime de precatório fundamenta-se na cautela em delimitar a atuação administrativa do Judiciário ao inserir no orçamento despesas a serem cumpridas pelo Executivo. Portanto, o Judiciário, no decorrer do processamento do precatório, está no exercício de uma função atípica, prezando pela Separação de Poderes, como um dos instrumentos para *check and balances*.

A Constituição Federal de 1988 em seu texto original dispõe sobre regime de precatório em seu art. 100, e inovou ao distinguir créditos de natureza alimentar e não alimentar.

A Emenda Constitucional n. 20, de 1998, inseriu o parágrafo 3º no art. 100 da Constituição, exigindo o trânsito em julgado das condenações para a expedição do precatório.

A Emenda Constitucional n. 30, de 2000, incluiu o dever de inclusão no orçamento de verbas necessárias ao pagamento de débitos decorrente de precatório, definiu o conceito de precatório alimentar, e inseriu o parcelamento decenal do art. 78 do ADCT.

Por sua vez, a Emenda Constitucional n. 37, de 2002, inseriu o parágrafo 4º no art. 100 da Constituição Federal, para fins de proibir expressamente o fracionamento de precatório, e inseriu o art. 87 no Ato das Disposições Transitórias, definindo a obrigação de pequeno valor em valor não inferior a 40 salários mínimos para os Estados e Distrito Federal e 30 salários mínimos para os Municípios.

A Emenda Constitucional n. 62, de 2009, alterou as regras até então estabelecidas para o pagamento de requisitórios judiciais, acrescentando ao ADCT o artigo 97, o qual instituiu o Regime Especial de pagamento para os Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivos entes da Administração Indireta que então se encontrassem em mora quando do advento do novo regime.

Assim, inovou o legislador constituinte derivado ao prever (i) a vinculação judicial de parte da receita pública aos entes que adotassem o regime especial para pagamento, como forma de obter o adimplemento forçado do estoque de precatórios, (ii) encontro de contas entre débitos e créditos do poder público, (iii) leilões eletrônicos para o pagamento mais célere diante do deságio oferecido pelo credor, (iv) pagamento, por ordem crescente de valor e não apenas por ordem cronológica, (v) preferência às pessoas com mais de 60 anos ou portadoras de doenças graves, assim determinadas na Resolução 150 do CNJ, como as descritas na lei de isenção do imposto de renda, e (vi) outorga ao Tribunal de Justiça da responsabilidade para ordenar, administrar e pagar a fila dos precatórios expedidos por este, cabendo ao ente devedor apenas transferir o valor orçamentário devido para a conta vinculada junto ao Tribunal de Justiça para este fim.

Porém, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade

4.357 e 4.425, para declarar a inconstitucionalidade de parte da Emenda Constitucional n. 62, de 2009, que instituiu o novo regime especial de pagamento de precatórios. Com a decisão, foram declarados inconstitucionais dispositivos do artigo 100 da Constituição Federal, que institui regras gerais para precatórios, e integralmente inconstitucional o artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que cria o regime especial de pagamento¹⁹.

Assim, em julgamento ocorrido em 14/03/2013²⁰, a maioria dos ministros acompanhou o relator, ministro Ayres Britto (aposentado), e considerou o artigo 97 do ADCT inconstitucional por afrontar cláusulas pétreas, como a de garantia de acesso à Justiça, a independência entre os Poderes e a proteção à coisa julgada.

Assim, aguarda-se a realização da modulação dos efeitos da decisão acima mencionada sobre os pagamentos e demais atos realizados sob a égide da emenda, para fins de identificar como ficará o regime de precatório após o julgamento pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 62, de 2009.

3.2. Normas infraconstitucionais que regulamentam a matéria

A doutrina²¹ defende não haver, propriamente, uma execução contra a Fazenda Pública, pois a sentença condenatória contra ela proferida é despida de força executiva, justamente por não serem penhoráveis os bens públicos. A execução contra a Fazenda Pública segue o procedimento previsto no art. 730 do CPC, seguindo-se a oposição dos embargos pela Fazenda para ao final ser então expedido o precatório, em atendimento à regra prescrita no art. 100 da Constituição Federal.

Em que pese as alterações trazidas pela Lei 11.232/2005, ao instituir a sistemática do processo sincrético, relegando o processo de execução a mera fase do processo através do cumprimento de sentença, a execução contra a Fazenda Pública permanece como exceção a esta regra, como processo autônomo, no qual a Fazenda deve ser citada e não intimada.

19 O regime especial instituído pela Emenda Constitucional n. 62, de 2009, consiste na adoção de sistema de parcelamento de 15 anos da dívida, combinado ao regime que destina parcelas variáveis entre 1% a 2% da receita de estados e municípios para uma conta especial voltada para o pagamento de precatórios. Desses recursos, 50% são destinados ao pagamento por ordem cronológica, e os valores restantes a um sistema que combina pagamentos por ordem crescente de valor, por meio de leilões ou em acordos diretos com credores.

20 Notícia obtida no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 14 de março de 2013: <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520>.

21 FURTADO, Paulo. **Execução**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 280.

Observa-se que a citação da Fazenda Pública, na forma do art. 222, alínea c, e art. 224 do CPC, deve se dar através de oficial de justiça, na pessoa do representante legal da entidade. A necessidade²² de citação pessoal da Fazenda Pública e demais entes de direito público justifica-se pela engrenagem burocrática que envolve a organização interna da Administração Pública, sendo inerente à atividade pública a formalidade dos atos administrativos, revestindo, assim, os atos de comunicação processual de maior cautela quanto ao controle de recebimento da citação.

Após a citação válida, o prazo é de 30 dias (Lei n. 9.494/97, art. 1º-B, na redação da MP n. 2.180-35/2001²³), não para pagar como ocorre na previsão do art. 475-J do CPC, mas para opor embargos a execução, os quais apenas poderão versar sobre as matérias previstas no art. 741 do CPC. Observa-se que os embargos são sempre recebidos no efeito suspensivo, obstando o seguimento da execução, uma vez que a Fazenda Pública não depende de penhora, depósito ou caução, não estando submetida às exigências do art. 739-A do CPC, não precisando, portanto, garantir o juízo para obter o efeito suspensivo.

Julgados os embargos opostos pela Fazenda Pública, a sentença não está sujeita a reexame necessário, uma vez que o reexame já foi procedido em relação à sentença anterior em caso de execução de título judicial, além de o art. 475, II, do CPC aludir, apenas, a embargos opostos à execução fiscal, excluindo-se aqueles opostos à execução não fiscal²⁴.

22 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 8ª edição, São Paulo: Dialética, 2012, p. 92.

23 O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em duas reclamações para determinar aos juízos reclamados que recebam os embargos à execução opostos pela União e lhes dê imediato processamento. Na espécie, os juízos reclamados, sob o fundamento de intempestividade, não receberam os embargos à execução opostos pela União, dentro do prazo estabelecido no disposto no art. 1º-B da Lei 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35/2001, a qual ampliou, para 30 dias, o prazo a que se refere o caput dos artigos 730 do CPC e 884 da CLT. Entendeu-se haver afronta à autoridade da decisão proferida pelo Supremo na ADC 11 MC/DF (DJU de 29.6.2007), que determinara a suspensão de todos os processos em que discutida a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória 2.180-35. Ademais, considerou-se que, em razão de uma das decisões reclamadas ter sido proferida em processo que tramita há mais de 30 anos e a outra, em processo cujo trâmite supera 13 anos, e em observância ao princípio da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF, não seria plausível, nos casos sob exame, que se determinasse a suspensão dos aludidos processos, impondo-se que as partes aguardassem o julgamento de mérito da referida ADC 11/DF. Vencido o Min. Marco Aurélio, que julgava o pleito improcedente, asseverando que os juízos reclamados apenas teriam obedecido ao disposto no parágrafo único do art. 21 da Lei 9.868/99 (“Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do **Diário Oficial da União** a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.”), e, passados os 180 dias a que se refere esse preceito, o qual seria imperativo, entendido ter caducado a decisão liminar proferida naquela ADC. Alguns precedentes citados: Rcl 6095 MC/PR (DJE de 6.6.2008); Rcl 6428 MC/SP (DJE de 29.8.2008); Rcl 5758 MC/SP (DJE de 7.2.2008); Rcl 5669 MC/RS (DJE de 1º.2.2008). Rcl 5758/SP e Rcl 6428/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 13.5.2009. (Rcl-5758)

24 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE. EMBARGOS À

Segundo a previsão do art. 520, V, do CPC, a apelação interposta contra a sentença que julgue improcedente ou rejeite os embargos à execução não teria efeito suspensivo legal. Só que a expedição do precatório ou de requisição de pequeno valor depende do prévio trânsito em julgado. Portanto, a apelação contra a sentença que rejeita os embargos à execução contra a Fazenda Pública, por uma interpretação constitucional, deve ser recebida no duplo efeito.

O recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, no caso de execução contra a Fazenda Pública, não possui utilidade, tampouco eficácia, uma vez que, enquanto não confirmados ou estabelecidos definitivamente os valores a serem inscritos em precatório ou requisitados por obrigação de pequeno valor, a execução não pode prosseguir²⁵.

Assim, o art. 520, V, do CPC não possui aplicabilidade às execuções contra a Fazenda Pública, ficando restrito à hipótese de embargos à execução fundada em título extrajudicial entre particulares.

Após o trânsito em julgado do julgamento dos embargos, o juiz determina a expedição de ofício requisitório dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça, para que seja consignada a ordem e natureza do crédito no orçamento para pagamento no exercício financeiro seguinte.

A expedição do precatório ou requisição de pequeno valor, por exigência constitucional, depende do prévio trânsito em julgado. Desta forma, questiona-se se (i) se admite liquidação provisória contra Fazenda, (ii) se admite a execução provisória contra Fazenda, e se (iii) este trânsito em julgado refere-se apenas ao processo de conhecimento ou inclui-se também a fase de execução.

EXECUÇÃO PROPOSTOS PELA FAZENDA PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 475, II, DO CPC. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. 1. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal. 2. Inviável a análise pelo STJ de questão constitucional, ainda que para interposição de Recurso Extraordinário. 3. Embora os Embargos à Execução, por tratar-se de ação autônoma, possam ser desapensados do processo principal, cabe às partes colacionar as peças relevantes ao deslinde da controvérsia, sob pena de não-provimento do recurso, consoante disposto no art. 736 do Código de Processo Civil. 4. Nos termos do art. 475, II, do CPC, não se sujeitam ao reexame necessário as sentenças que julgam improcedentes os Embargos à Execução opostos pela Fazenda Pública. Precedentes do STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (EDcl no REsp 802.805/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2009, Dje 21/08/2009)

25 PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. DUPLO EFEITO. EMBARGOS À EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA PENDENTE DE JUÍZO SOBRE PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE.

1. Embora a regra geral para o caso da sentença que julga improcedentes os embargos do devedor é a apelação ser recebida apenas no efeito devolutivo, somente é possível o prosseguimento da execução contra a Fazenda Pública, para fins de expedição de precatório, em se tratando de parcela incontroversa, o que não é o caso dos autos, pois ainda está pendente de julgamento em sede de apelação a prescrição da execução do crédito pleiteado, que poderá fulminar o próprio direito discutido.

2. Precedentes: AgRg no REsp 1.275.883/PR, Min. Humberto Martins, Dje de 4.10.2011, REsp 1.125.582/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Dje 5.10.2010.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1276037/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, Dje 19/04/2012)

Conforme assinala Cassio Scarpinella Bueno, “o trânsito em julgado que autoriza a execução contra a Fazenda Pública só pode ser o dos embargos à execução, superados, pois os processo de conhecimento e o de eventual liquidação”²⁶.

Por esta razão, os embargos devem ser recebidos no efeito suspensivo, pois sem o trânsito em julgado da decisão²⁷, não se admite a expedição do precatório ou requisição de pequeno valor.

Assim, o trânsito em julgado a que se refere o §5º do art. 100 da Constituição Federal é o da sentença que julgar os embargos à execução, pois o valor a ser incluído no orçamento deve ser definitivo, não se admitindo que alteração superveniente do julgado venha a modificar a inscrição no orçamento, à luz do princípio da responsabilidade fiscal.

3.3. A natureza jurídica do procedimento de requisição de precatório

Em execução proposta contra a Fazenda, a atividade judicial extingue-se com a expedição do ofício requisitório pelo juízo de origem à Presidência do Tribunal de Justiça a que está vinculado.

A atividade de processamento do precatório possui natureza administrativa, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal de Justiça pelo enunciado de súmula 311 (*Os atos do presidente do tribunal que dispõem sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.*). Dentre as consequências desta natureza administrativa, observa-se que das decisões do Presidente do Tribunal, quando na organização e regularização do precatório, não se admite recursos aos Tribunais Superiores, uma vez que se trata de ato administrativo (Súmula 733 do STF: *Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.*)

Desta forma, havendo erro quanto aos valores ou impugnação de

26 BUENO, Scarpinella Bueno. "Execução por Quantia Certa contra a Fazenda Pública uma proposta atual de Sistematização". In: Sergio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (org.). **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 140-141.

27 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APELAÇÃO RE-RECEBIDA NO DUPLO EFEITO. EC 30/2000. IMPOSSIBILIDADE. 1. De acordo com o art. 730 do CPC, e ante a alteração promovida no art. 100, § 1º, da CF pela EC 30/2000, é inviável a Execução Provisória contra a Fazenda Pública. Tal dispositivo determina que devem ser incluídos nos orçamentos anuais apenas os precatórios referentes a sentenças condenatórias transitadas em julgado. Precedentes do STF e do STJ. 2. Hipótese em que a Apelação interposta pelo INCRA contra a sentença que julgou os Embargos à Execução foi recebida no efeito devolutivo e suspensivo. Portanto, inexistem valores incontroversos que possam ser objeto de Execução Provisória. 3. Agravo Regimental provido. (AgRg no Ag 1057363/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 23/04/2009)

juros ou acréscimos indevidos, tais questões incidentais devem ser dirimidas pelo juízo da execução, para que, após decidir a impugnação, expeça novo ofício requisitório retificando o ofício anterior.

Contudo, em se tratando de erro material, passível de correção a qualquer tempo, o erro de natureza aritmética, manifesto, que pode ser constatado *prima facie*, ***não se tratando de rediscussão dos critérios de cálculo fixados no processo de conhecimento, mas sim da adequação dos cálculos de atualização a jurisprudência predominante***, pode ser conhecido pelo Presidente do Tribunal no bojo do processo administrativo referente ao precatório.

Em obediência ao que prescreve o art. 463, I, do Código de Processo Civil, é possível a correção de erro material, quando, na liquidação da sentença, ocorrem situações de evidentes equívocos nas contas apresentadas pelo credor. Por oportuno, transcrevem-se os julgados do STJ corroborando o pacífico entendimento sobre a ausência de coisa julgada diante da verificação de manifesto erro material:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. (...) EXCLUSÃO DOS JUROS. COMPETÊNCIA DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL. NATUREZA ADMINISTRATIVA DESTA FUNÇÃO. SÚMULA 311/STJ. LEGALIDADE DO ATO PRATICADO. (...) INFRAÇÃO À COISA JULGADA. PRECEDENTES.

(...) O ERRO DE CÁLCULO NÃO FAZ COISA JULGADA, PODENDO SER CORRIGIDO ATÉ MESMO DE OFÍCIO, CONFORME O DISPOSTO NO ART. 463, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Precedentes: RMS 28.366/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 3.3.2009, DJe 2.4.2009; RMS 28.586/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 20.4.2009; RMS 28.611/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 30.3.2009; RMS 28.141/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 11.2.2009; AgRg no RMS 27.122/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 13.10.2008.

A adequação dos valores pela Presidência do Tribunal, no caso concreto, referida aos juros, não ultrapassou, portanto, o limite da sua função administrativa, tal como insculpido na Constituição Federal; a ação foi apenas no sentido de

aplicar as disposições constitucionais e legais vigentes.(...) Agravos regimentais improvidos. (AgRg no AgRg no RMS 28.287/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 09/11/2010)

Vale destacar ainda que, nos termos do artigo 1º-E da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória 2180-35/01, “*são passíveis de revisão pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento*”, conforme se depreende da leitura da ementa a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL NO PROCESSAMENTO DE PRECATÓRIOS. POSSIBILIDADE. SEQUESTRO DE RECURSOS FINANCEIROS. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. PAGAMENTO QUE NÃO DESRESPEITOU O PRAZO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA MORA. 1. O Presidente do Tribunal local é competente para corrigir erro de cálculo, nos termos do disposto no art. 1º- E da Lei 9.494/97, incluído pela Medida Provisória 2.180-35/2001, em que se lhe permite, de ofício ou a requerimento das partes, proceder à revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor. (...) 3. Recurso ordinário parcialmente provido. (RMS 23.987/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 16/02/2011)

Outra consequência da natureza administrativa do processo de expedição de precatório é que, para fins de impugnar eventuais os atos em desacordo com a lei ou abusivos, do Presidente do Tribunal, deve-se utilizar o Mandado de Segurança dirigido ao Órgão Especial, competente para julgar os atos do Presidente, uma vez que não admite recurso aos Tribunais Superiores.

Seguindo a natureza administrativa do processamento de precatório, inclusive a determinação de sequestro de verba pública uma vez verificada a preterição na ordem cronológica de pagamento de precatório, também se enquadra como função administrativa do Presidente do Tri-

bunal de Justiça, razão pela qual o controle de legalidade do ato também será realizado através de Mandado de Segurança. Neste sentido já se manifestaram os Tribunais Superiores:

Ao contrário do que afirma a agravante, o julgamento do pedido de sequestro formulado perante o Tribunal de Justiça possui natureza administrativa, pois se refere a processamento de precatórios, do qual não cabe eventual recurso extraordinário, conforme assinalado pelo Plenário desta Corte no julgamento da ADI 1098/SP, precedente aludido na decisão agravada” (STF, AGRG no RE 281.208-1-SP, D.J. de 26.04.02, Relatora Ministra ELLEN GRACIE).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRECATÓRIO. HOMOLOGAÇÃO. ATIVIDADE DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MERAMENTE ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL. INCABÍVEL. 1. No processamento de precatórios, o Presidente do Tribunal de Justiça exerce atividades administrativas, não revestidas de conteúdo jurisdicional, e por isso, insuscetíveis de impugnação na via extraordinária. 2. Agravo Regimental desprovido” (grifos da recorrida) (STJ – 6ª Turma, AGA 288.539/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 6.6.2000, DJ 16.6.2000, p. 222).

4. CÓDIGO PROJETADO

Observa-se que o projeto original trouxe alterações consistentes ao sistema da execução contra a Fazenda Pública, implementando, inclusive, disposições contrárias à Constituição, através de norma infraconstitucional, conforme analisaremos a seguir. Cabe esclarecer que a análise levará em consideração para fins de cotejamento (i) o texto do Código de Processo Civil vigente, (ii) a redação original do Código Projetado, (iii) a redação alterada pela Câmara e também (iv) as modificações introduzidas pelo Senado.

Primeiramente, observa-se que o art. 501 da redação original afasta a necessidade de citação da Fazenda para opor embargos à execução, de forma que a Fazenda será meramente intimada, tal como ocorre com os demais atos processuais, através da publicação oficial, alterando, desta

forma, a natureza de processo autônomo de execução para um processo sincrético, em que a execução passa a ser uma fase processual desenvolvida nos próprios autos. Tal dispositivo não sofreu alterações pelo trâmite no Senado Federal.

Ocorre que, conforme já explicitado acima, para os entraves da Administração Pública, há uma grande alteração em prejuízo da Fazenda ao se excluir a necessidade de citação da Fazenda para apresentar sua defesa em sede de execução, pois a intimação se dá por meio da imprensa oficial, muitas vezes falha em razão da excessiva quantidade de demandas em relação à quantidade de procuradores que patrocinam a defesa, podendo ocorrer a intimação de procurador que não atua mais no caso, dentre outros incidentes que acarretaram a revelia da Fazenda, em prejuízo do interesse público.

Ademais, a pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores já havia determinado a necessidade de nova citação:

Complementação de Precatório: Citação da Fazenda e Erro Material

*Em conclusão de julgamento, a Turma acolheu segundos embargos de declaração opostos, com efeitos modificativos, contra acórdão que manteve decisão monocrática do Min. Carlos Britto que, em recurso extraordinário do qual relator, interposto pelo Estado de São Paulo, determinara a expedição de novo precatório e de nova citação da Fazenda estadual — v. Informativo 461. Ante as premissas do acórdão do STJ, considerou-se que o recurso extraordinário não possuía condições de ter seguimento, já que aquela Corte assentara certa moldura fática a revelar que teria havido a anterior citação da Fazenda Pública. Ademais, aduziu-se que, de qualquer modo, não houvera emissão de entendimento sequer à luz do § 4º do art. 100 da CF e que, **se violência ocorresse à Constituição, seria intermediada pelo descumprimento do art. 730 do CPC, reputada incorrente, no caso.** O Min. Carlos Britto reajustou seu voto. RE 402636 ED-ED/SP, rel. Min. Carlos Britto, 24.6.2008. (RE-402636)*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. CITAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. NECESSIDADE. 1. O

*erro material não decorre de juízo de valor ou de aplicação de uma norma jurídica sobre os fatos do processo, sendo possível sua correção a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento das partes, haja vista que não transita em julgado. Precedentes. 2. Na espécie, não se trata de precatório complementar, mas do primeiro precatório. 3. **A Fazenda Pública, nos termos do art. 730 do CPC, deve ser citada para opor embargos na execução por quantia certa.** 4. Da simples leitura do acórdão local, verifica-se que não houve delimitação, com a clareza necessária, quanto ao cumprimento ou não da exigência trazida no artigo 730 do CPC, o que implica em deficiência de fundamentação, por violação aos artigos 165 e 458 do CPC. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial, anulando o acórdão estadual, por deficiência de fundamentação, para que a matéria seja novamente submetida à apreciação do Tribunal de origem. (EDcl no AgRg no REsp 325.109/PI, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)*

Diante da necessidade de manter a prerrogativa da citação da Fazenda Pública para apresentar defesa, a fim de que o ato de comunicação processual fosse realizado de forma pessoal, o art. 550 do projeto, após as emendas propostas pela Câmara dos Deputados, introduziu a necessidade de a intimação se dar na pessoa do representante legal, através de carga dos autos ou por meio eletrônico.

Observa-se que, em que pese a Câmara dos Deputados ter atentado para a necessidade de comunicação pessoal dos atos processuais que envolvam a Fazenda, diante da extinção da execução autônoma, a citação da Fazenda não seria mais o ato processual adequado, e adequando-se o processo sincrético a prerrogativa do ente público, estabeleceu-se a intimação pessoal para a defesa.

Ainda à luz do processo uno, em que a execução seria mera fase processual, o projeto alterou a designação do instrumento processual de defesa da Fazenda, antes designado de embargos; agora, a Fazenda apre-

sentará impugnação aos cálculos trazidos pelo exequente. A impugnação concentra todas as matérias de defesa da Fazenda, inclusive as matérias de exceção de incompetência do juízo, bem como a de suspeição ou de impedimento do juiz, devendo ser alegadas como preliminares na peça de defesa. Esta alteração processual compreende não apenas a execução contra a Fazenda Pública, mas inclusive o procedimento ordinário, unificando os meios de resposta do réu em uma única peça processual.

O art. 100, § 5º, da Constituição Federal prevê expressamente a necessidade de trânsito em julgado da decisão para expedição do precatório. O projeto original do Código de Processo Civil, a fim de ratificar esta exigência, passou a incluir na redação original no art. 501 a necessidade de trânsito em julgado da fase de conhecimento, para fins de afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de execução provisória contra a Fazenda. Contudo, o renumerado art. 549 do projeto alterado pelo Senado passou a excluir esta previsão do dispositivo original. Porém, apesar desta omissão não representar afronta a norma constitucional, o legislador perdeu a oportunidade de atuar de forma cautelosa, para fins de evitar interpretações dúbias sobre o dispositivo.

No que tange ao prazo para defesa, na redação vigente do Código de Processo Civil era de dez dias, sendo alterado posteriormente para 30 dias pela Medida Cautelar 2.180-35/2001, a qual, no bojo da ADC 11, foi julgada constitucional. Diante da possibilidade de reforma processual, o legislador, a fim de dirimir a questão, tratou de especificar o prazo de um mês. Contudo, diante da indeterminação do conceito algébrico da quantidade de dias do mês, a Câmara dos Deputados, em alteração mantida pelo Senado, modificou o prazo para 30 dias, a fim de sanar qualquer dúvida.

Observa-se que o projeto faz distinção de procedimento quanto à execução por título judicial (art. 501) e extrajudicial, distinção esta não verificada na legislação processual vigente, a qual dispensa a ambos os títulos executivos o procedimento do art. 730 do CPC. Porém, conforme o projeto de Código, quando se tratar de execução de título extrajudicial, permanece a determinação de citação da Fazenda para oferecer embargos à execução, no prazo de 30 dias, não havendo limitação de matéria a ser arguida em defesa (art. 834 do Projeto de CPC, renumerado após as alterações da Câmara dos Deputados para Art. 866, a após as emendas do Senado para art. 935).

O projeto passou a atribuir expressamente o dever do exequente apresentar os valores atualizados, especificando os índices e parâmetros para atualização utilizados, individualizados por credor, em hipóteses de litisconsórcio, de forma a permitir a defesa da Fazenda, bem como, com o escopo de auxiliar quando da expedição do requisitório, a identificação dos credores e os valores correspondentes a cada um, em benefício do próprio credor para fins de verificação posterior da ocorrência de crédito preferencial em razão da idade ou de doença grave.

Quando houver a alegação da Fazenda em sede de defesa por meio de impugnação da ocorrência de excesso de execução, há expressa previsão quanto à necessidade de que seja o valor que entende-se devido, não sendo suficiente a mera alegação, ratificando jurisprudência já consolidada sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELA FAZENDA PÚBLICA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. DEMONSTRATIVO DA MEMÓRIA DE CÁLCULOS. NECESSIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 739-A, §5º DO CPC.

1. A ratio do novel disposto no art. 739, §5º, do CPC é aplicável aos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública quando fundar-se em excesso de execução, haja vista ser dever legal, que atinge todos os executados, a apresentação de memória discriminada de cálculos, sob pena de rejeição liminar dos mesmos. Precedentes: (AgRg no REsp 1095610/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 16/09/2009; REsp 1085948/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 01/07/2009; REsp 1099897/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 20/04/2009; REsp 1103965/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14/04/2009)

2. A doutrina estabelece ao tratar dos embargos à execução com fundamento em excesso de execução que: “Coibindo a prática vetusta de o executado impugnar genericamente o crédito exequendo, a lei o obriga a apontar as ‘gorduras’ do débito apontado pelo credor. Assim é que, ‘quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende corre-

to, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento deste fundamento'. A regra decorre não só da experiência prática, mas também do fato de que a execução pode prosseguir somente pela parte remanescente incontroversa (art. 739-A, parágrafo 3º)" (in Fux, Luiz. O novo processo de execução (cumprimento da sentença e a execução extrajudicial). Rio de Janeiro: Forense, 2008. pg. 416) (...) 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1115217/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 19/02/2010)

O ponto central das alterações trazidas pelo projeto de Código de Processo Civil é quanto à previsão de hipótese de sequestro de verba pública, além das hipóteses previstas no texto constitucional. Conforme art. 100, § 6º da Constituição Federal, o único fato constitutivo do direito ao sequestro consubstancia-se tão somente na quitação de um precatório mais novo, em prejuízo de outro precatório supostamente melhor posicionado na ordem cronológica de apresentação.

Além disso, o sequestro de rendas pública é uma medida grave, que pressupõe não só a certeza da sua causa de pedir – qual seja, a preterição de pagamento, mas também a inequívoca demonstração da certeza, da liquidez e da exigibilidade do montante a ser sequestrado, de tal modo que o seu deferimento só pode ocorrer se presentes os requisitos constitucionais que o autorizam, não compadecendo o instituto com qualquer interpretação extensiva.

Ocorre que o art. 501, § 4º, na redação do projeto original, insere a modalidade de sequestro de verba pública em razão do não pagamento do precatório, além da hipótese de quebra da ordem cronológica. Cumpre ressaltar que a modalidade de pagamento através de precatório para fins de inclusão orçamentária decorre de previsão constitucional (art. 100), e possui a natureza de prerrogativa da Fazenda, uma vez que não está submetida o regime de execução por expropriação em razão da prevalência do interesse público e da continuidade do serviço público.

Portanto, as exceções ao regime de pagamento através de expedição de precatório devem ser contempladas no texto da Constituição, não podendo legislação ordinária dispor de forma diversa, sob pena de ser declarada inconstitucional.

Cumpre observar que o prazo para pagamento do precatório seria de durante todo o ano de sua previsão orçamentária para pagamento, ex: precatórios expedidos até 30/06/2012, serão cadastrados em ordem cro-

nológica para pagamento no ano de 2013, precatórios expedidos a partir de 01/07/2012, serão pagos na ordem cronológica do ano de 2014. Portanto a Fazenda possui o prazo de um ano e meio a dois anos e meio para pagamento do precatório.

Desta forma, o projeto do CPC criou modalidade de sequestro de verba pública fora das hipóteses constitucionais permitidas. A Emenda Constitucional n. 62, de 2009, instituiu o regime especial para pagamento de precatórios, em que o ente devedor deve depositar em conta administrada pelo Tribunal de Justiça 1,5% da renda líquida, para fins de pagamento de precatório a ser realizado pelo Tribunal. Nesta sistemática, admite-se o sequestro de verba pública apenas na hipótese de não depósito do valor correspondente a 1,5% na conta do Tribunal de Justiça. O inadimplemento específico de determinado precatório não legitima pedido de sequestro, uma vez que deve ser seguida a ordem cronológica para pagamento, observando a limitação de recursos, ou seja, a reserva do possível.

Considerando não haver disponibilidade de recursos suficientes para atender a todas as condenações judiciais bem como as demais despesas para funcionamento do serviço público, não há possibilidade de realização de sequestro, sob a alegação de mero inadimplemento, devendo ser aguardada que a ordem cronológica seja alcançada para pagamento.

Observa-se que este dispositivo não foi reproduzido no texto após as alterações introduzidas pela Câmara e pelo Senado, uma vez ser notória a impossibilidade de regulamentação em norma infraconstitucional de matéria de status constitucional.

Outra proposta do projeto do Código de Processo Civil que aparenta certo conflito com a norma constitucional é a alteração proposta pelo Senado Federal para permitir, em seu art. 520, § 3º, o fracionamento de precatório. Ocorre que a Constituição proíbe expressamente no art. 100, § 8º a expedição de precatório complementar ou suplementar e ainda fracionamento de precatório, ou seja, havendo parte incontroversa na execução, não se admite expedição de precatório por valor parcial de execução, para fins de prosseguir a impugnação pela parcela controversa.

O fracionamento de precatório permite que o credor faça jus a recebimento de parte do valor devido por requisição de pequeno valor, caso o valor incontroverso seja inferior a 40 salários mínimos, e o restante seria recebido através de precatório.

Ocorre que, para receber o valor em requisição de pequeno valor, o credor deveria renunciar ao valor que exceder ao limite de 40 salários mínimos. Portanto, a Fazenda disponibilizaria em 60 dias o pagamento de parte da condenação que deveria observar a ordem cronológica do precatório e não da requisição de pequeno valor, de forma que o credor conseguiria, ao menos em parte, burlar a ordem cronológica de pagamento para perceber o valor incontroverso adiantado.

O tema de fracionamento de precatório inclusive já possui a repercussão geral²⁸ reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da importância e ingerência do tema no orçamento das entidades públicas:

Tema	Título	Descrição	Leading Case	Há Repercussão
018	Fracionamento de execução de execução contra a Fazenda Pública para pagamento de honorários advocatícios.	Recurso extraordinário em que se discute, à luz artigos 5º, XXV; e 100, § 4º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não ...	RE 564132	Sim Acórdão

28 Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de se fracionar, ou não, o valor de precatório, em execução de sentença, com o objetivo de lograr-se o pagamento de custas processuais por meio de Requisição de Pequeno Valor - RPV. O acórdão recorrido adotara o fundamento de que é possível a expedição de RPV para pagamento das custas processuais devidas ao titular da serventia privatizada, desde que o seu crédito individual não supere o limite estabelecido pelo art. 87 do ADCT. O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS, ora recorrente, alegava violação aos artigos 87, I, do ADCT e 100, § 4º, da CF — v. Informativo 520. Considerou-se que, no caso concreto, a pensionista, ora recorrida, seria parte ilegítima para executar as custas processuais, haja vista que, por ser beneficiária da justiça gratuita, não as teria antecipado. Destacou-se que, por essa razão, estaria descaracterizada a possibilidade de enfrentamento da questão sob a perspectiva da repercussão geral. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, diante disso, reformulou seu voto anterior. Vencido o Min. Joaquim Barbosa, que dava provimento ao recurso. RE 578695/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 29.10.2008. (RE-578695)

028	Fracionamento da execução com expedição de precatório para pagamento de parte incontroversa da condenação.	Recurso extraordinário em que se discute, à luz artigos 5º, II e LIV; 37, <i>caput</i> ; e 100, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de expedição de precatório, antes do trânsito em julgado dos embargos à execução, para efetuar o pagamento da parte incontroversa da condenação.	RE 614819	Sim
058	Fracionamento de execução contra a Fazenda Pública para pagamento de custas processuais de forma autônoma em relação ao crédito principal.	Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 4º, da Constituição Federal, e 87, I, do Ato das Disposições ...	RE 578695 Acórdão	Sim Acórdão
148	Individualização de créditos de litisconsortes para efeito de fracionamento do valor principal da execução contra a Fazenda Pública.	Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 100, § 4º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de indiv ...	RE 568645	Sim Acórdão

O projeto, contudo, traz uma modificação benéfica para o Estado, uma vez que o seu art. 519, nas alterações propostas pelo Senado, impõe o ônus ao credor de individualizar o crédito para que, no momento do pagamento, não haja dificuldades para sua realização, uma vez que a falta de individualização dos valores devidos e de identificação de litisconsortes por vezes impossibilita a imputação do pagamento para quem de direito.

O projeto também afasta expressamente a multa coercitiva de 10% em razão da mora para pagamento voluntário, do atual art. 475-J do CPC vigente, uma vez que há incompatibilidade da aplicação da multa com o regime para pagamento através de precatório e requisição de pequeno valor, pois são de prerrogativas da Fazenda para cumprimento de suas obrigações, que observam rito processual específico. Mas o tema já era pacífico no Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

O regime diferenciado de execução para pagamento de quantia certa contra a Fazenda Pública destaca-se como uma das principais prerrogativas processuais inerentes aos entes de direito público. Por conseguinte, observa-se que o projeto de Código de Processo Civil buscou implementar mudanças na execução contra a Fazenda Pública, com o fim de aproximar a sistemática atual de um processo sincrético, uno, sem dissolução de continuidade da relação processual. Ocorre que a premissa utilizada para a criação do processo sincrético, qual seja, furtar-se o réu do processo de execução, não se aplica à Fazenda Pública ré, a qual não irá se ocultar da citação com o fim de frustrar o processo de execução.

Em verdade, o processo autônomo de execução contra a Fazenda Pública é uma prerrogativa ao ente público a fim de favorecer a ampla defesa e contraditório de determinação judicial a qual irá afetar o orçamento público. Sob a perspectiva extraprocessual, representa a gestão dos bens públicos em prol da realização do interesse público, uma vez que o direcionamento de verba pública para pagamento de condenações judiciais se dá em detrimento da destinação para o desenvolvimento de alguma política pública em benefício da coletividade.

Assim, observa-se que o projeto possui iniciativas louváveis, como a exigência de apresentação de cálculos discriminados pelo exequente, permitindo-se a ampla defesa da Fazenda. Contudo, a extinção da citação

da Fazenda para defesa, admitindo-se mera intimação, pode prejudicar o exercício adequado da defesa do ente público, o qual, na qualidade de constante litigante em demandas judiciais, possui recursos humanos e materiais escassos para conseguir realizar a correta defesa em todos os casos em que é demandado.

Portanto, descabe a tentativa do legislador em dispensar tratamento isonômico entre partes que estão na defesa de interesses diversos, uma vez que o interesse do particular de satisfação da obrigação individual se contrapõe ao interesse público em defesa do cumprimento da obrigação da forma menos onerosa ao orçamento público.

O legislador, no projeto do Código de Processo Civil, deve sim perquirir a efetividade e celeridade processual, sem, contudo, afastar as prerrogativas processuais da Fazenda Pública que assim existem não para favorecer o ente público, mas para prezar pela gestão do interesse público.❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Execução das sentenças nos Tribunais Administrativos**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1977.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil: análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 6ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 30.

BARBOSA, Andrea Carla. CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. "O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto de Código de Processo Civil: Apontamentos iniciais" *in* **O novo Processo Civil Brasileiro Direito em expectativa**. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BOBBIO, Norberto . **Estado Governo e Sociedade: para uma Teoria Geral da Política**. 3ª edição. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BUENO, Scarpinella Bueno. "Execução por Quantia Certa contra a Fazenda Pública uma proposta atual de Sistematização". *In*: Sergio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (org.). **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**.V. 2. Coimbra: Almedina, 1991.

COLE, Charles D. "Imunidade soberana e responsabilidade civil do governo federal dos Estados Unidos da América. Execução contra a Fazenda Pública." Brasília: Centro de Estudos Judiciários (Conselho da Justiça Federal, série **Cadernos do CEJ**, n. 23). 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 8ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Interesse Público e Direitos do Contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execução contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório**. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 4ª edição. Bahia: Editora Jus Podium, 2012.

DIDIER JR., Fredie. MOUTA, José Henrique Mouta. KLIPPEL, Rodrigo. (org) **O projeto do Novo Código de Processo Civil – Estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha**. Bahia: Editora Jus Podium, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FURTADO, Paulo. **Execução**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

GIL, Milagro López. "*La ejecución de sentencias em La ley del Contencioso Administrativo*". In **Revista do CEJ** n. 34. Brasília: Centro de Estudos Judiciário, Conselho da Justiça Federal. 2006, p. 73-83.

GIMENEZ, José Antônio Pajares; GUIJARRO, Javier Medina. **Enjuiciamiento Civil**. 18ª edição, Madrid: Civitas, 1995.

GUEDES, Jefferson Carús. DALL' ALBA, Felipe Camilo. AZEM, Guilherme Beux Nassif. BATISTA, Liliane Maria Busato. **Novo Código de Processo Civil – Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

KANE, Mary Kay. **Civil Procedure in a nutshell**. St. Paul: West Publishing, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e proposta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MONCADA, Luis de. **As relações especiais de poder no direito português**. Lisboa: Revista da Universidade Moderna, 1998.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do Novo Código de Processo Civil**: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, José Roberto de. "Prerrogativas processuais da Fazenda Pública". in **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo**. SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cássio Scarpinella (org.). 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 1996.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. "Aspectos controversos da Execução por Quantia certa contra a Fazenda Pública" in DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BASTOS, Antonio Adonias (org). **Execução e Cautelar**. Estudos em Homenagem a José de Moura Rocha. 3ª Série – Coletâneas ANNEP. Bahia: Editora Jus Podium, 2012.

SOUZA, Marcelo Rebello de. **Introdução ao Estado do Direito**. 4ª edição. Lisboa: Publicações Europa América, 1998.

SOMMERMAN, Karl-Peter. **A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública no Direito Alemão**. Tradução de Leonardo Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Coordenação. **Direito Jurisprudencial**. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2012.

Depósitos Judiciais em Matéria Tributária

Reis Friede

Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho. Professor Conferencista da EMERJ e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM) e da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Desembargador do Tribunal Federal da 2ª Região.

RESUMO:

O depósito em montante integral é uma das causas previstas no art. 151 do CTN como de suspensão do crédito tributário. Trata-se de tema debatido na doutrina e na jurisprudência, razão pela qual merece ser amplamente discutido. O presente estudo abordará os principais aspectos do depósito judicial em matéria tributária, bem como a sua natureza jurídica, enfocando, ainda, a discussão em torno do direito do contribuinte de depositar judicialmente o valor do quantum tributário. Analisar-se-á, outrossim, o disposto na Súmula nº 112 do STJ quanto à possibilidade de depósito judicial em matéria tributária independente de ação cautelar ou providência cautelar ínsita no mandado de segurança e, por fim, as questões inerentes à competência jurisdicional incidental para apreciação de medidas liminares e depósitos judiciais em matéria tributária.

ABSTRACT:

The full amount deposit is one of the possible ways written on article 151 of the Brazilian National Tributary Code (CTN - Código Tributário Nacional) used to suspend a tax credit. This subject is debated doctrinally and jurisprudentially, reason why it deserves to be deeply discussed. The current article will address the main aspects of the judicial deposit in what

regards tributary issues, as well as its legal nature, focusing, furthermore, on the discussion related to the right of the taxpayer to judicially deposit the tax amount. We will analyze, likewise, the Precedent No. 112 of the Superior Court of Justice (STJ - Superior Tribunal de Justiça), which mentions the possibility of making a judicial deposit in tax-related subjects independently of injunctions. Finally, we will see the issues related to the incidental jurisdictional competence to appreciate injunctions and legal deposits in tributary subjects.

PALAVRAS-CHAVE: Direito tributário. Depósito judicial. Súmula 112 do STJ.

KEYWORDS: Tax Law. Judicial deposit. Precedent No. 112 of the STJ.

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. Principais aspectos dos depósitos judiciais em matéria tributária.
3. Do amplo direito do contribuinte de depositar judicialmente o valor do quantum tributário em discussão.
4. Natureza jurídica do depósito judicial tributário.
5. Efetividade, suficiência e forma do depósito judicial tributário – Súmula nº 112 do Superior Tribunal de Justiça.
6. Possibilidade de depósito judicial em matéria tributária independente de ação cautelar ou providência cautelar ínsita no mandado de segurança.
7. Competência jurisdicional incidental para apreciação de medidas liminares e depósitos judiciais em matéria tributária.
8. Vinculação de competência jurisdicional entre a ação cautelar preparatória e a ação principal.
9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A questão central concernente às medidas liminares em matéria tributária encontra-se irremediavelmente adstrita (quanto ao seu aspecto de conteúdo) aos princípios constitucionais tributários e, em especial, aos chamados limites constitucionais ao poder de tributar.

O núcleo do problema cinge-se, fundamentalmente, às diversas considerações possíveis quanto à eventual inconstitucionalidade (na verdade, ineficácia jurídica intrínseca, se considerarmos um maior rigor terminológico) de uma determinada norma jurídica, geradora ou modificadora de obrigações tributárias, à luz não somente das diversas leis de proteção ao contribuinte, mas também em relação aos princípios norteadores da atividade tributária e do próprio direito constitucional e infraconstitucional em vigor relativos ao tema. (Friede, 2011, p. 129)

As controvérsias básicas que procuraremos abordar nas presentes linhas resumem-se, sobretudo, às principais divergências verificadas no âmbito da doutrina e da jurisprudência atuais concernentes aos diversos aspectos dos depósitos judiciais em matéria tributária e que, de alguma forma, interessam mais de perto aos estudiosos do tema específico das cautelares e tutelas antecipatórias nas disciplinas fiscal e para-fiscal.

2. PRINCIPAIS ASPECTOS DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A questão dos depósitos judiciais em matéria tributária é uma das mais importantes sobre o tema amplo das medidas liminares (e, por consequência, das providências cautelares, de modo geral) na atualidade.

O enfoque básico da divergência está em saber com precisão, dentre outras considerações, se existe ou não um autêntico e permanente direito à caução em garantia por parte do sujeito passivo da obrigação tributária, ou, em outras palavras, encerrar as inúmeras dúvidas – derivadas das frequentes controvérsias que existem a respeito do tema – mormente quanto à existência de efetivo direito, em favor do contribuinte, no sentido de permitir, de maneira ampla e irrestrita, o depósito judicial (e, portanto, não apenas o depósito de caráter simplesmente administrativo) dos valores relativos às mais diversas espécies de tributos que estes, por algum motivo, entendem por questionar (quanto à sua exigibilidade) junto ao Poder Judiciário.

3. DO AMPLO DIREITO DO CONTRIBUINTE DE DEPOSITAR JUDICIALMENTE O VALOR DO *QUANTUM* TRIBUTÁRIO EM DISCUSSÃO

Em princípio, como o próprio bom senso recomenda, o direito de se proceder ao depósito judicial do quantum tributário em discussão, intima-

mente associado à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não poderia (e nem deveria) ser entendido de forma abrangente, a sugerir, em última análise, uma permissão ampla de questionamento quanto à exigibilidade do efetivo pagamento dos tributos, através do simples procedimento do depósito judicial da integralidade do quantum em discussão, independentemente da indispensável presença dos requisitos e pressupostos autorizadores das medidas cautelares (e/ou de suas antecipações *in limine*) ínsitas ao procedimento cautelar autônomo (ação cautelar) ou ao próprio *writ* constitucional e, com maior razão, muito menos em sede de tutela antecipatória.

Todavia, não é o que ocorre no âmbito jurisprudencial e doutrinário, sendo pacífico o entendimento, inclusive no âmbito administrativo – fiscal, no sentido de que o disposto no art. 151, II, do Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966)¹ constitui-se em um sinérgico direito subjetivo do contribuinte, cujo exercício corresponde a uma ampla e irrestrita faculdade pertencente a este de, a qualquer tempo, suspender a exigibilidade do crédito tributário, independente da presença de qualquer requisito vinculante, ou mesmo pressuposto genérico, como o denominado *fumus boni iuris lato sensu* (condição específica de viabilidade de qualquer ação judicial). (Friede; Nogueira Júnior, 2011, p. 123)

A respeito do art. 151, II, do CTN, leciona Rosa Júnior (1992, p. 370): “O segundo caso de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previsto no art. 151 do CTN corresponde ao depósito de seu montante integral efetuado pelo sujeito passivo da obrigação tributária principal. Deve-se esclarecer que tal depósito não é obrigatório, mas consiste em uma faculdade do contribuinte para evitar a cobrança do tributo e o pagamento da correção monetária, bem como visa a impedir o ajuizamento do executivo fiscal.”

Por sua vez, afirma Carvalho (2007, p. 479) que o depósito da importância relativa ao crédito tributário pode ser realizado em dois momentos distintos, quais sejam, no curso do procedimento administrativo e

1 Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

no bojo do processo judicial, sendo que, no primeiro caso, possui apenas o efeito de evitar a atualização do valor monetário da dívida (correção monetária), ao passo que na segunda hipótese, além de o depósito impedir o ajuizamento (por parte da Fazenda Pública) da ação de execução, manifestando seu efeito suspensivo da exigibilidade, igualmente previne a incidência da correção monetária.

Oportuno consignar que o tema em questão recebe o seguinte tratamento por parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “[...] A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que ‘o depósito de que trata o art. 151, II, do CTN constitui direito subjetivo do contribuinte, que pode efetuar-lo tanto nos autos da ação principal quanto em Ação Cautelar, sendo desnecessária a autorização do Juízo. É facultado ao sujeito passivo da relação tributária efetivar o depósito do montante integral do valor da dívida, a fim de suspender a cobrança do tributo e evitar os efeitos decorrentes da mora, enquanto se discute na esfera administrativa ou judicial a exigibilidade da exação’ [...]. 2. Assim, no presente caso, apesar da parte ter efetuado o depósito integral do IPTU do exercício de 2005 nos autos da ação declaratória em que se discutia o tributo de 2004, mostrou-se inequívoca a manifestação de vontade de beneficiar-se da suspensão da exigibilidade. 3. Recurso especial não provido.” (STJ, 2011)

De certa maneira, a própria Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, ao alterar a disciplina normativa ínsita no art. 151 do CTN, acrescentando novas hipóteses para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tais como a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial (art. 151, V), indiretamente sugere que a hipótese prevista no art. 151, II, restringe-se ao depósito administrativo do valor do tributo supostamente devido, ainda que, reconhecidamente, diversos autores ostentem ponto de vista oposto, lecionando, ao reverso, que o próprio reconhecimento da possibilidade ampla de se suspender a exigibilidade de crédito tributário por via de antecipação de tutela cognitiva – que, por não ostentar natureza cautelar, inadmite o depósito a título de caução em garantia -, prevista na nova lei, encerra qualquer dúvida não só de que o depósito aludido no art. 151, II, do CTN é tanto de feição administrativa como judicial, como ainda invalida qualquer possibilidade de exigência de condicionamento ao prévio depósito judicial (de natureza contracautelar) para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança (art. 151, IV, do CTN) ou em qual-

quer outra espécie de ação judicial, como por exemplo a ação cautelar preparatória ou incidental (possibilidade contemplada pelo art. 151, V, do CTN, a partir da edição da Lei Complementar nº 104/01 e, anteriormente, por analogia integrativa e construção jurisprudencial). (Friede; Nogueira Júnior, 2011, p. 125)

Por outro lado, nunca é por demais lembrar que o sistema hermenêutico recomenda obrigatoriamente o máximo de bom senso do intérprete em descartar sempre, e de forma imediata, a interpretação que possa, de alguma maneira, conduzir a uma situação absurda, virtualmente contrária à lógica implícita do chamado “bom direito.”

No caso, é por demais evidente que, se de fato existisse, como orienta-se a jurisprudência dominante atual, um amplo e irrestrito direito do contribuinte de, em qualquer situação, efetivamente poder depositar em juízo o montante do débito tributário em discussão, tal faculdade não só esvaziaria, como já afirmamos, as demais hipóteses do mesmo dispositivo (não teria sentido, portanto, a concessão de medida liminar condicionada ao depósito integral do quantum em discussão, tanto em mandado de segurança como na qualidade de antecipação *in limine* na ação cautelar) como ainda permitiria que toda e qualquer pessoa, na qualidade de contribuinte, depositasse judicialmente, mesmo que desprovido de qualquer razão jurídica, minimamente sustentável, todo e qualquer tributo devido ao Estado, em virtual e absoluto prejuízo deste, forjando, em última análise, uma situação que, levada aos extremos, colocaria em dúvida a própria capacidade de sobrevivência econômico-financeira da sociedade política e juridicamente organizada, além de inverter o princípio basilar de legitimidade dos atos administrativos e da eficácia (*rectius*, validade material) das normas jurídicas legislativas e constitucionais. De mais a mais, os magistrados, agentes públicos que caracteristicamente agem, no seu mister, com elevada margem de discricionariedade decisória, conseqüentemente ver-se-iam reduzidos a uma simplória condição de meros agentes coletores de valores para depósitos – estritamente vinculados à exclusiva vontade dos contribuintes -, em evidente descompasso com a noção mais primária da atividade judicante.

Nesse diapasão analítico, Nogueira Júnior (1999, p. 82-83) assenta que a prática dos Tribunais sempre se mostrou infensa à aplicação plena da gama de possibilidades daquele poder (refere-se ao poder geral de cautela), não tendo deixado muita margem a que este fosse idôneo a se

manifestar senão em certas hipóteses de sustação de protesto de título cambial, mesmo assim, porém, em várias oportunidades, rejeitando-a, ainda que existindo risco de dano de difícil ou de incerta reparação, motivo pelo qual o aludido autor estranha a ideia de que o art. 151, II, do CTN tenha instituído hipótese de suspensão de exigibilidade de tributos, mediante o depósito cautelar em juízo das quantias impugnadas, aduzindo, ainda, que, sob a égide do CPC de 1939, “as normas legais que dispunham a respeito desse depósito jamais estabeleceram que fosse ele realizado em medida cautelar inominada, preventiva, preparatória ou incidental (esta a terminologia empregada à época), muito menos como forma de preservar-se o direito do contribuinte à discussão da legalidade da cobrança, tanto que, com fundamento no Decreto – lei n. 3.336, de 10.6.41, pode Rubens Gomes de Souza afirmar que, ‘para poder propor a ação anulatória, o contribuinte deve primeiro depositar a importância discutida’, ainda que já tivesse prestado fiança em sede administrativa.”

E prossegue Nogueira Júnior recordando que o mais “estranho ainda é que, com o advento do CPC de 1973 e a revogação daquelas disposições legais relativas ao depósito para garantia de créditos fiscais, dada a redação do art. 585, parágrafo 1º. daquele Código, bem como do art. 38 da Lei nº 6.830/80, tenha-se podido interpretar o art. 151, II do CTN, diploma este publicado em 1966, ‘em um momento em que o Código de Processo Civil não admitia a suspensão da exigibilidade do crédito, por força da propositura de ação anulatória do ato declaratório da dívida’, como fundamento daquele direito subjetivo, isso quando, até 1980, lamentava ainda Galeno Lacerda que ‘mínima tem sido a aplicação da cautela inominada na jurisprudência nacional’”.

4. NATUREZA JURÍDICA DO DEPÓSITO JUDICIAL TRIBUTÁRIO

Se, de fato, a hipótese prevista no art. 151, II, do CTN não se restringe aos casos de depósito realizado perante a autoridade administrativa², constituindo, ao contrário, efetivo direito do contribuinte de, a seu exclusivo arbítrio, depositar o valor do tributo questionado judicialmente, restaria esvaziada qualquer possibilidade de se interpretar a natureza ju-

² A propósito, afirma Baleiro (1981, p. 525): “a) O depósito do montante (art. 151, I) é feito perante a autoridade administrativa, como base para impugnação, reclamação ou recurso, conforme dispuser a legislação tributária. Não se confunde com a consignação em pagamento do art. 164 do CTN.”

rídica intrínseca do mencionado depósito judicial como efetiva garantia contracautelar, importando, dessa forma, não só a conclusão de que se trata a hipótese de verdadeira e *sui generis* forma transversa de tutela inibitória, como ainda na conseqüente constatação de que não é lícito ao juiz, ao arrepio de toda a vigente sistemática da tutela cautelar, condicionar a concessão da medida liminar em mandado de segurança (art. 151, IV, do CTN), ou em qualquer outra ação com o mesmo propósito, ao depósito do *quantum* em discussão³.

Ainda assim, há que se registrar a existência de corrente doutrinária e jurisprudencial que defende tese flagrantemente oposta, não só no sentido de que o depósito judicial em questão possui incontestável natureza acauteladora – e que, nesse aspecto, somente pode ser procedido diante da necessária demonstração quanto à efetiva presunção de plausibilidade quanto à alegação autoral de indevida cobrança de tributo – mas, particularmente, de que ele pode ser deferido mediante ação cautelar ou em sede de ação mandamental⁴.

Com efeito, na doutrina, leciona Crepaldi (2009, p. 289): “Depósito integral do montante tributário – trata-se de um depósito cautelar feito quando o contribuinte pretende litigar contra o Fisco. Para acautelar-se dos efeitos de uma decisão contrária, o contribuinte pode colocar à disposição da Fazenda Pública a quantia que ele entende indevida [....].”

Cumprе salientar, outrossim, que já se defendeu o entendimento de que deveria ser afastada a tese recorrente de que o mandado de se-

3 Segundo leciona Xavier (1997, p. 442-443), no sistema vigente, o contribuinte possui três rotas alternativas para alcançar a obtenção da suspensão da exigibilidade do crédito, a saber: a interposição de recurso administrativo (dotado de efeito suspensivo, de modo automático, até o julgamento do mesmo); o depósito do montante integral do crédito exigido (também revestido de efeito suspensivo, de modo automático, até o julgamento da ação judicial em cujo bojo o depósito se insere); e a obtenção de medida liminar em mandado de segurança, que, ao contrário das medidas anteriores, não opera, automaticamente, até o julgamento da ação judicial em cujo bojo o depósito se insere.

4 Nesse sentido, conferir: RESP 466362, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.3.2007: “[...] 1. O *fumus boni iuris* ensejador da concessão da cautelar incidental de depósito previsto no artigo 151, II, do CTN, causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, não reside na relevância da pretensão contida na ação principal, mas, sim, na possibilidade jurídica da medida assecuratória pleiteada. 2. O depósito, em dinheiro, do montante integral do crédito tributário controvertido, a fim de suspender a exigibilidade do tributo, constitui direito subjetivo do contribuinte, prescindindo de autorização judicial e podendo ser efetuado nos autos da ação principal (declaratória ou anulatória) ou via processo cautelar, nada obstante o paradoxo defluente da ausência de interesse processual no que pertine ao pleito acessório [...]. 3. Deveras, a aludida medida assecuratória da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, além de prevenir a incidência da correção monetária sobre a dívida tributária em debate, impede o Fisco de postular, efetivamente, o objeto da obrigação tributária, inibindo-lhe a prática de quaisquer atos posteriores à constituição do crédito tributário. 4. Entrementes, o depósito judicial configura ainda garantia da satisfação da pretensão executiva do sujeito ativo, a favor de quem os valores depositados serão convertidos em renda com a obtenção de decisão favorável definitiva legitimadora do crédito tributário discutido (artigo 156, VI, do CTN). 5. Ademais, como é de sabença, a sucumbência do depositante na ação principal, por decisão trānsita em julgado, estende-se à ação instrumental, razão pela qual não se infere prejuízo na autorização cautelar do depósito ainda que em sede de *mandamus* com sentença denegatória. 6. Recurso especial provido.”

gurança, em qualquer hipótese, inadmite a concessão de seu provimento liminar condicionado à prévia exigência de caução contracautelar, como assevera, por exemplo, Xavier (1997, p. 442-443): “[...] na pureza dos seus contornos constitucionais, a figura do mandado de segurança é incompatível com a imposição de condições ou ônus, não sendo legítimo ao legislador infraconstitucional ou aos órgãos de aplicação do direito restringirem o alcance de instituto previsto em norma constitucional de eficácia absoluta plena.”

Se já não bastasse a norma do art. 151, V, do CTN (com a redação dada pela Lei Complementar nº 104/01), que prevê a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ações judiciais, pelo que inteiramente cabível o exercício do poder geral de cautela pelo juiz, na forma do art. 798 do CPC, com o advento do art. 7º, III, da Lei nº 12.016, de 7.8.2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, a controvérsia restou definitivamente superada pela explícita atribuição de competência discricionária ao juiz, no sentido de ser-lhe facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Cumprido registrar, por oportuno, que a Lei Complementar nº 104/01 poderia ter qualificado o depósito previsto no art. 151, II, do CTN como administrativo ou, ao contrário, judicial e administrativo, ostentando, assim, natureza dúplice. Mas, de todo modo, se é do ato do depósito em si que decorre o efeito jurídico da suspensão da exigibilidade do respectivo crédito, esse efeito dar-se-á tanto na esfera administrativa, como na judicial, em toda a sua extensão, e terá que ser reconhecido por uma ou outra como um elemento de fato vinculativo das suas respectivas atividades e órbitas de competências.

Por conseguinte, é lícito determinar-se a suspensão da exigibilidade de crédito tributário em ação de mandado de segurança, ou em outras espécies de ações judiciais, mediante caução, fiança ou depósito, devendo ser entendida, não obstante as vezes discordantes, como de natureza discricionária a decisão do juiz acerca da escolha de qual medida de contracautela deverá ser prestada pelo sujeito passivo tributário.

Quanto aos contornos da liminar concedida em medida cautelar, Cais (2009, p. 514) afirma o seguinte: “Na primeira e na segunda edições desta obra, sustentamos que a liminar concedida em medida cautelar não

seria dotada do poder de suspender a exigibilidade do crédito tributário independentemente de garantia, porquanto o inc. IV do art. 151 do CTN admitiria hipótese restrita de suspensão de exigibilidade do crédito, motivada, exclusivamente, por força da liminar concedida em mandado de segurança. Todavia, no curso do tempo, meditando sobre o tema, reconsideramos essa posição, entendendo que a liminar concedida em medida cautelar tem o poder de suspender a exigibilidade do crédito tributário, independentemente da constituição de garantia para tanto, a fim de ensejar efetividade à garantia constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário, assegurada pelo inc. XXV do art. 5º. da Constituição. Ademais, presentemente, a matéria está sedimentada mediante a Lei Complementar 104, de 10.01.2001, que acrescentou o inc. V ao art. 151 do CTN, determinando que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, suspende a exigibilidade do crédito tributário [...].”

5. EFETIVIDADE, SUFICIÊNCIA E FORMA DO DEPÓSITO JUDICIAL TRIBUTÁRIO – SÚMULA Nº 112 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante a já mencionada existência de doutrina e entendimentos judiciais contrários à tese, bem como a repetida insistência, por parte de determinados contribuintes, de buscar firmar entendimento no sentido da possibilidade ampla e irrestrita de se obter a suspensão da exigibilidade de crédito tributário através de formas alternativas e paralelas ao depósito judicial (nesse sentido, em sua vertente contracautelar), é cediço concluir que expressiva parte da jurisprudência tem visivelmente se inclinado na firme direção de que somente o depósito integral e em dinheiro é capaz de cumprir a função precípua do instituto da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que é precisamente a de impedir temporariamente (ou seja, até a decisão meritória final) o exercício, pelo poder público, de seu poder de promover a execução forçada de um pretense crédito que está sendo (em função da insuperável presença do *fumus boni iuris* que milita, *in casu*, em favor do contribuinte) objeto de questionamento junto ao Poder Judiciário, evitando-se, desta feita, nas palavras de Xavier (1997, p. 424), que a denominada consumação do fato, decorrente da execução, preceda a sua própria cognição.

Neste sentido, consoante a Súmula nº 112 do STJ, o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em

dinheiro (STJ, 1994). Ainda assim, com amparo no art. 15, I, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, segundo o qual, em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz, ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária, os contribuintes tentaram argumentar no sentido da idoneidade da fiança bancária como garantia de crédito tributário impugnado, passível de ser oferecida em ação cautelar inominada.

Sobre o tema, deve ser analisada a jurisprudência do STJ (AgRg no REsp nº 402800, 1ª. Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 4.4.2014): este Tribunal “[...] no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.156.668/DF (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/12/2010), firmou posicionamento no viés de que a fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e do enunciado da Súmula 112/STJ. 2. Este Tribunal Superior, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.272.827/PE (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 31/05/2013), assentou entendimento na linha de que, para atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, não basta a apresentação de garantia, é imperiosa a verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). 3. Logo, a carta de fiança bancária oferecida no bojo de ação anulatória de crédito tributário, por si só, não é capaz de suspender a exigibilidade do crédito, tampouco, da execução fiscal (§ 1º do art. 585 do CPC). 4. Agravo regimental não provido.” (STJ, 2014)

Todavia, deve ser registrado, com a necessária ênfase, que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 2.096, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 23.4.2009, entendeu, em sentido diametralmente oposto, que a carta de fiança bancária configura, em sua plenitude, elemento hábil à formação do juízo de reversibilidade da medida concedida, nos termos da seguinte ementa do julgado: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTESTAÇÃO. A atribuição de efeito suspensivo ou outro tipo de tutela recursal ao recurso extraordinário é medida que se exaure em si mesma, não demandando citação e tampouco contestação. Possibilidade de revisão de medida precária e efêmera se houver modificação do qua-

dro fático-jurídico que serviu de amparo a sua concessão. Contestação conhecida como pedido para revisão da medida cautelar concedida. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. ICMS. DIFERENÇA DE PREÇOS ENTRE A OPERAÇÃO DE ENTRADA E A OPERAÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. PREÇO DE SAÍDA MENOR DO QUE O PREÇO DE ENTRADA. ESTORNO PROPORCIONAL. ART. 155, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES COM ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. POLÍTICA DE SUBSÍDIOS. Sem prejuízo de outro exame por ocasião do julgamento de mérito da questão, persistem as condições que autorizam o deferimento da medida liminar pleiteada. Em especial, robustece o afastamento do risco de irreversibilidade da medida a existência de garantia do crédito tributário controvertido (carta de fiança bancária). Questão de Ordem que se encaminha pela rejeição do pedido para cassação da medida liminar outrora referendada.” (STF, 2009)

É forçoso reconhecer que, independente de outras considerações, esta é a posição mais coerente com a nossa história, posto que, de fato, sempre se estabeleceu, na legislação, a possibilidade de o contribuinte depositar os valores questionados em juízo, daí decorrendo a suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários, sendo exemplo de norma legal nesse sentido o Decreto-Lei nº 9.360/38.

Ocorre que tais depósitos, tidos como preparatórios ou preventivos, na terminologia empregada ao tempo em que vigente o Código de Processo Civil de 1939, e que deveriam ser efetuados integralmente e perante a repartição fazendária respectiva, não foram previstos pelo CPC de 1973, sendo certo, ainda, que a única hipótese de concessão de medida liminar prevista no Código Tributário Nacional, como suspensiva da exigibilidade dos créditos tributários, era a deferida em mandado de segurança (art. 151, IV, do CTN).

Enfim, o depósito, como garantia do crédito tributário, e para possibilitar ao contribuinte discutir a dívida fiscal, ou era realizado em âmbito administrativo – o princípio *solve et repete* – ou judicialmente, quando impetrada ação executiva fiscal, sendo inimaginável, por consequência, a hipótese de depósito em ação cautelar inominada para o fim de suspender-se a exigibilidade de crédito tributário.

Se a ação de execução fiscal visa à satisfação do crédito fiscal que dela é objeto, e se nessa ação é admitida a carta de fiança bancária como um dos direitos considerados idôneos à garantia do crédito fiscal exequen-

do, não haveria, pelo menos nesta linha argumentativa, razão para não se admitir esse mesmo instrumento contratual como bastante à garantia daquele mesmo crédito, inscrito em dívida ativa mas ainda não executado judicialmente, quando derivada de medida liminar em ação cautelar inominada ou em ação de mandado de segurança.

Consoante assevera Cais (2009, p. 514), “[...] a fiança bancária pode ser admitida para tanto, com isso assegurando o amplo acesso ao Poder Judiciário ao contribuinte que não dispõe de numerário para constituir o depósito em garantia da discussão, optando por assumir os encargos bancários com a constituição da fiança bancária.”

Destarte, se, como visto, o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09 atribuiu ao juiz o poder discricionário para exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica, motivo pelo qual, e diante da previsão contida no art. 97, VI, do CTN, não haveria por que, sob esta ótica analítica, não se admitir a idoneidade de carta de fiança bancária como garantia de crédito tributário já exigível (logo, inscrito em dívida ativa), muito embora ainda possa não ter sido objeto de ação de execução fiscal ajuizada.

6. POSSIBILIDADE DE DEPÓSITO JUDICIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA INDEPENDENTE DE AÇÃO CAUTELAR OU PROVIDÊNCIA CAUTELAR ÍNSITA NO MANDADO DE SEGURANÇA

Sobre o específico tema vertente, é importante registrar que, dentre os que defendem a tese segundo a qual existe uma ampla faculdade de o contribuinte de depositar o valor integral do *quantum* tributário em discussão (como efeito direito amparado pelo art. 151, II, do CTN), uma expressiva parcela desses estudiosos tem reiteradamente defendido o ponto de vista de que é perfeitamente legal a efetivação do aludido depósito nos próprios autos da ação principal para o fim de suspender a exigibilidade do crédito fiscal em discussão, independente do ajuizamento (preparatório ou incidental) da ação cautelar ou de qualquer outro meio análogo com essa finalidade precípua, conforme, inclusive, restou decidido pelo STJ (AgRg no REsp nº 835067, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJE 12.6.2008): “[...] 2. Segundo a jurisprudência do STJ, o depósito judicial, no montante integral, suspende a exigibilidade do

crédito tributário (art. 151, II, do CTN) e constitui faculdade do contribuinte, sendo desnecessário o ajuizamento de ação cautelar específica para a providência, porque pode ser requerida na ação ordinária ou em mandado de segurança, mediante simples petição. 3. Se a autora procede ao levantamento do depósito-garantia de que trata o art. 151, III, do CTN, ainda que mediante autorização judicial, desfaz-se por completo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, perdendo a parte o direito ao fornecimento da certidão positiva de débito com efeito de negativa de que trata o art. 206 do CTN. Apesar de se tratar de uma faculdade do contribuinte, a opção pelo depósito judicial vincula os valores depositados ao crédito tributário discutido judicialmente, cujo levantamento por alguma das partes, Fisco ou contribuinte, fica dependente do desfecho da lide, a teor do art. 32, § 2º, da LEF. 5. Recurso especial provido.” (STJ, 2008)

7. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL INCIDENTAL PARA APRECIÇÃO DE MEDIDAS LIMINARES E DEPÓSITOS JUDICIAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A competência jurisdicional para apreciar pedidos de providências cautelares (na forma, ou não, de antecipação *in limine*) e de depósitos judiciais, em matéria tributária, nos períodos intermediários de tramitação processual é (e deve ser sempre) do juízo de primeiro grau.

Uma vez proferida a sentença, a competência (funcional, logo, absoluta) será do Relator do recurso, na forma do art. 800 do CPC, conforme já decidiu o STJ (Medida Cautelar nº 12431, STJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Zavascki): “[...] 1. A medida cautelar na qual se postula a prestação de caução para garantir o juízo de forma antecipada deve ser proposta perante o juízo competente para a futura ação (principal) de execução fiscal, com a qual guarda relação de acessoriedade e de dependência (CPC, art. 800). O STJ não tem, portanto, competência originária para tal demanda. 2. A suspensão da exigibilidade do débito tributário somente é admissível mediante o depósito integral e em dinheiro do valor do tributo questionado, nos termos do art. 151, II, do CTN. Reforça tal conclusão o art. 38 da Lei de Execuções Fiscais, que exige, para efeito de discussão de débito inscrito em dívida ativa nos autos de ação anulatória, o ‘depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos’. No mesmo sentido também

o enunciado da Súmula 112/STJ, de seguinte teor: ‘O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro’. 3. Medida cautelar liminarmente indeferida. Agravo regimental de fls. 196/233 prejudicado.” (STJ, 2007)

Já em curso no Tribunal de origem, a formulação de pedido de medida cautelar inominada, ou de depósito para o fim de suspender-se a exigibilidade do crédito tributário impugnado, no Tribunal Superior competente para conhecer do recurso que puder ainda vir a ser interposto, ou que já o foi, dependerá de exame da admissibilidade deste, *ex vi* as Súmulas nº 634 (“não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”) e nº 635 (“cabe ao presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”), ambas do STF, entendimento que também era perfilhado pelo STJ, conforme decidido no Pedido de Reconsideração na Medida Cautelar nº 15.362, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 11.5.2009): “[...] 1. Pedido de reconsideração aforado contra decisão monocrática que indeferiu a liminar e extinguiu, sem resolução do mérito, medida cautelar incidente a recurso especial não apreciado na origem. 2. Conversão do pedido de reconsideração em agravo regimental, dada a fungibilidade. 3. Impugnação que não trouxe novos elementos e reforça a convicção de que não cabe, salvo excepcionais hipóteses, a outorga de liminar em cautelar, quando o recurso especial não foi admitido ou apreciado na origem. Na presente situação, o recurso não mereceu análise do Tribunal de origem. Caberia ao agravante ajuizar a medida na presidência da Corte de segundo grau. Pedido de reconsideração convertido em agravo regimental, e improvido.” (STJ, 2009)

Porém, em recente decisão proferida no RESP nº 22.986, o Superior Tribunal de Justiça, todavia, entendeu ser possível a concessão de cautelar por aquele Tribunal, apesar de não ter sido firmado o juízo de admissibilidade na origem, diante da configuração de *periculum in mora*, afastando, por conseguinte, a incidências das Súmulas nº 634 e nº 635, ambas do STF: “[...] Em hipóteses excepcionais, é cabível o deferimento da medida cautelar por esta Corte antes de firmado o juízo de admissibilidade na origem, especialmente quando, na origem, foi indeferido pedido idêntico ao argumento de usurpação da competência dos Tribunais Superiores sobre

o tema de mérito: recusa do credor ao oferecimento de fiança bancária em favor do bloqueio de ativos financeiros [...]” (STJ, 2014)

8. VINCULAÇÃO DE COMPETÊNCIA JURISDICIONAL ENTRE A AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA E A AÇÃO PRINCIPAL

O ajuizamento da ação cautelar preparatória (antecedente), independente do eventual pedido de antecipação *in limine*, é importante consignar, necessariamente vincula o julgador quanto ao estabelecimento efetivo de sua competência jurisdicional para a apreciação da futura ação principal de conhecimento, notadamente em matéria tributária.

Com mais razão de ser, o Juízo que estiver a conhecer de ação cautelar inominada, ou de ação de mandado de segurança, vier a praticar ato decisório que demande cumprimento, será o competente (competência absoluta) para adotar as medidas necessárias à efetivação de sua decisão, não sendo admissível que a parte interessada formalize pedido de intervenção ao Tribunal de revisão ou Superior, antes de exercida aquela competência executiva do juízo de primeiro grau. ❖

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001**. Altera dispositivos da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp104.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

CAIS, Cleide Previtalli. **O Processo Tributário**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CREPALDI, Sílvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. **Direito tributário – teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FRIEDE, Reis; NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Tutelas de Urgência em Matéria Tributária**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Medidas Cautelares Inominadas Satisfativas ou Justiça Cautelar**. São Paulo: LTr, 1999.

ROSA JÚNIOR, Luz Emygdio F. da. **Novo Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário à luz da nova Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 22986. STJ, Segunda Turma. Relator: Ministro Og Fernandes. Dje 10.9.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38003840&num_registro=201401742232&data=20140910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 set. 2014.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 402800. STJ, Primeira Turma. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Dje 4.4.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1309688&num_registro=201303301819&data=20140407&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Recurso Especial nº 1289977. STJ, Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Dje 13.12.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1111888&sReg=201101457683&sData=20111213&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Pedido de Reconsideração na Medida Cautelar nº 15362. STJ, Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Dje 11.5.2009.

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=877012&num_registro=200900448192&data=20090511&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 835067. STJ, Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ 12.6.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=783220&sReg=200600710120&sData=20080612&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Medida Cautelar nº 12431. STJ, Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Albini Zavascki. DJ 12.4.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=681342&sReg=20070141531&sData=20070412&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Súmula nº 112. Aprovada em 25.10.1994. DJ 3.11.1994. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0112.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 2.096. STF, Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJe 23.4.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589287>>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Súmula nº 635. Aprovada na Sessão Plenária de 24.9.2003. DJ 9.10.2003; DJ 10.10.2003; DJ 13.10.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=635.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. Súmula nº 634. Aprovada na Sessão Plenária de 24.9.2003. DJ 9.10.2003; DJ 10.10.2003; DJ 13.10.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=635.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 set. 2014.

XAVIER, Alberto. Do Lançamento - **Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

O Novo Código de Processo Civil

Uma breve apresentação das principais inovações

Rodolfo Kronenberg Hartmann

*(Juiz Federal. Mestre em Direito. Autor do livro **Curso Completo de Processo Civil**, com nova edição lançada em 2015).*

INTRODUÇÃO E OBJETIVO DO ARTIGO

Em junho de 2010, foi apresentado um projeto para um novo CPC, por uma comissão de juristas que foi instituída por ato do Presidente do Senado Federal de nº 379/2009. Esta comissão inicial era composta por diversos juristas renomados e teve como Presidente o Ministro Luiz Fux. Os demais membros eram: Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Entre as justificativas para a criação de um novo CPC se encontrava a melhoria da prestação jurisdicional com a eliminação ou criação de instrumentos e institutos tendentes a torná-la mais ágil, bem como a recompor a unidade sistemática do Código, que foi bastante prejudicada em razão do advento de inúmeras leis que massivamente o vinham alterando.

O PLS nº 166/2010 foi aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010, com algumas modificações. Após a tramitação e aprovação também perante a Câmara dos Deputados, onde recebeu a alcunha de PL nº 8.046/2010 e que teve como relator o Deputado Paulo Teixeira, o mesmo retornou ao Senado. A sua votação, enfim, foi concluída nessa Casa legis-

lativa em sessão realizada no dia 17 de dezembro de 2014, após análise de diversos destaques. Em 16 de março de 2015, foi, enfim, sancionada a Lei nº 13.105/2015, que cuida do novo Código de Processo Civil e que tem prazo de *vacatio legis* de 1 (um) ano.

As considerações tecidas abaixo têm como única e exclusiva pretensão apresentar, em linhas gerais, as principais mudanças que ocorrerão. Não têm o objetivo, portanto, de apresentar questionamentos ou propor soluções, mas sim informar algumas novidades e demonstrar que, realmente, o NCPC não fará uma grande revolução e nem solucionará imediatamente o grave problema atualmente vigente de congestionamento dos processos. Pelo contrário, há até mesmo o risco de esse quadro se agravar, caso aplicada a literalidade de certos dispositivos (ex.: quando se verifica que o novo procedimento comum passa a ter possibilidade de três audiências, o que em tese alonga o tempo do processamento).

A ordem dos temas segue, com exatidão, a mesma dos capítulos dispostos no NCPC e desde logo se destaca que, quando os comentários forem sucintos, é porque a disciplina do tema permanece praticamente a mesma, com apenas alguns ajustes na redação dos dispositivos.

Normas jurídicas. Princípios. Regras. Aplicação das normas processuais

O NCPC começa com um capítulo denominado “Das normas fundamentais do processo civil”, reconhecendo expressamente princípios constitucionais como o da inafastabilidade, da duração razoável do tempo do processo, da isonomia, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, dentre outros. Além disso, estabelece que o magistrado não poderá decidir qualquer matéria sem antes submetê-la a contraditório das partes, inclusive as matérias que podem ser pronunciadas de ofício. Há, porém, exceções, como os casos de tutelas provisórias de urgência, algumas tutelas de evidência e quando se defere a expedição do mandado liminar em ação monitória.

Entre os diversos princípios, um que merece especial destaque é o da cooperação, não apenas entre as partes atuantes do processo, mas, também, entre os próprios magistrados que atuam eventualmente nele. Por este motivo, foram melhoradas regras sobre a cooperação internacional e nacional, incluindo o já existente sistema de cartas processuais.

Também é previsto, em seu início, uma ordem cronológica de conclusão para sentenciar os processos. Esta lista deve ser pública. Alguns

processos estão excluídos e podem ser sentenciados independentemente desta ordem como, por exemplo, quando se tratar de sentença homologatória de acordo proferida em audiência, julgamento em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos, aqueles que estiverem previstos em metas do CNJ, entre outras mais. Se o advogado peticionar isso não vai alterar a ordem de conclusão, desde que não haja reabertura de instrução. Também é importante afirmar que em casos de anulação da decisão pelo Tribunal, o processo retorna ao juízo de origem com preferência, exceto se houver necessidade de dilação probatória. Ocorre, porém, que o NCPC, em seu fim (atos das disposições finais e transitórias), já prevê que essa norma somente se aplica aos novos processos, pois os antigos devem ser sentenciados de acordo com a ordem de distribuição. Portanto, deverão ser feitas duas listagens para que todos possam consultar se estas ordens estarão sendo observadas.

Jurisdição. Internacional e nacional. Cooperação jurídica. Internacional. Auxílio direto. Carta rogatória. Cooperação jurídica nacional

O tema “jurisdição nacional” passou a ser disciplinado de maneira mais adequada, albergando diversas outras situações que anteriormente não estavam previstas no CPC, tal como a possibilidade de demanda instaurada no Brasil quando se tratar de relação regida pelo CDC e o consumidor aqui tiver domicílio ou residência.

Também há um tratamento mais amplo no que diz respeito à cooperação internacional (que será “ativa”, quando depender de atuação de agentes estrangeiros, ou “passiva”, para cumprimento perante órgãos nacionais), que abrangerá o cumprimento das cartas rogatórias (para medidas jurisdicionais), o auxílio direto (usualmente utilizada para cumprimento de providências de cunho administrativo) e a ação de homologação de sentença estrangeira (que de novidade também poderá homologar decisão interlocutória estrangeira).

Curioso que o art. 23, III prevê a possibilidade de auxílio direto para qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida por lei brasileira. Em um primeiro momento, parece se tratar de um equívoco do legislador, pois o auxílio direto se presta tão somente para cumprimento de ato ou medida extrajudicial. Contudo, o tema é bastante polêmico. Contudo, o texto é adequado se considerarmos que o auxílio direto pode resultar de duas modalidades: “judicial” ou “administrativo”. O primei-

ro é utilizado quando se tratar de procedimento de jurisdição voluntária entre juízes, desde que não haja conteúdo jurisdicional (afinal, há quem defenda que a jurisdição voluntária resulta de atividade jurisdicional). O segundo já cuida do intercâmbio entre agentes da administração pública ou entre juízes e estes. (SILVA, Ricardo Perlingeiro. Cooperação jurídica internacional e auxílio direto. Revista CJF nº 32, p. 78). Por sinal, o art. 34 reforça que há possibilidade de auxílio direto para medida jurisdicional, a ser cumprida perante o juízo federal de primeira instância do local em que o ato deva ser praticado. Contudo, para determinadas medidas judiciais previstas no art. 35, o instrumento a ser adotado é o da carta rogatória, que inaugura um processo de jurisdição contenciosa perante o STJ.

Eventualmente, a jurisdição pode ser prestada de ofício, como no processo de restauração de autos, que é de jurisdição contenciosa em procedimento especial. Desaparece a possibilidade de o inventário decorrer de iniciativa do magistrado.

Jurisdição nacional. Competência. Absoluta e relativa. Causas de modificação da competência. Conflito de competência

A competência interna, por sua vez, recebe um tratamento muito mais adequado do que o atual.

É mantido o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* tal como já ocorre nos moldes atuais, embora sejam previstas algumas exceções à sua aplicação como quando suprimirem o órgão.

A norma prevista no art. 109, par. 2º da CRFB que era restrita a atuação em juízo da União, passa a ser estendida também para as demandas que envolvam o Distrito Federal, os Estados e os Municípios.

É repetido o atual conceito de “conexão”, embora o mesmo tratamento prático (reunião dos processos para se evitar decisões conflitantes), também ocorra entre processo de conhecimento e de execução. A “continência”, por sua vez, apenas tem o seu processamento melhor detalhado.

A prevenção do juízo, em casos de “conexão” ou de “continência”, ocorrerá pelo registro ou distribuição da petição inicial.

As partes poderão eleger foro para litigar, devendo ele ser expresso a determinado negócio jurídico. O juiz poderá reputar esta cláusula ineficaz se vislumbrar que a mesma é abusiva. Após a citação, isso somente

poderá ser feito se o demandado alegar este tema em contestação, sob pena de preclusão e prorrogação da competência.

Outra inovação é que tanto a incompetência absoluta quanto a relativa devem ser alegadas em preliminar de contestação, de modo que não mais subsistirá o instrumento denominado “exceção”.

Nos casos de incompetência, todos os atos processuais poderão ser aproveitados no novo juízo, inclusive as decisões judiciais, salvo se estas forem revogadas no outro órgão.

Quanto ao conflito de competência, o mesmo passou a ser disciplinado no art. 66 e seus parágrafos, sem qualquer novidade em relação ao que já consta no CPC73, exceto a possibilidade de o juiz que discordar determinar a remessa dos autos em caráter itinerante ao que entender como o adequado.

Ação. Condições da ação. Elementos da ação

O tema ação mereceu um tratamento bastante reduzido no NCPC. De inovação, apenas o destaque de que as condições da ação foram reduzidas a somente duas: legitimidade e interesse. Todos os demais dispositivos sobre este tema repetem em essência aqueles já constantes no atual CPC, cuidando do instituto da substituição processual e do interesse em promover ação com intento de obter tutela declaratória.

Processo. Espécies. Pressupostos processuais. Capacidade processual

Desaparecem as disposições específicas sobre o processo cautelar, muito embora permaneçam as tutelas não satisfativas (cautelares) que, inclusive, podem ser prestadas por meio de uma nova sistemática de processamento denominada “tutela provisória”, que tanto pode ser concedida com base na urgência ou na evidência. Da mesma maneira, também persiste o processo autônomo e acessório denominado “produção antecipada de provas”.

Sujeitos do processo. Partes principais e secundárias. Despesas, honorários advocatícios e multas. Gratuidade de justiça: incidente para o seu deferimento. Procuradores. Sucessão das partes e dos procuradores

A parte relativa aos honorários recebe disciplina extensa. Os honorários serão devidos na demanda principal, na reconvenção, cumprimen-

to provisório ou definitivo da sentença, na execução (resistida ou não) e também nos recursos, cumulativamente.

Advogados públicos passam a ter direito aos honorários advocatícios, quando for criada Lei específica para tanto.

O procedimento para a concessão da gratuidade de justiça passa a ser disciplinado pelo NCP. Ele agora pode ser deferido para todos ou apenas alguns atos processuais. Também é permitido que as despesas processuais sejam parceladas.

Litisconsórcio

O tema não teve mudanças do quadro atual. O NCP permanece conceituando o que é o litisconsórcio necessário e unitário, bem como as providências que o magistrado deve adotar quando perceber a ausência de litisconsortes no processo, entre outras matérias mais já constantes no atual CPC. Permanece a benesse do prazo processual em dobro se os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, exceto se o processo for “eletrônico”.

Intervenção de terceiros

As modalidades atuais de intervenção de terceiros passam a ser: assistência simples, assistência litisconsorcial, denúncia da lide, chamamento ao processo, incidente de desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*. A oposição persiste, mas como procedimento especial de jurisdição contenciosa. A nomeação à autoria desaparece, mas passa a ser possível que o demandado alegue ilegitimidade passiva em contestação e, se o demandante concordar, poderá ser alterado o ocupante do polo passivo.

Juiz e auxiliares da Justiça. Poderes, deveres e responsabilidades. Impedimento e suspeição: incidente para apuração. Servidores, oficial de justiça, peritos, avaliadores e administradores. Conciliadores e mediadores judiciais

O impedimento ou suspeição do magistrado ou dos servidores devem ser alegados por simples petição, no prazo de 15 (quinze) dias da ciência do ato.

Ministério Público. Advocacia Pública. Defensoria Pública

Tanto o Ministério Público, como os advogados públicos e a Defen-

soria Pública possuem a prerrogativa de serem intimados pessoalmente, além de prazo em dobro para a prática de qualquer ato.

Atos processuais. Forma, tempo e lugar. Atos das partes. Pronunciamentos do juiz. Atos do Escrivão ou do Chefe de Secretaria

O NCPC prevê, de maneira inédita, a possibilidade de as partes, de comum acordo, ajustarem mudanças no procedimento comum para ajustá-lo às especificidades da causa, inclusive com a previsão de calendário para a prática dos atos processuais. O magistrado, contudo, pode refutar este ajuste quando verificar nulidade ou abusividade. Tal norma soa inconstitucional, pois o “rito” é fixado por Lei, que só pode ser criada pelo Congresso Nacional, jamais pelos litigantes. É uma tentativa de aproximar a atividade jurisdicional da arbitragem, sendo que esta última deve ser concebida como equivalente jurisdicional, por não ter a mesma amplitude da jurisdição estatal, em que pese entendimentos doutrinários distintos.

Também passa a ser autorizada a possibilidade de certos atos processuais, como intimações e penhoras, serem realizados em domingos, feriados ou mesmo fora dos dias úteis independentemente de autorização judicial, o que é totalmente distinto do modelo anterior.

Os prazos, por sua vez, passarão a ser contados por dias úteis e não por dias corridos, o que também conflita com o CPC73. Também serão considerados como “tempestivos”, os atos praticados antes do termo inicial.

O processo e os prazos serão suspensos nos dias compreendidos entre 20 de dezembro a 20 de janeiro, muito embora os magistrados, servidores, membros do Ministério Público, entre membros de outras carreiras devam continuar trabalhando, salvo casos de férias.

Comunicação dos atos processuais. Carta de ordem, rogatória, precatória e arbitral. Citação. Intimação

A ser admitida, à semelhança do CPP, a prática de ato processual por videoconferência, quando for expedida alguma carta solicitando providência jurisdicional.

A citação passa a ter como efeitos: induzir litispendência, tornar a coisa litigiosa e constituir em mora o devedor, ou seja, apenas os efeitos materiais serão mantidos.

A prescrição passa a ser interrompida pelo “cite-se”, como já consta no art. 201, I, do CC.

As modalidades de citação passam a ser as seguintes: correio, oficial de justiça, pelo escrivão ou chefe de secretaria se o citando comparecer em cartório, por edital, por meio eletrônico e por hora certa.

É criada a carta arbitral, sendo mantidas as cartas precatórias, rogatórias e de ordem.

É permitido que o próprio advogado possa promover a intimação do patrono da outra parte por meio do correio, juntando aos autos, a seguir, cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento.

É possível que a intimação seja feita na pessoa do advogado ou em nome da sociedade que ele pertença.

O NCPC possibilita o cadastro de pessoa para a retirada dos autos, casos em que o advogado, membro do Ministério Público ou Defensoria Pública já serão considerados como intimados.

Vícios dos atos processuais

De novidade, o juiz, ao pronunciar a nulidade, deverá esclarecer quais são os atos processuais que se encontram maculados, ordenando as providências para que sejam repetidos ou retificados.

Distribuição e registro dos processos

É prevista a divulgação de lista de distribuição.

Passa a ser admitida a distribuição por prevenção quando for extinto o processo anterior sem resolução do mérito e a mesma ação for reite-rada, ainda que com novos litisconsortes. É de se criticar a redação literal, pois isso implica ofensa ao princípio do juiz natural no que diz respeito aos novos demandantes.

Tutela jurisdicional. Provisória: tutelas de urgência ou de evidência. Processamento da tutela antecipada satisfativa ou cautelar requerida em caráter antecedente. Processamento da tutela provisória de evidência

Instituto inédito é o da tutela provisória que, em certos momentos, justifica o desaparecimento do processo cautelar autônomo.

Em casos de urgência ou evidência, o magistrado poderá concedê-la e determinar a citação do réu. A petição inicial em casos de urgência pode ser objetiva e, em caso de deferimento, o demandante terá um

prazo para emendá-la. O réu, na sequência, é citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação. Se não for apresentado recurso pelo réu da decisão que concedeu a tutela provisória, ela se torna preclusa (sem gerar coisa julgada) e o processo será extinto sem resolução do mérito. Havendo interesse de qualquer das partes, poderá ser proposta uma demanda autônoma (ação revocatória), perante o mesmo juízo no prazo de 2 (dois) anos.

Obviamente, esta sistemática pode gerar efeitos distintos, que seria o demandante deixar de postular o requerimento de tutela provisória com receio de não vir a obter um provimento definitivo final (caso o demandado não recorra da decisão concessiva). Aliás, também parece que a redação do NCPC merece uma releitura, pois se o demandado não “contestar” e nem “recorrer” é que o processo será extinto sem resolução de mérito, ou seja, somente quando o mesmo ficar em estado de total inércia.

Quanto à tutela de evidência, a mesma já objetiva uma tutela definitiva, razão pela qual está em desarmonia com o título do NCPC em que foi inserida.

Formação, suspensão e extinção do processo

Permanece o mesmo tratamento dado pelo CPC73.

Processo de conhecimento e cumprimento de sentença. Procedimento comum

O procedimento comum passa a ter a seguinte ordem: **petição inicial → citação → audiência de conciliação ou mediação → defesa do réu (contestação ou reconvenção) → saneamento no gabinete ou audiência específica para estes fins → audiência de instrução e julgamento → sentença.**

Este rito comum é aplicável subsidiariamente a todos os procedimentos especiais e ao processo de execução.

Desaparece o procedimento comum sumário.

Petição inicial. Pedido. Alterações quantitativas e qualitativas

A petição inicial deverá observar os mesmo requisitos do CPC73, além de o demandante ter que se manifestar quanto à opção se gostaria ou não que fosse realizada a audiência de conciliação ou mediação.

Para eventuais modificações do pedido (aditamento ou alteração), o autor deve formular requerimento neste sentido até a citação para que

a mesma se opere independentemente de consentimento do demandado. Contudo, mesmo após a citação é possível a modificação se houver a concordância do réu, hipótese em que o mesmo terá prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar. Somente após o saneamento do processo é que não mais será possível qualquer aditamento ou alteração.

Indeferimento da petição inicial. Improcedência liminar do pedido

O indeferimento da petição inicial ocorre em quase as mesmas situações do CPC73, com exceção da prescrição e decadência que passaram a ser previstas acertadamente como casos de resolução liminar do mérito. Em caso de recurso interposto pelo demandado, permanece a possibilidade de o juiz se retratar no prazo de 5 (cinco) dias.

A improcedência liminar do pedido pode ocorrer nas seguintes situações: a) contrariedade à Súmula do STF ou do STJ; b) contrariedade ao julgamento de recursos repetitivos efetuados pelo STF ou pelo STJ; c) contrariedade ao julgamento proferido no incidente de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) contrariedade a enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local; e) Em caso de recurso interposto pelo demandado, também permanece a possibilidade de o juiz se retratar no prazo de 5 (cinco) dias.

Audiência de conciliação ou de mediação

A audiência de conciliação ou mediação somente não será realizada se as partes manifestarem expressamente desinteresse em sua realização. O autor deve se manifestar na própria petição inicial e o demandado em simples petição até 10 (dez) dias antes de sua realização. O não comparecimento das partes caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça, com possibilidade de aplicação de sanção pecuniária. Estas audiências deverão ser designadas com intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte, o que soa inconstitucional por ofensa à separação dos Poderes (art. 2º, CRFB). Com efeito, inadmissível a interferência de um Poder ao outro no exercício da sua atividade-fim. Um paralelo seria o Poder Judiciário disciplinar de quantos em quantos minutos os congressistas devem votar projetos distintos de Lei.

Contestação. Questões preliminares e prejudiciais. Correção do polo passivo

A contestação continua sendo apresentada em 15 (quinze) dias, embora o termo inicial possa variar conforme o caso. Havendo a realização da audiência de conciliação ou mediação, o prazo se iniciará da data da mesma, caso não haja composição amigável.

O princípio da eventualidade continuará como atualmente, já que nesta peça o demandado deve trazer todas as suas teses defensivas.

São mantidas as questões preliminares, com alguns ajustes. Por exemplo, a incompetência relativa agora passa a ser manifestada em contestação. Esta matéria, por sinal, juntamente com a convenção de arbitragem, são as únicas que não podem ser pronunciadas de ofício pelo magistrado. Outras preliminares novas são: erro na atribuição do valor da causa ou concessão indevida de gratuidade de justiça ao demandante.

Também é autorizado, de maneira inédita, que, se o réu alegar ilegitimidade passiva, possa o autor assim reconhecer e promover retificação da petição inicial, caso em que o mesmo arcará com as despesas do profissional que representou o réu primitivo. De certa maneira, é como se fosse uma “nomeação à autoria” já prevista no CPC73, mas de uma maneira muito mais ampla.

Reconvenção

A reconvenção deve ser apresentada na própria contestação. De novidade, há a permissão para que a mesma seja proposta pelo demandado e um terceiro em litisconsórcio e até mesmo em face do autor primitivo e de um terceiro. Admite-se reconvenção na ação monitória, mas não reconvenção da reconvenção.

Revelia

A revelia permanece com o mesmo tratamento do CPC73.

Providências preliminares. Réplica. Julgamento conforme o estado do processo

O tema sofre alguns ajustes. Se o réu não contestar, mas ocorrendo qualquer hipótese de não incidência dos efeitos da revelia, o demandante

terá que ser intimado para informar se pretende produzir ou não algum meio de prova. Se, porém, a defesa for apresentada com algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo, o autor será ouvido em 15 (quinze) dias, por meio de réplica. Esta providência (oitiva do demandante) também é adotada se for apresentada questão preliminar em contestação.

Extinção do processo. Julgamento antecipado do mérito. Julgamento antecipado parcial do mérito. Saneamento e organização do processo. Audiência para saneamento

Admite-se expressamente a extinção parcial do processo ou o julgamento antecipado parcial do mérito. Nestes casos, se prevê que o recurso cabível para impugnar o ato decisório é o agravo na modalidade por instrumento. Esta decisão parcial poderá, desde logo, ser liquidada e executada em autos suplementares, se for o caso. Em casos de extinção total do processo ou de julgamento antecipado total do mérito, o recurso já passa a ser o de apelação.

O saneamento deve ser efetuado pelo magistrado por meio de uma decisão interlocutória. Havendo dúvidas, qualquer parte pode pedir esclarecimentos ou ajustes, no prazo de 5 (cinco) dias. Também se permite que as partes apresentem ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito. Havendo complexidade, poderá ser designada uma audiência especial para esta finalidade.

As pautas de audiência deverão ser preparadas com intervalo mínimo de uma hora entre as audiências, o que é inconstitucional por ofender a separação entre os Poderes (art. 20, CRFB).

Audiência de instrução e julgamento

Não consta mais que o juiz colhe a prova diretamente. Contudo, apenas na prova testemunhal é que consta a adoção do sistema do *cross examination*, que autoriza que o próprio advogado possa formular perguntas diretamente. Na ausência de testemunha ou perito, a AIJ poderá ser cindida apenas se as partes concordarem. Esta audiência poderá ser gravada por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

Teoria geral das provas. Prova emprestada

Permanece a iniciativa probatória do juiz, bem como a adoção do sistema de valoração do livre convencimento motivado. Passa a ocorrer expressa previsão do uso da prova emprestada, desde que respeitado o contraditório.

É repetida a atual regra do ônus da prova, no sentido de que o mesmo deve ser exercido por aquele que fez a afirmação. No entanto, é autorizada a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, de modo a permitir que haja a inversão por decisão devidamente motivada, quando for verificado que uma das partes se encontra em melhores condições de produzir a aludida prova. Aliás, também consta a impossibilidade da inversão do ônus da prova ser determinada na própria sentença, eis que a parte atingida deve ter a oportunidade de desempenhar este mister.

Produção antecipada da prova. Ata notarial. Depoimento pessoal. Confissão. Exibição de documento ou coisa. Prova documental. Documentos eletrônicos. Prova testemunhal. Prova pericial. Inspeção judicial

Permanece a produção antecipada de prova, com feição de processo autônomo e acessório, em que se objetiva uma tutela não satisfativa. É adotado o entendimento de que esta demanda não previne a competência para a demanda principal. É permitido que neste processo não haja, se não houver caráter contencioso na prova a ser produzida. Neste procedimento, não se permite defesa ou recurso, salvo se houver indeferimento da produção da prova.

Passa a ser regulada a “ata notarial”, caso em que se ocorrer fato durante o tramitar do processo que seja controvertido e apresente relevância para situação jurídica de alguém, poderá o interessado requerer que a mesma conste em ata lavrada por escrivão.

O NCPD trata dos documentos eletrônicos de forma bastante sucinta e evasiva, tanto que se recomenda a verificação da legislação própria a respeito, que atualmente é a Lei 11.419/06.

A prova testemunhal deixa de ser tarifada em algumas hipóteses.

O NCPD também trata acertadamente como “desembargadores” aqueles magistrados atuantes na 2ª instância da Justiça Federal e Trabalhista. Este dispositivo cuida daquelas pessoas que não são obrigadas a comparecer a AIJ no dia designado, por terem o direito de serem inquiri-

das em sua residência ou onde exercem suas atividades. Contudo, o mesmo desprestigia os magistrados de primeira instância, que têm idêntico direito reconhecido pelo art. 33, inciso I, da Lei Complementar nº 35/79 e que foram solenemente ignorados.

Os advogados podem ficar encarregados de intimar suas próprias testemunhas.

O NCPC passa a adotar o sistema da *cross examination*, permitindo que o patrono da parte possa fazer perguntas diretamente à testemunha. Curiosamente, o NCPC nada dispõe sobre a forma de inquirir as demais pessoas na AIJ (exemplo, as próprias partes).

A prova pericial pode ser substituída por prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade. Neste caso, será nomeado especialista que irá prestar esclarecimentos.

Admite-se que as próprias partes, de comum acordo, possam escolher o perito para a realização desta prova.

Sentença. Elementos e efeitos da sentença. Remessa necessária. Julgamento de ações relativas às prestações de fazer, não fazer e de entrega de coisa

O NCPC conceitua sentença como o ato do juiz que põe fim ao processo ou a uma de suas fases.

A desistência da ação poderá ser apresentada até a sentença. Contudo, havendo apresentação de resposta pelo réu, esta desistência somente poderá ser acolhida caso o mesmo concorde.

Em casos de sentença terminativa, o recurso permitirá ao magistrado exercer juízo de retratação no prazo de 5 (cinco) dias.

A sentença deve ter relatório, fundamentação e dispositivo. Mas o relatório é dispensado quando se tratar de sentença proferida em procedimento de jurisdição voluntária de ratificação de protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo (art. 768, NCPC).

O NCPC estabelece que as decisões judiciais sejam fundamentadas, para que possa ser verificado se o Estado legitimamente prestou a atividade jurisdicional ou se nela há alguma falha. De forma alguma se pode admitir que o magistrado atue arbitrariamente, não deixando claro às partes os motivos do seu convencimento. Consta que não são consideradas fundamentadas quaisquer decisões que: a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo sem explicar sua relação com

a causa ou a questão decidida; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos trazidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar existência de distinção no caso em julgamento ou a separação do entendimento.

A sentença que condena a prestação pecuniária vale como título executivo judicial e pode também dar ensejo a constituir hipoteca judiciária, podendo ser transcrita em cartório de RGI.

A remessa necessária é mantida, com algumas alterações, especialmente quanto aos valores. No âmbito federal (união e respectivas autarquias e fundações), somente haverá esta remessa se a condenação for superior a 1.000 (mil) salários mínimos. No estadual, este patamar fica em 500 (quinhentos) salários mínimos e no municipal em 100 (cem) salários mínimos. Haverá remessa necessária quando o juiz converte o mandado inicial em mandado executivo na ação monitória promovida em face da Fazenda Pública.

No julgamento de ações relativas às prestações de fazer, não fazer e de entrega de coisa se permite que o magistrado possa adotar meios executivos na própria sentença ou posteriormente. Em casos de não cumprimento por impossibilidade de obter o resultado prático equivalente, a obrigação será convertida em perdas e danos.

Coisa julgada

Elimina-se a ação declaratória incidental, mas a questão prejudicial será acobertada automaticamente pela coisa julgada, se dessa resolução depender o julgamento do mérito e desde que observados contraditórios prévios e o juízo tiver competência para tanto.

Liquidação de sentença

A liquidação passa a ser por “arbitramento” ou pelo “procedimento comum”. Eventual parcela já liquidada na decisão poderá ser executava

em apenso. Há outros modelos de liquidação “específica”, como ocorre na dissolução parcial de sociedade, que é um novo procedimento de jurisdição contenciosa.

Cumprimento da sentença. Títulos executivos judiciais

O cumprimento de sentença continua a observar as regras do procedimento comum, em casos de omissão.

Quando se tratar de obrigação de pagar quantia certa deverá esta fase se iniciar após requerimento do credor, seja este cumprimento definitivo ou provisório. O devedor, em regra, é intimado para cumprir a obrigação na pessoa do seu advogado, mas há situações em que o mesmo será intimado pessoalmente (por exemplo, quando representado pela Defensoria Pública ou quando o requerimento for efetuado há mais de um ano).

Entre os títulos judiciais, as novidades são: créditos de auxiliares da Justiça que forem fixados por decisão judicial (antes eram extrajudiciais), as decisões interlocutórias estrangeiras após a concessão do *exequatur* e o acórdão proferido pelo tribunal marítimo quando do julgamento de acidentes e fatos da navegação. Na maioria das vezes, os títulos judiciais não foram criados nos mesmos autos, o que ensejará novo processo com citação do devedor para cumprir a obrigação em 15 (quinze) dias.

Competência. Protesto da decisão judicial

A competência segue basicamente as mesmas disposições do CPC73. Permanece a possibilidade de o credor escolher onde quer executar a obrigação de pagar entre as seguintes opções: mesmo juízo, domicílio do devedor ou onde o mesmo possui bens passíveis de penhora. De novidade, nas obrigações de fazer ou não fazer o cumprimento pode ser onde a mesma deve ser efetivada.

Passa a existir a possibilidade de se protestar uma sentença judicial, depois de passados 15 (quinze) dias da intimação do executado (tanto sendo cumprimento provisório quanto definitivo). É permitido que o executado que tenha ajuizado ação rescisória também faça a anotação desta notícia no título protestado. Com o pagamento, cabe ao próprio juízo oficial determinando o cancelamento do protesto.

Todas as questões relativas à validade do procedimento podem ser arguidas nos próprios autos.

Há dispositivo na execução por título extrajudicial que autoriza que o juiz, a requerimento da parte, determine a inclusão do devedor em cadastro de inadimplente, o que é em parte semelhante e se aplica tanto ao título judicial como ao extrajudicial.

Cumprimento provisório de sentença que condena a obrigação de pagar

Permanece a responsabilidade do credor pela promoção de cumprimento provisório indevido, cujos prejuízos serão apurados nos mesmos autos.

Para se levantar depósito em dinheiro ou expropriar os bens, o credor terá que prestar caução, que pode ser dispensada em algumas hipóteses: a) crédito de natureza alimentar, independentemente da origem, b) credor demonstrar situação de necessidade, c) pender o recurso de agravo da inadmissão de recurso extraordinário ou especial; d) sentença estiver de acordo com súmula do STF ou do STJ ou nos casos em que já houver acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos. Contudo, a caução deve ser exigida se a sua dispensa resultar em risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

A multa de 10% é aplicável ao cumprimento de sentença.

O cumprimento provisório deve vir acompanhado de diversas peças, exceto quando forem autos eletrônicos.

O ato de depositar o valor não é interpretado automaticamente como anuência à decisão, eis que o executado poderá apresentar impugnação.

Se no cumprimento provisório houver alienação judicial de bem, esta não será desfeita.

Cumprimento definitivo da sentença que condena a obrigação de pagar

Esta fase se inicia após o trânsito em julgado da sentença por meio de requerimento a ser apresentado pelo credor.

O requerimento deve vir com planilha atualizando a dívida de maneira pormenorizada.

Havendo dúvidas quanto ao valor apresentado, a execução é feita no valor apresentado pelo exequente e a penhora será no montante que o magistrado achar adequado.

O devedor é intimado para cumprimento em 15 (quinze) dias e, caso permaneça silente, arcará com multa de 10% e mais honorários advocatícios em novos 10%.

Após o término deste prazo, já é expedido mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

Também após estes 15 (quinze) dias se inicia o prazo para apresentação de impugnação, independentemente de prévia garantia do juízo. Mas mesmo após este prazo podem ser trazidas novas defesas por petição simples, desde que sejam supervenientes ao fim do prazo. Entre os temas que podem ser alegados na impugnação, de novidade há a possibilidade de se alegar incompetência absoluta e relativa no que diz respeito apenas ao juízo da execução. O impedimento e a suspeição do juiz devem ser alegados por petição específica com esta finalidade.

A impugnação pode vir a ter efeito suspensivo se houver requerimento do executado, constrição prévia de bens e risco de dano, ainda que seja possível novos atos como substituição, reforço ou redução da penhora.

Antes de ser intimado para cumprir em 15 (quinze) dias, o próprio réu pode oferecer em juízo o valor que acha devido, apresentando planilha. Na sequência, o autor é ouvido em 5 (cinco) dias, podendo impugnar o valor depositado. Se o depósito for insuficiente, haverá multa de 10% e honorários de 10% a serem arcados pelo executado, seguindo-se execução nos próprios autos pela diferença. Também vale para o cumprimento provisório da sentença.

Cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos

O título executivo pode ser qualquer tipo de decisão judicial, inclusive as interlocutórias, sejam os alimentos definitivos ou provisórios. O credor pleiteia o início e o devedor será intimado pessoalmente para pagamento em 3 (três) dias. Se neste íterim o devedor demonstrar a impossibilidade de pagar, o magistrado se limitará a determinar o protesto do pronunciamento judicial. Em caso de não pagamento ou de ausência de justificativas, será decretada sua prisão entre o prazo de 1 a 3 meses.

A prisão não abate a dívida. Para ser possível a prisão, o débito é aquele que compreende as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução além dos que vencerem no processo, nos termos do verbete 309 da súmula do STJ.

Se for o caso, pode ser requerido o cumprimento provisório da sentença nos mesmos moldes de qualquer outra obrigação de pagar. Neste

caso, o credor levantará mensalmente os valores depositados independentemente de caução.

A execução poderá ser feita no domicílio do credor.

Há previsão para desconto em folha de pagamento, como já previa o CPC73. Mas se o empregador não cumprir a decisão, estará praticando crime de desobediência. Contudo, há tipo penal específico para tanto na Lei de alimentos, que deve prevalecer por meio do critério da especialidade.

Passa a ser possível o desconto em folha de pagamento mesmo para pagamento dos débitos anteriores. A execução dos alimentos provisórios fica em apenso ao processo de alimentos, ao contrário dos definitivos. Se for verificada conduta procrastinatória, o juiz oficiará o Ministério Público para ciência de possível crime de abandono material. É mantida a constituição de capital para alimentos indenizatórios, embora esta medida possa ser substituída por inclusão do credor em folha de pagamentos. Admite a modificação do valor dos alimentos, mas não estabelece como, ou seja, que procedimento deve ser empregado. Permite que os alimentos sejam prestados em salário mínimos, o que afronta o art. 7º, inciso IV da CRFB.

Cumprimento de sentença que reconheça obrigação de pagar pela Fazenda Pública

Esta execução deixa de ser autônoma e passa a compor uma segunda fase do mesmo processo anterior. O credor deve fazer requerimento com planilha da dívida. Neste modelo não é aplicável a multa de 10%.

A Fazenda Pública será intimada na pessoa do seu procurador para impugnar em 30 (trinta) dias. O tratamento é assemelhado ao que ocorre na execução em face de particular no que diz respeito às matérias a serem apresentadas. Não apresentada impugnação ou sendo ela rejeitada, será requisitado o precatório ou o RPV conforme o caso. Admite a requisição imediata da parcela incontroversa da dívida (art. 100, par. 8º, CRFB).

Cumprimento da sentença que reconheça obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa

O juiz pode iniciar o cumprimento da sentença até mesmo de ofício. É possível a fixação de meios executivos para forçar a satisfação da obrigação. Aparentemente, o devedor pode apresentar impugnação, mas não fala quando será intimado, e os dispositivos que falam em intimação indicam que é apenas para o cumprimento de obrigação de pagar.

O juiz pode determinar as *astreintes* de ofício. Literalmente, só é possível alterar o valor da multa vincenda, embora possa excluir as anteriores. Permite-se o cumprimento provisório das multas, embora o valor só possa ser levantado após o trânsito em julgado ou na pendência do agravo ao recurso extraordinário ou especial.

O proceder para o cumprimento de sentença que condena a entrega de coisas também observa as mesmas formalidades.

Procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. Consignação em pagamento. Exigir contas. Ações possessórias: manutenção, reintegração de posse e interdito proibitório. Divisão e demarcação de terras particulares. Dissolução parcial de sociedade. Inventário e partilha. Embargos de terceiro. Oposição. Habilitação. Ações de família. Ação monitória. Homologação do penhor legal. Regulação de avaria grossa. Restauração de autos

Na consignação, prevê que se o depósito não for feito pelo réu junto com a inicial, o caso será de extinção sem resolução do mérito.

Na ação de “exigir contas”, não há mais o rito para a de “dar contas”, que agora será o “comum”.

Nas possessórias, consta expressamente a característica da fungibilidade. Inova ao permitir que, quando houver excessivo número de réus, a citação poderá ser aos que se encontrarem no local e por edital quanto aos demais. Também permite que o réu possa, na contestação, pleitear proteção possessória. Durante este processo, tanto autor como réu não podem propor demanda que busca reconhecer o domínio do bem. O rito especial é apenas quando o esbulho ou turbação tiver ocorrido em menos de um ano e dia, pois nos demais é observado o rito comum. Na demanda de manutenção de posse há possibilidade de liminar antes da oitiva do demandado. Nos litígios coletivos envolvendo disputa de posse, se a liminar não for executada em um ano da data da distribuição, será designada audiência de mediação, com a presença do Ministério Público.

A divisão e demarcação de terras podem ser realizadas em caráter extrajudicial, desde que os interessados sejam maiores e estejam de acordo. Isso também ocorre com a usucapião (embora esta norma seja prevista ao final do NCPC, em disposições finais e transitórias). Na ação de divisão de imóvel, o NCPC cria uma hipótese de litisconsórcio passivo necessário: ela ocorre quando a demanda divisória é acolhida e isso atin-

ge indevidamente o imóvel de confinante, que deverá propor uma nova demanda em face de todos os condôminos.

A ação de dissolução parcial de sociedade era mencionada no art. 1.218, inciso VII do CPC73, sendo disciplinada até então pelo antigo DL 1.608/39. Pode ter por objeto resolver a sociedade ou retirada de sócio falecido, entre outras finalidades relacionadas. É instruída com o contrato social consolidado (documento indispensável). Todos os sócios deverão ser citados (litisconsórcio passivo necessário). A sociedade, mesmo não citada, se submete aos efeitos da coisa julgada (ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada). Se estiverem de acordo, passa-se à liquidação. Se for apresentada defesa, segue-se o procedimento comum. Contudo, a liquidação necessariamente é a específica deste rito. Será fixada uma data de resolução da sociedade (ex.: data do falecimento do sócio que se pretende excluir).

No inventário, consta que o mesmo poderá ser realizado extrajudicialmente nos moldes da Lei 11.441/07. Deve ser instaurado em dois meses, podendo ser prorrogado este prazo por idêntico prazo. Questões de alta indagação (que necessitam de prova) devem vir pela via comum. O juiz deixa de ter legitimidade ativa para instaurar o inventário. Por outro lado, o companheiro passa a ter legitimidade, em conformidade com o art. 226, par. 3º, CRFB. Continua possível que o inventariante requeira a insolvência do espólio, embora este tema permaneça a ser regulado pelo CPC73 ainda que o NCPC esteja em vigor. O incidente de remoção do inventariante tramita em apenso. Na partilha, o juiz pode deferir que provisoriamente um dos herdeiros tenha o exercício de usar e fruir de determinado bem. É fixado o prazo de um ano para ação que busque anular partilha amigável e são enumeradas outras hipóteses em que a sentença homologatória pode ser objeto de ação rescisória. Permanece a possibilidade de inventário por meio de arrolamento sumário. Alguns bens são excluídos de inventário e partilha como as contas de FGTS (Lei 6.858/80). Passa a ser permitida a cumulação de inventários em alguns casos.

Os embargos de terceiro permanecem com o mesmo tratamento, apenas com ajustes nas redações dos dispositivos. Passou a prever quem é o legitimado passivo (aquele a quem aproveita a constrição). Após a defesa, seguem procedimento comum. Há limitação para as defesas na contestação em caso de embargos de credor com garantia real.

A oposição deixa de ser uma modalidade de intervenção de terceiros e passa a ser um procedimento especial de jurisdição contenciosa. O tratamento permanece o mesmo.

A habilitação ocorre quando falece uma das partes e há interesse dos interessados em proceder à sucessão. É processada nos mesmos autos, com suspensão da causa. Havendo impugnação dos interessados, ela passa a ficar em apenso. Trata-se de nova ação, com citação, defesa, instrução e decisão que pode gerar coisa julgada nos termos da legislação.

O NCPC disciplina as “ações de família”, para os casos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, visitação e filiação. A ação de alimentos permanece regida por Lei própria (5.478/68). Nestas demandas, deve ocorrer um esforço para a solução consensual. É possível a tutela provisória. Haverá audiência de mediação ou conciliação, que podem se dividir em tantas sessões quanto forem necessárias. Permanecendo o litígio, devem observar o procedimento comum. O Ministério Público atua como fiscal da Lei em casos de participação de incapazes.

A ação monitória agora é possível também para entrega de bens fungíveis e obrigação de fazer ou não fazer. São relacionadas hipóteses de indeferimento da petição inicial, além daquelas tradicionais. Permite tutela de evidência para que seja expedido o mandado inicial. Se o réu cumprir, ficará isento apenas das custas processuais. Não sendo cumprida a obrigação ou apresentados embargos monitórios, converte-se o mandado em título executivo judicial. Desta decisão de conversão é cabível ação rescisória (o NCPC não deixa bem claro que é uma nova decisão, mas assim é na jurisprudência há anos). A Fazenda Pública tem o direito a reexame necessário. Admite-se reconvenção na ação monitória, mas não reconvenção da reconvenção. O juiz pode autorizar a atuação dos embargos em apartado. Há possibilidade de fixar multa por litigância de má-fé tanto em relação ao demandante quanto ao demandado em alguns casos.

A homologação de penhor legal era tratada como cautelar autônoma e atualmente se encontra como procedimento especial de jurisdição contenciosa. Esta via pode ser realizada extrajudicialmente nos dias atuais, como em outros casos permitidos pelo NCPC (usucapião, demarcação e divisão de imóveis, inventários, dentre outras). Basicamente há uma audiência específica no início e restrição a teses defensivas, pois no restante este procedimento também segue o rito comum.

A regulação de avaria grossa é prevista a partir do art. 772 do Código Comercial, juntamente com normas de direito material. As “avarias grossas” são as despesas extraordinárias e as decorrentes de sacrifício do capitão da embarcação (ou à sua ordem) para salvar o navio ou a carga (exemplo: lançar ao mar materiais inflamáveis). O objetivo deste procedimento é repartir os gastos com seguradoras, armadores e donos das mercadorias, ou seja, que haja um vínculo de solidariedade entre elas. O art. 783 do Código Comercial previa que dependeria de prova arbitral. Neste procedimento, o objetivo será nomear um regulador de avarias, abrindo-se o processo de avaria grossa.

Por fim, a restauração de autos passa a ser disciplinada de maneira mais abrangente pelo NCPC. É admitida que a mesma seja realizada até mesmo em relação a autos eletrônicos. Trata-se de processo que pode ser iniciado de ofício pelo juiz ou por qualquer das partes ou pelo Ministério Público. As peças exigidas por Lei serão apresentadas. A parte contrária será citada. Será possível repetir prova produzida em audiência. Podem ser tomados depoimentos dos servidores e auxiliares da justiça. Após julgamento da restauração, nestes autos seguirá o processo primitivo (exceto se o mesmo reaparecer). Nos Tribunais, preferencialmente esta demanda é distribuída ao mesmo relator do processo anterior. Os responsáveis pelo desaparecimento podem ser punidos, até mesmo em esfera cível e penal.

Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Notificação e interpeção. Alienação judicial. Divórcio e separação consensuais, extinção consensual da união estável e alteração de regime de bens do matrimônio. Testamentos e codicilos. Herança jacente. Bens dos ausentes. Coisas vagas. Interdição. Organização e fiscalização das fundações. Ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo

O NCPC trata os procedimentos de jurisdição voluntária como atividade jurisdicional, pois a todo momento menciona em atividade jurisdicional, citação e formação de coisa julgada. Porém, em dados momentos, considera este tema como atividade administrativa, eis que admite o seu início até mesmo por provocação da autoridade policial (como no procedimento para “coisas vagas”), que é despida de capacidade postulatória.

O primeiro procedimento é o da notificação e interpelação que antes eram reguladas como “cautelares”. O protesto judicial também é tra-

tado neste procedimento. Após oitiva do interessado e da realização da notificação ou o protesto, os autos serão entregues ao interessado.

A alienação judicial é procedimento a ser adotado quando entre os interessados não houver disposição sobre a venda dos bens. Segue a mesma sistemática da expropriação em execução.

O divórcio e separação consensuais, bem como a extinção de união estável e da alteração de regimes de bens do matrimônio devem ser requeridos por petição assinada por ambos os cônjuges. O divórcio, separação e extinção de união estável podem ser realizados extrajudicialmente, o que reforça o caráter de ser função administrativa. Admite-se advogado comum nestes procedimentos. Ao fim, consta que a sentença nestes casos fará coisa julgada, o que sugere ser função jurisdicional.

Os testamentos e codicilos passam a ser regulados de forma mais exaustiva e atualizada do que o CPC73, pois agora já cita as espécies existentes (por exemplo, o testamento marítimo).

Na herança jacente, o tratamento também ficou mais extenso e até se possibilita uma inspeção judicial no local ou até do delegado, se for o caso. Se após a publicação dos editais surgir algum herdeiro, este procedimento é convertido em inventário. Quanto a eventuais credores, os mesmos podem se habilitar no inventário ou intentar ação de cobrança. Se não aparecer ninguém em um ano, a herança é considerada jacente. Ao final deste procedimento, o NCPC diz que a sentença transita em julgado (mais uma vez reiterando se tratar de atividade jurisdicional).

Quando se declarar a ausência nos casos previstos em Lei, o juiz mandará arrecadar os bens do ausente (atividade jurisdicional de ofício, pra quem vislumbra este caráter na jurisdição voluntária) e irá nomear curador. Serão publicados editais. Após, os interessados podem requerer a abertura da sucessão provisória e, posteriormente, a sua conversão em definitiva. Se após regressar o ausente, o mesmo terá que demandar em ação própria eventual direito sobre seus bens.

As coisas vagas cuidam de um procedimento que pode ser iniciado pela autoridade policial e seu tratamento no NCPC é inconclusivo.

A interdição passa a ser regulada de maneira mais ampla. São relacionados os legitimados ativos. Deve ser juntado laudo médico (documento indispensável) ou justificar impossibilidade. O magistrado terá

que entrevistar o interditando, se for o caso até mesmo fora do juízo. A posterior prova pericial pode ser realizada por uma junta de especialistas. A sentença comportará apelação, que será recebida apenas no efeito devolutivo. É possível o levantamento da interdição, em novo processo que ficará em apenso. O tutor ou curador nomeado podem ser removidos pela promoção de ação autônoma ajuizada pelo Ministério Público ou por outro que tenha interesse. Após o fim da tutela ou curatela, há a necessidade de se prestar caução.

A organização e fiscalização das fundações seguem o mesmo tratamento do NCPC. De novidade, a possibilidade de o Ministério Público ingressar em juízo com o intuito de extingui-las, em casos distintos como, por exemplo, quando seu objeto se tornar ilícito.

Por fim, há ainda o procedimento para ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo. O art. 1.218, inciso VIII do CPC73 determinava que este tema seria regulado ainda pelo antigo CPC-39, entre seu art. 725 e art. 729. Com o NCPC, passam a vigorar apenas as disposições deste quanto ao tema. Todos os protestos e processos testemunháveis firmados a bordo deverão ser apresentados pelo comandante da embarcação ao juiz de direito do primeiro porto, para ratificação judicial (outra hipótese em que há ausência de capacidade postulatória do provocador da atividade jurisdicional). As testemunhas e parte da tripulação serão ouvidas no mesmo dia. Após a audiência, será ratificado o protesto ou processo testemunhável, sem relatório.

Processo de execução

O procedimento para título extrajudicial também se aplica ao cumprimento de sentença e às execuções com ritos distintos, como no CPC73.

Permanece a multa por ato atentatório à dignidade da justiça, em patamar não superior a 20% do valor atualizado da execução que é revertido ao credor.

Também permanece o princípio da disponibilidade, bem como a responsabilidade do exequente em ressarcir eventuais prejuízos caso não tenha êxito.

Faz constar que as cobranças das multas ou das indenizações decorrentes de má-fé serão executadas nos próprios autos.

Legitimidade. Competência. Títulos executivos extrajudiciais. Responsabilidade patrimonial

Na legitimidade passiva, foi incluído o responsável, titular do bem vinculado por garantia real, ao pagamento do débito.

É possível cumular várias execuções no mesmo processo, desde que seja o mesmo executado, mesmo procedimento e que o juízo seja competente para todos.

De acordo com o NCPC, diversos serão os foros em que a execução poderá ser deflagrada. Basicamente, as novas regras são: a) execução deve ser proposta no domicílio do devedor ou da eleição constante no título; b) se o executado tiver mais de um domicílio caberá ao exequente a escolha por qualquer um deles, o que também ocorre quando se tratar de vários executados com domicílios distintos; c) a execução pode ser proposta no foro da residência ou do local em que se encontra o executado, se o seu domicílio for desconhecido ou incerto; d) a execução também poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem ao título, malgrado nele não mais resida o executado.

Os atos determinados pelo magistrado poderão ser cumpridos pelo oficial de justiça nas comarcas contíguas. Se for o caso, é requisitada força policial para auxílio. Também passa a ser possível que, havendo requerimento, possa o juiz determinar a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes, o que vale tanto para título judicial como extrajudicial.

O rol dos títulos executivos extrajudiciais foi pouco modificado. Houve a exclusão dos créditos devidos a auxiliares da justiça que foram homologados judicialmente, pois estes se transformaram em títulos executivos judiciais. De novidade, há a inclusão dos créditos decorrentes de parcela de rateio de despesas em condomínio, se assim tiver sido estabelecido na convenção ou constante em ata de reunião convocada especialmente para este fim (o que já era previsto no art. 12, par. 2º, Lei 4.591/64), bem como também foi incluída a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas previstas pelos atos por ela praticados. Permanecem aqueles outros previstos em Leis específicas como as cédulas de crédito rural (art. 41, DL 167/67), industrial (art. 10, DL 431/69), dentre outros.

O NCPC prevê, lamentavelmente, que a parte pode optar por se valer do processo de conhecimento ainda que já disponha de título executivo extrajudicial.

A “responsabilidade patrimonial” segue o mesmo tratamento do CPC73, mas com alguns ajustes. Diferencia a responsabilidade do sócio e do responsável em casos de desconsideração da personalidade jurídica. Também permite a execução de bens que foram transferidos em fraude a credores (mencionando que a transferência é “anulada” em demanda própria) e fraude à execução (que é tratada em dispositivo mais abaixo e que tem a transferência tida como “ineficaz” ao credor). Amplia as hipóteses em que a fraude à execução pode ocorrer, exigindo para a sua configuração o elemento subjetivo. Quando houver desconsideração da personalidade jurídica, o termo inicial para a fraude à execução é a partir da citação. Deve o juiz intimar o terceiro adquirente antes de decidir, para que ele ofereça embargos de terceiros em 15 (quinze) dias (trata-se de faculdade, pois, se assim não agir, ainda poderá este terceiro propor a mesma medida nos prazos que o NCPC estipula ao regular esta via embargos de terceiros). Mantém o direito de preferência do fiador ou dos sócios da pessoa jurídica.

Disposições gerais. Petição inicial. Nulidade da execução

A petição inicial deve vir acompanhada do título executivo extrajudicial, planilha e também indicar a espécie de execução (por exemplo, é o caso da execução de alimentos, que pode ter o procedimento de obrigação de pagar ou o que permite a decretação da prisão civil, conforme preferir o exequente). Esta peça já deve indicar os bens passíveis de penhora. Poderão ser requeridas medidas urgentes (aplicam-se as disposições da tutela provisória cautelar de arresto, já que a execução pode observar em caráter subsidiário tais normas). É mantida a possibilidade de averbar a certidão de distribuição.

Em casos de deferimento, haverá a interrupção da prescrição, que retroagirá à data da propositura da ação.

São os seguintes casos de matéria de ordem pública: título executivo extrajudicial que não tenha obrigação certa, líquida e exigível, ausência de citação e execução iniciada antes de verificada condição ou termo.

Permanece o princípio do menor sacrifício do executado, embora o devedor tenha que indicar qual seria o meio mais adequado, sob pena de manter os mais adequados.

Execução para entrega de coisa certa e incerta. Execução de obrigação de fazer e de não fazer

Para a entrega de coisa certa, o devedor é citado para cumprir a obrigação em 15 (quinze) dias. Ao despachar, o juiz pode fixar multa em valor que pode ser alterado. Se o bem já foi alienado, será expedido mandado e o terceiro adquirente só será ouvido após depositá-la. Caso a coisa tenha se deteriorado, eventuais prejuízos serão apurados em liquidação. Quanto a coisas incertas, o NCPC dispõe que abrange coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade e repete o mesmo tratamento do CPC73 para a concentração da obrigação.

Nas execuções de obrigação de fazer ou não fazer, o magistrado já estabelece multa ao despachar a inicial. Estabelece, igualmente, que o juiz pode reduzir valor de multa fixada entre as partes, o que soa inconstitucional. É bem certo que o dispositivo não esclarece se esta “multa” se refere à “cláusula penal” ou “*astreintes*”. No primeiro caso, esta interpretação estaria violando o princípio da inércia. Já no segundo, incabível que as partes possam, de comum acordo, engessar a atividade jurisdicional criando meios executivos ao largo do aparato judicial. Este artigo, portanto, deve ser interpretado no sentido de que a “multa” nele referida seja entendida como “cláusula penal”, mas desde que haja requerimento do interessado neste sentido, pois é a única forma de aproveitá-lo.

O réu deverá cumprir a obrigação de fazer no prazo que o juiz estabelecer ou naquele que as partes tiverem ajustado. Se o executado não cumprir, poderá o exequente requerer a conversão em perdas e danos. Pode ser que o juiz defira que a obrigação seja cumprida por um terceiro.

O tratamento para execução de obrigação de não fazer é o mesmo do CPC73.

Execução por quantia certa. Citação e arresto. Averbação da certidão de distribuição. Honorários. Prazo para pagar

Esclarece que a expropriação será pela adjudicação, alienação ou apropriação de frutos e rendimentos da empresa ou estabelecimento e de outros bens.

Autoriza que o executado possa remir a execução, nos mesmos moldes atuais.

O juiz determina a citação do executado e fixa 10% de honorários.

Este patamar é reduzido à metade se o valor for pago em 3 (três) dias, contados da “citação” e não mais da “juntada do mandado”, o que sinaliza que o legislador adotou quanto a este tema o entendimento doutrinário minoritário. Se forem oferecidos e rejeitados os embargos, estes honorários podem ser majorados em até 20% do valor da causa, o que também ocorre se os mesmos não forem opostos.

Continua sendo possível averbar a certidão de distribuição.

Não sendo encontrado o devedor, é feito o arresto.

Penhora, depósito e avaliação. Objeto da penhora. Ordem de preferência para penhora. Impenhorabilidade absoluta e relativa. Lugar da penhora. Modificações da penhora. Penhora em dinheiro ou depósito em instituição financeira. Penhora de créditos. Penhora de quotas ou ações. Penhora de empresa, outros estabelecimentos e semoventes. Penhora de percentual do faturamento da empresa. Penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel. Avaliação

A penhora continua gerando direito de preferência.

Quando o NCPC enumera os bens que são impenhoráveis, o *caput* do dispositivo eliminou a expressão “absolutamente”, o que reforça o entendimento de que mesmo os bens ali relacionados podem eventualmente ser objeto de constrição judicial.

O NCPC enumera uma ordem para a realização da penhora, chamada de “gradação legal”, embora não necessariamente esta tenha que ser realizada nesta estrita ordem.

A penhora em dinheiro pode ser realizada por meio eletrônico como já ocorre atualmente. Esta penhora é feita com apreensão e o depósito dos bens. Após a penhora, o executado deve ser intimado na pessoa do advogado.

A penhora pode ter o seu termo averbado em cartório para afastar eventual alegação de boa-fé do comprador, o que indica que está sendo adotado o entendimento atualmente cristalizado no verbete 375 da súmula do STJ.

Havendo dificuldades no cumprimento do mandado, poderá ser requisitada força policial e esta conduta poderá configurar crime de desobediência ou resistência.

É possível a substituição do bem penhorado em 10 (dez) dias da intimação da penhora, sempre que esta postura não gerar prejuízo ao credor. Há um rol em que esta substituição pode ser requerida, como penhora sobre bens de baixa liquidez, entre outros, o que é indicativo de que a iniciativa também pode ser do credor. Permanece a possibilidade de redução ou ampliação da penhora, assim como da alienação antecipada dos bens, nos mesmos moldes do CPC73.

Em casos de substituição, ampliação ou redução de penhora e venda antecipada, a outra parte será ouvida em 3 (três) dias antes de o juiz decidir.

A penhora on-line permanece, embora literalmente estabeleça que somente poderá ser realizada se houver requerimento do credor. Trata-se de contradição com o dispositivo que regula a “gradação legal”, pois este estabelece que “dinheiro” é que deve ser objeto da penhora em primeiro lugar.

Admite-se penhora de crédito. Nesta hipótese, o título ou documento deverá ser apreendido. Se permanecer em poder de terceiro, este assumirá a condição de depositário da importância. Permite que seja designada audiência especial na execução para depoimento do executado e do terceiro sobre o crédito, o que caracteriza um incidente cognitivo.

Passa a ser regulada a penhora de quotas ou ações de sociedades personificadas, que poderão ser alienadas em leilão judicial ou mesmo em bolsa de valores, conforme o caso.

Retorna o instituto da “penhora de empresas”, bem como a de “outros estabelecimentos” e de “semoventes”. Essa forma de penhora somente pode ser determinada se não houver outro meio menos gravoso. No caso de “empresa”, o risco é que um administrador judicial não saiba gerenciar o fluxo de caixa do negócio, levando a uma situação de ruína. Não foi por outro motivo que esta modalidade de penhora foi abolida do CPC73, após as reformas.

Permanece a penhora de percentual de faturamento da sociedade. Não há um valor prefixado e agora há a previsão de nomear um administrador-depositário para prestar contas mensalmente, o que burocratiza a sua efetivação. Também permanece a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel sem alterações.

A avaliação é realizada juntamente com a penhora, mas pode ser eventualmente repetida.

Logo após a penhora e a avaliação, já deve ser dado início a etapa de expropriação dos bens, caso a execução não venha a ser suspendida.

Expropriação dos bens. Adjudicação. Alienação por iniciativa particular ou em Leilão. Satisfação do crédito

A adjudicação continua como nos moldes do CPC73, mas melhor disciplinada. Também faz alusão à possibilidade de o executado remir a execução até a assinatura do auto. Permite, de maneira inédita, que se for frustrada a alienação por iniciativa particular ou em leilão, que seja dada nova oportunidade ao credor manifestar se tem interesse em adjudicar o bem.

A alienação pode ser por iniciativa particular ou por leilão judicial eletrônico ou presencial. A ordem é que primeiro seja a adjudicação, depois a por iniciativa particular e somente então, o leilão.

Não vem sendo mais empregada a expressão “hasta pública”.

Os leiloeiros devem ter experiência de pelo menos três anos para atuarem nesta função.

É possível parcelar o pagamento em leilão.

O NCPC prevê a permanência da realização de dois leilões.

O preço vil é fixado inicialmente em 50% do valor da avaliação, mas o juiz pode estabelecer outro e isso constará no edital. No caso do incapaz, permanece que o preço não pode ser inferior a 80%.

Acabam os embargos a adjudicação ou a arrematação. Eventual ocorrência de vício deverá ser ventilada por simples petição nos próprios autos e no prazo de 10 (dez) dias após o aperfeiçoamento da arrematação (o que se dá com a assinatura do auto). Se esta petição não tiver fundamento, esta postura pode caracterizar ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa não superior a 20% do valor dos bens em favor do exequente.

A satisfação do crédito se dá pela entrega do dinheiro ou pela adjudicação do bem penhorado. Não é possível que haja liberação de valores ou liberação de bens em plantão judiciário. Em casos de adjudicação ou mesmo alienação, são mantidos os créditos que recaem sobre os bens, tendo os credores um direito a sub-rogação sobre o respectivo preço.

Execução contra a Fazenda Pública

Admite expressamente a possibilidade de execução por título extrajudicial em face da Fazenda Pública. A defesa é por embargos, embora o NCPC não estabeleça prazo (o que é feito pela Lei 9.494/97). Curiosamente, o NCPC estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para a Fazenda Pública apresentar impugnação quando é executada com base em título executivo judicial. De resto, este procedimento segue o mesmo do cumprimento de sentença de obrigação de pagar em face da Fazenda Pública.

Execução de alimentos

Não discrepa do panorama do CPC73. O credor escolhe se quer este procedimento (que tem possibilidade de prisão civil) ou se vai executar como qualquer dívida, sem nenhuma especialidade. Neste rito, o executado é citado para pagar em 3 (três) dias. O tratamento quanto à prisão civil é idêntico ao do cumprimento de sentença.

Permanece a possibilidade de desconto em folha de pagamento. Há um choque entre normas, pois o NCPC prevê que o empregador que não efetua o desconto responderá por crime de desobediência. Contudo, há tipo penal específico previsto no art. 22 da Lei 5.478/68, que deve prevalecer pelo critério da especialidade, que busca solucionar eventuais antinomias previstas no ordenamento jurídico.

Ainda que os embargos sejam apresentados e a execução fique suspensa, isso não impedirá que o credor levante mensalmente a importância da prestação.

Embargos a execução e parcelamento

Se o executado tencionar apresentar defesa, a mesma deverá ser instrumentalizada por meio dos embargos. Os embargos são oferecidos independentemente de penhora, depósito ou caução, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da juntada do mandado. Mesmo que haja litisconsortes, o prazo não será diferenciado.

É possível o parcelamento no mesmo prazo e nos moldes daquele constante no CPC73, muito embora o mesmo não seja permitido para o cumprimento de sentença.

Também se afigura possível embargar em situações envolvendo carta precatória, caso em que os mesmos podem ser oferecidos tanto

no juízo deprecado quanto no deprecante, com a informação de que a competência para apreciar a pretensão neles deduzida pertencerá a este último. A única ressalva é quando os embargos versarem exclusivamente sobre matéria ou fato praticado pelo juízo deprecado, hipótese em que este será o juízo competente.

Os embargos poderão ser rejeitados nas mesmas hipóteses atuais do CPC73.

A concessão de efeito suspensivo aos embargos também não inova em relação ao panorama anterior. Deste modo, continua sendo necessário para tanto a prévia garantia do juízo ou a presença de alguma situação autorizadora da tutela provisória.

Após a admissão dos embargos, o exequente será ouvido para resposta em quinze dias, o que configura uma hipótese de citação na pessoa do advogado constituído nos autos. Após, o magistrado irá julgar imediatamente o pedido ou designar audiência de instrução e julgamento, conforme o caso.

A sentença que for proferida nos embargos comporta recurso de apelação, que não mais terá efeito suspensivo em casos de extinção sem resolução do mérito ou julgamento pela improcedência.

Suspensão e extinção da execução

A suspensão da execução mantém as hipóteses do CPC73 e estabelece outras já reconhecidas (como a concessão do parcelamento).

De novidade, estabelece que, após a suspensão pela ausência de bens penhoráveis, o juiz tenha que aguardar 1 (um) ano, dentro do qual a prescrição estará suspensa, sendo que somente após o seu decurso é que os autos serão arquivados. Na sequência, o prazo prescricional volta a correr integralmente. Após o decurso do novo prazo, o juiz desarquivará o processo e ouvirá as partes para, na sequência, pronunciar a prescrição intercorrente. É modelo já adotado na LEF (art. 40, Lei 6.830/80).

A extinção da execução mantém os casos anteriores, além de acrescentar outros como a pronúncia da prescrição intercorrente.

Ordem dos processos e processos de competência originária dos tribunais

O NCPD recomenda que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e que editem enunciados de súmulas. Também determina que os

magistrados devem observar as decisões do STF em controle de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, assim como os enunciados do STF e do STJ em matéria constitucional e infraconstitucional, além da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

É admitida a participação do *amicus curiae* para rediscussão de tese (*overruled*), com possibilidade de modulação dos efeitos para o novo entendimento a ser adotado.

O princípio da publicidade dos atos judiciais deve ser aplicado nos julgamentos dos tribunais.

O NCPC determina que o primeiro recurso referente a um processo torna prevento o relator para eventual recurso subsequente, o que também é aplicável aos processos conexos. Certamente, esta norma trará algumas reflexões. É que, não raro, pode ser que o relator tenha sido removido para outro órgão, o que parece sugerir que cessa essa hipótese de “identidade física do magistrado”.

Entre os poderes do relator, consta a possibilidade de apreciar o pedido de tutela provisória que lhe for apresentado ou negar seguimento a recurso. Vale dizer que, em casos de inadmissão, primeiro o relator terá que conceder prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para sanar o vício ou apresentar a documentação faltante. Também consta que o mesmo somente poderá dar provimento monocraticamente ao recurso após ter intimado o recorrido para apresentar as contrarrazões. Além disso, caberá ao mesmo decidir o incidente de desconsideração de personalidade jurídica instaurado originariamente no tribunal, o que, obviamente, somente se aplica para causas de competência do próprio órgão colegiado, pois seria inadmissível incluir um terceiro ao processo após a sentença já ter sido proferida.

Desaparece a figura do “revisor”.

Devem ter pelo menos 5 (cinco) dias entre a publicação da pauta e a realização da sessão de julgamento, exceto naqueles casos cujo julgamento originário tenha sido adiado.

O NCPC estabelece ordem para o julgamento em sessão. Primeiro serão aqueles que tiveram requerimento para sustentação oral. Após, os requerimentos de preferência apresentados até o início da sessão. De-

pois, os que tiveram o julgamento iniciado a sessão anterior e, por fim, os demais casos.

O relator após apresentar o processo aos pares, dará a palavra ao advogado do recorrente e, após, ao do recorrido, pelo tempo de 15 (quinze) minutos cada um. Eventualmente, esta manifestação também será dada ao Ministério Público, nos casos em que o mesmo atua. A sustentação oral é possível na apelação, recurso ordinário, especial, extraordinário, embargos de divergência, na ação rescisória, mandado de segurança, reclamação, no agravo interno originário de apelação, ordinário, extraordinário e especial, no agravo de instrumento para casos de tutelas provisórias de urgência ou de evidência ou em casos que o regimento assim estipular. É admitida, ainda, que esta sustentação seja realizada por meio eletrônico.

O relator pode determinar que seja regularizado vício sanável, como nos moldes do CPC73, bem como reconhecer a necessidade de produção de prova, hipótese em que converterá o julgamento em diligência, que tanto pode se realizar no tribunal como no juízo inferior.

O prazo de vistas passa a ser de 10 (dez) dias. Se os autos não forem devolvidos ou o magistrado ainda não se sentir habilitado, será convocado o tabelar.

Quem fez o primeiro voto vencedor é que redigirá o acórdão. Até o momento da proclamação do resultado é possível que o magistrado reformule seu voto. Na apelação e agravo por instrumento, o recurso será julgado por três desembargadores.

O NCPC passa a prever que os casos que não admitem sustentação oral poderão ser decididos por meio eletrônico.

Incidente de assunção de competência

É regulado de maneira mais ampla do que no CPC73, pois pode surgir em julgamento de recurso, remessa necessária ou de causa de competência originária que envolver relevante questão de direito com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Neste caso, o relator poderá propor o início deste incidente de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público ou da Defensoria Pública. O órgão colegiado julgará o tema e o acórdão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, salvo se houver revisão de tese (*overruled*).

Incidente de arguição de inconstitucionalidade

Não inova em relação ao CPC73. Permite participação do *amicus curiae*, embora restrinja sensivelmente quem possa participar nesta condição (por exemplo, os mesmos legitimados para propor demandas do controle concentrado de constitucionalidade).

Conflito de competência

Não inova muito em relação ao CPC73. Esclarece que, ao julgar o conflito, também deverá ser esclarecida sobre a validade dos atos praticados pelo juízo incompetente. A grande mudança é permitir que os tribunais também regulem o conflito de atribuições entre autoridade judiciária e autoridade administrativa.

Homologação de sentença estrangeira e da concessão de *exequatur* a carta rogatória

Admite a dispensa da homologação de sentença estrangeira se houver previsão em tratado.

A execução de decisão interlocutória estrangeira será por meio de carga rogatória (esta decisão atualmente é considerada como título executivo judicial).

A homologação de sentença arbitral segue o que estiver disposto em tratado ou em Lei, aplicando-se o NCPC de maneira subsidiária.

As decisões estrangeiras podem ter efeito no Brasil antes da homologação ou do *exequatur*, se assim determinar tratado.

Admite-se a homologação de decisão não judicial que, no Brasil, teria natureza jurisdicional. É possível, ainda, a homologação parcial de sentença estrangeira ou mesmo concessão de tutelas de urgência. Contudo, o juízo, se há ou não urgência, é apenas da autoridade jurisdicional estrangeira.

Traz requisitos para a homologação e concessão do *exequatur*.

O cumprimento da decisão estrangeira é apenas na justiça federal de primeira instância, ao contrário do que hoje consta em regimento do STJ quando eventual defesa for apresentada.

Ação rescisória

O NCPC permite ação rescisória de qualquer decisão judicial que seja de mérito. Excepcionalmente também admite para as decisões terminativas que não permitam a repropositura da demanda ou impeçam o reexame do mérito.

É autorizada que a ação rescisória impugne toda a decisão ou apenas capítulo.

As hipóteses que autorizam a rescisória são mantidas, com algumas modificações. O inciso III inclui a hipótese de “simulação”, além das outras que prevê. O inciso V tem redação alterada para “norma jurídica”, em detrimento de “lei”, o que já era amplamente aceito pela jurisprudência e pela doutrina. Também o inciso VII tem a sua redação melhorada, substituindo “documento novo” por “prova nova”, o que é bem mais amplo. Desaparece o inciso VIII (casos de desistência, homologação de confissão e de acordo), mas há menção a esta hipótese quando o NCPC regula a confissão. O inciso IX (CPC73) foi transformado no atual inciso VIII.

A legitimidade ativa é mantida como nos termos do CPC73.

A caução de 5% que deve acompanhar a petição inicial pode ser dispensada para a Fazenda Pública, Ministério Público, Defensoria Pública e para os beneficiários de gratuidade de justiça. O seu valor, contudo, fica limitado ao equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos.

A petição inicial pode ser indeferida ou mesmo o mérito pode ser julgado liminarmente no sentido da improcedência.

Todo o processamento é mantido.

Uma alteração é quanto ao prazo para ajuizamento da ação rescisória. Ele é mantido em 2 (dois) anos e conta-se do trânsito em julgado. Mas se o seu termo final cair em férias forenses, recesso, feriado ou em dia que não houve expediente, o mesmo será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte. Outra alteração é que se a rescisória for proposta pelo motivo juntada de prova nova (inciso VII), o seu prazo será de dois anos da data da descoberta desta prova, muito embora seja necessário observar o prazo máximo de cinco anos da data do trânsito em julgado. Por fim, também na hipótese de simulação ou colusão, o prazo será do momento em que houver ciência de uma destas circunstâncias. Outros casos que admitem ação rescisória estão previstos no procedimento do inventário e partilha.

Na ação monitória, o ato que converte o mandado inicial em executivo também desafia rescisória.

Incidente de resolução de demandas repetitivas

Trata-se de um novo incidente inspirado em um modelo adotado na Alemanha (*Musterverfahren*), de uso mais restrito e levemente diferenciado. Para que o mesmo seja instaurado é necessário que haja repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco à isonomia e à segurança jurídica.

A legitimidade para este incidente pode ser das próprias partes da demanda, bem como pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou até mesmo de ofício. O *parquet* atuará como fiscal da Lei nos casos em que não teve a iniciativa.

Este requerimento deverá ser dirigido à presidência do tribunal, devidamente instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a sua instauração. Há isenção de custas.

O órgão responsável pelo julgamento é aquele que o regimento interno indicar, dentre aqueles que tratam da uniformização de jurisprudência do próprio tribunal.

A inadmissão do incidente pode ser motivada por já existir quando tribunal superior já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. Pode também ser fundada, por exemplo, na ausência de risco à isonomia. Contudo, a inadmissão não impede a instauração de novo procedimento, caso sejam regularizadas as pendências.

Após a instauração, haverá publicidade do incidente, bem como do tema que trata.

Admitido o incidente, o relator suspenderá os processos individuais ou coletivos pendentes, que tramitam em sua área de jurisdição, bem como requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente.

Os requerimentos de tutelas de urgência podem ser apresentados nos próprios processos sobrestados e serão enfrentados nos respectivos juízos.

Este sobrestamento pode durar até 1 (um) ano. Findo o prazo sem solução, todos os processos voltam a tramitar, o que é extremamente salutar, pois a indefinição na solução atenta contra o tempo razoável de

duração do processo. Porém, a suspensão pode permanecer se o relator assim determinar e motivar.

O relator poderá admitir e ouvir terceiros na qualidade de *amicus curiae*. Também poderá designar audiência pública para a oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Após a instrução, será designada data para julgamento. No dia, o relator fará a exposição do fato e na sequência será dado o direito de sustentação oral, pelo prazo de trinta minutos, que poderá ser ampliado dependendo dos números de inscritos para sustentar.

A decisão proferida pelo órgão competente de firmar a tese jurídica, também deve analisar o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária de que se originou este incidente.

Esta decisão será aplicada aos demais processos que versem sobre o mesmo tema na área em que o tribunal possui competência, inclusive perante os juizados especiais, o que soa inconstitucional quando confrontado com o art. 98 da CRFB, pois este estabelece que compete à turma, composta por juízes de primeiro grau, ser a instância revisora das decisões do sistema dos juizados. Também é aplicável aos futuros processos, que poderão ser resolvidos liminarmente.

A falta de observância da decisão do incidente motivará o uso da via reclamação, ao mesmo tribunal.

Também o poder executivo deve observar o teor da decisão neste incidente, em casos envolvendo a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, razão pela qual se deve efetuar comunicação à agência reguladora competente para a fiscalização da efetiva aplicação.

A decisão deste incidente não gera coisa julgada ou preclusão quanto à tese firmada, embora gere coisa julgada no caso concreto que foi apreciado na sequência. No entanto, é possível a revisão da tese no mesmo tribunal e pelos mesmos legitimados (*overruled*).

Esta decisão pode ser impugnada por recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, muito embora estes passem a ter efeito suspensivo com presunção de existência de repercussão geral.

Reclamação

A reclamação é uma demanda de competência originária dos tribunais, para fins de preservar a competência do tribunal, garantir a autori-

dade das suas decisões, garantir a observância de decisão proferida pelo STF em controle de constitucionalidade ou para garantir observância de súmula vinculante ou da decisão proferida em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência.

Pode ser proposta perante qualquer tribunal, sendo da competência do órgão cuja competência se busca preservar ou autoridade que se pretenda garantir.

Não há prazo para a reclamação, somente não podendo ser utilizada quando a decisão já tiver transitado em julgado. Contudo, ainda que o recurso pendente não seja apreciado, essa circunstância não impede o processamento desta via processual.

Ao despachar, o relator (que deve ser preferencialmente o mesmo da demanda principal) requisitará informações à autoridade no prazo de 10 (dez) dias, ordenará a suspensão dos processos e determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar resposta.

Qualquer interessado poderá impugnar o pedido e o Ministério Público deverá atuar como fiscal da Lei.

Julgado procedente o pedido, o tribunal cassa a decisão e determina medida adequada para a solução da controvérsia.

Recursos: disposições gerais

Os recursos passam a ser: a) apelação; b) agravo de instrumento; c) agravo interno; d) embargos de declaração; e) recurso ordinário; f) recurso especial; g) recurso extraordinário; h) agravo em recurso especial ou extraordinário; i) embargos de divergência.

Consta que as decisões geram efeitos imediatamente, mas que estes podem ser suspensos por decisão judicial.

Não há alterações na legitimidade para recorrer.

É mantido o recurso interposto pela via adesiva na apelação, no recurso especial e no recurso extraordinário.

A desistência pode ser manifestada sem que haja anuência de qualquer outra parte, mas não obstará a análise da questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida em recurso extraordinário ou especial repetitivos.

É mantido que não cabe recurso de despacho.

Os recursos poderão ser interpostos via correio, sendo considerado o prazo da postagem. Todos os recursos devem ser interpostos em 15 (quinze) dias, com exceção dos embargos de declaração.

A análise do recolhimento das custas (incluindo preparo e recolhimento de porte de remessa e retorno, salvo processos eletrônicos), é feito exclusivamente perante o tribunal. É admitida a complementação do preparo parcial apenas uma vez.

É mantido o efeito substitutivo.

Apelação

A apelação passa a poder questionar não apenas a sentença, mas todas as decisões interlocutórias na etapa cognitiva, exceto aquelas que permitiam agravo de instrumento. Tais questões devem ser suscitadas como preliminar na apelação ou em suas contrarrazões para que possam ser apreciadas.

O juízo de admissibilidade não é mais realizado em primeira instância, que apenas colhe as razões e contrarrazões.

Há juízo de retratação, que será realizado antes da admissibilidade do recurso, apenas nos casos de indeferimento, improcedência liminar ou qualquer caso de sentença terminativa.

A regra é o recurso ser recebido no duplo efeito, mas em alguns casos não haverá o efeito suspensivo, à semelhança do que ocorre no CPC73.

Permite que haja requerimento ao desembargador para a concessão de efeito suspensivo desde que haja probabilidade de provimento do recurso ou houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Permanece o efeito devolutivo na extensão.

Se a votação não for unânime, serão chamados desembargadores tabelares para nova sessão. Estes desembargadores deverão ser em número que permita alteração do resultado anterior, fazendo prevalecer o voto vencido. Esta praxe é que motivou a extinção do recurso de “embargos infringentes” que, justamente, se destinava a combater estas decisões não unâimes.

Agravo de instrumento. Agravo interno. Agravo em recurso especial e extraordinário

O agravo de instrumento se presta a impugnar decisões interlocutórias em situações delineadas por lei.

Foram criadas novas formas de interposição, como pela via postal ou em protocolo realizado na própria comarca ou seção judiciária.

A falta de qualquer peça obrigatória pode ser regularizada. Se o processo for eletrônico o acompanhamento de tais peças é dispensado.

Mantêm a obrigatoriedade de juntar cópia do agravo na primeira instância em três dias, sob pena das mesmas consequências atuais (agravo ter que arguir o não cumprimento e implicar na inadmissibilidade do recurso).

O relator pode liminarmente inadmitir o recurso ou admitir e negar provimento apenas. Para dar provimento monocraticamente, primeiro terá que intimar o agravado para se manifestar. O relator também poderá dar efeito suspensivo ou ativo ao agravo. A novidade é que esta decisão quanto ao efeito poderá ser impugnada por agravo interno, diferentemente do CPC73. O restante do processamento é idêntico.

O agravo interno é usado para impugnar decisões monocráticas do relator, no prazo de 15 (quinze) dias. Após as contrarrazões, o relator poderá se retratar. Do contrário, será apreciado pelo órgão colegiado. A inadmissibilidade ou negativa de provimento do agravo interno gera imposição de multa de 1% a 5% ao agravado, tornando-se o seu recolhimento prévio uma condição de admissibilidade para os demais recursos, com exceção aos beneficiários de gratuidade de justiça e Fazenda Pública, que farão o pagamento ao final.

O agravo em recurso especial e extraordinário serve para impugnar a decisão que inadmite estes recursos excepcionais em poucas hipóteses, como em casos de intempestividade. O agravante deverá demonstrar a incorreção da decisão e, se for o caso, até mesmo o *distinguishing* (caso em que o processo em análise se distingue do precedente aplicado). Após as contrarrazões, o recurso é enviado ao STF ou STJ conforme o caso, sem que haja admissibilidade. Este recurso não gera recolhimento de custas. É permitido que este recurso e os demais sejam julgados na mesma sessão, desde que assegurada a sustentação oral.

Embargos de declaração

Cria uma nova hipótese de cabimento: correção de erro material (curiosamente, o erro material pode ser corrigido de ofício a qualquer momento). É recurso interposto em 5 (cinco) dias, com possibilidade de dobra caso haja litisconsortes com diferentes procuradores. Haverá contrarrazões do embargado se existir risco de efeito modificativo.

O NCPC consagra o princípio da fungibilidade, ao permitir que o relator transforme os embargos de declaração em agravo interno no tribunal, mas desde que o recorrente seja intimado previamente para regularizar sua peça.

É admitida a possibilidade de a parte que já tiver recorrido complementar seu recurso anterior caso os embargos de declaração interpostos pela outra venha a ser conhecido e provido. Nesta mesma situação, se os embargos forem rejeitados, o recurso já interposto pela outra parte se processa independentemente de ratificação.

Passa a permitir, expressamente, que os embargos de declaração possam ser utilizados para fins de prequestionamento, inclusive o ficto.

Os embargos de declaração possuem efeito interruptivo quanto ao prazo dos demais recursos. Embargos protelatórios permitem multa de 2% do valor da causa ao embargado. Se houver reiteração, pode aumentar para 10% e passa a ser condição para recebimento dos futuros recursos, exceto aos beneficiários de gratuidade e Fazenda Pública, que só a recolherão ao final.

Recurso ordinário

Disciplina as hipóteses de cabimento à luz do art. 102, inciso II c/c art. 105, inciso II, ambos da CRFB.

Permite agravo de instrumento diretamente no STJ quando se tratar de decisão interlocutória proferida nos processos mencionados no art. 109, II, CRFB. Obviamente, este agravo de instrumento não será para impugnar qualquer decisão, devendo ser observadas aquelas hipóteses que o NCPC autoriza a interposição deste recurso.

O NCPC passa a prever, expressamente, a aplicação da teoria da causa madura no recurso ordinário, o que conflita com entendimento atual do STF.

Indica, por fim, os órgãos de encaminhamento do recurso ordinário, dependendo da hipótese de cabimento envolvida. Também prevê a necessidade de intimação do recorrido para contrarrazões.

Recurso extraordinário e especial. Julgamento dos recursos repetitivos

O NCPC permite que o STF e o STJ desconsiderem vício formal e admitam um recurso tempestivo, desde que não o repute grave. Trata-se

de norma flagrantemente inconstitucional, pois viola o princípio da isonomia, já que os requisitos de admissibilidade não estarão sendo exigidos de todos indistintamente.

Quando houver incidente de resolução de demandas repetitivas no STF ou no STJ, poderão ser sobrestados todos os recursos excepcionais que versam sobre a mesma matéria.

Admite-se requerimento para concessão de efeito suspensivo (é que o processo cautelar autônomo, utilizado para esta finalidade, praticamente desaparece), que deverá ser apresentado no tribunal superior, ao relator ou mesmo ao presidente e vice-presidente do tribunal inferior, dependendo da hipótese versada.

Nestes recursos, após a apresentação das contrarrazões, os autos são enviados aos tribunais superiores, independentemente de ser feito juízo de admissibilidade.

Admite, como no CPC73, interposição simultânea tanto do recurso extraordinário quanto do especial.

Permite a aplicação do princípio da fungibilidade, desde que o relator do STJ determine que o recorrente adegue o recurso especial a um extraordinário, com indicação da repercussão geral. Contudo, o STF pode discordar deste processar e determinar a devolução dos autos ao STJ para análise do recurso especial primitivo. O oposto também pode ser feito pelo STF ao STJ, quando for constatada, no recurso extraordinário, uma ofensa reflexa à Constituição. Contudo, o STJ não poderá rever esta conclusão.

Passa a ser previsto que o recurso especial ou extraordinário, que tiver sido admitido por um fundamento, pode ser analisado por outros, mas desde que relativos ao mesmo capítulo da decisão.

Permanece a repercussão geral apenas para o recurso extraordinário, com contornos mais precisos (por exemplo, quando contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos – o que também autoriza reclamação). Também permanece a possibilidade de *amicus curiae* para a discussão deste tema. O NCP, contudo, não estabelece quorum para reconhecer a repercussão geral. Se o relator admitir, determinará o sobrestamento de todos os processos pendentes que tratem da mesma questão, muito embora isso só possa durar 1 (um) ano. Negada a repercussão geral, o presidente ou vice do tribunal de origem negará seguimento aos recursos que estavam sobrestados.

Há um detalhamento do processamento do recurso especial e ex-

traordinário repetitivos. Na origem, dois ou mais serão afetados e encaminhados ao tribunal respectivo, embora no tribunal superior haja a determinação de que outros também sejam (ou até pode ser tudo feito lá, independentemente do tribunal inferior). Todos os processos que versarem sobre o tema ficarão suspensos, tal como já ocorre na análise da “repercussão geral”. Mas, aqueles que foram sobrestados indevidamente por conter tese distinta (*distinguishing*) poderão ser destrancados, por petição direcionada ao órgão em que o processo se encontrar, com contraditório da parte adversária em 5 (cinco) dias. A decisão pode desafiar agravo de instrumento ou agravo interno, conforme o caso. É permitida a participação do *amicus curiae*. Passa a ser possível a designação de audiência pública para debate do tema. O restante do processamento é melhor detalhado e não discrepa do CPC73.

A parte pode desistir do processo individual na pendência de um recurso excepcional repetitivo. Neste caso, a desistência independe da anuência do réu e ela pode ser feita a qualquer momento, desde que não tenha sido proferida sentença. Contudo, se já apresentada contestação, deverão ser pagos os honorários e mais as custas. Esta norma estimula a desistência do demandante depois que o STF ou STJ já firmaram a tese contrária, evitando maiores delongas e novas despesas processuais.

Desaparecem os recursos especiais e extraordinários retidos.

Embargos de divergência

O NCPA amplia as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, em vez de seguir uma interpretação restritiva que era adotada pelos tribunais superiores.

Passa a admitir também a interposição quando a divergência tiver sido no mesmo órgão, desde que tenha ocorrido alteração de mais da metade dos seus membros.

A demonstração da divergência se dá da mesma maneira que no CPC73, ou seja, por pesquisa realizada na rede mundial de computadores.

Quando interpostos no STJ, interrompem o prazo para a interposição do recurso extraordinário. Se este recurso extraordinário já tiver sido interposto pela outra parte, ele pode continuar o seu processamento independentemente de ulterior ratificação.

Disposições finais e transitórias

Estabelece prazo de um ano de *vacatio legis* após sua publicação oficial, aplicando-se suas disposições imediatamente aos processos pendentes.

As antigas regras sobre os procedimentos sumário e especiais, que foram revogados, continuam tendo aplicação nos processos pendentes até que sentença tenha sido proferida.

Estabelece uma ordem cronológica para julgamento dos processos já conclusos quando da entrada em vigor do NCPC. Esta ordem prioriza a ordem de distribuição. Para os novos processos instaurados a ordem será a da conclusão.

As novas disposições sobre direito probatório se aplicam apenas às provas requeridas ou deferidas após o advento do NCPC. As antigas permanecem regidas pelo CPC73 até serem ultimadas.

Estabelece ordem de prioridade de tramitação para os processos em que figura como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos ou portadora de doença grave, bem como aquelas reguladas pela Lei 8069/90. O requerente deve fazer prova de que preenche estes requisitos e a mesma independe de deferimento pelo órgão jurisdicional.

Quando qualquer Lei específica submeter o processo ao rito sumário ou sumaríssimo, deverá ser observado o novo procedimento comum.

Estabelece que a Fazenda Pública deve realizar cadastro em 30 (trinta) dias para fins de citação e intimação em processos eletrônicos. O mesmo tratamento deve ser observado pelas empresas públicas e privadas, exceto pelas microempresas ou às de pequeno porte.

Até a criação de Lei específica, o CPC73 permanece em vigor regulamentando a insolvência civil.

Desaparece a ação declaratória incidental para os novos processos, posto que a questão prejudicial já pode ser imediatamente decidida na própria sentença, com força de coisa julgada. Com isso, o NCPC sugere que a contestação decorra do exercício do direito de ação, eis que estará ampliando objetivamente o objeto do processo.

Para as execuções já suspensas e arquivadas, o termo inicial da prescrição intercorrente coincidirá com a data de vigência do NCPC.

Permanecem as restrições de tutelas de urgência em desfavor da Fazenda Pública que constam na Lei 8437/92 e Lei 12016/09 (que revogou, mas manteve em essência aquelas previstas na Lei 4348/64 e Lei 5021/66).

Portanto, o julgamento na ADC4 permanece com plena aplicação.

O NCPC corrige a Lei de arbitragem, quanto à defesa que é apresentada em título executivo judicial que seja sentença arbitral. A Lei 9307/96 trata como embargos o que a rigor deveria ser impugnação após o advento da Lei 11232/05. Este equívoco enfim foi sanado.

O CPC73 permanece com ultratividade quanto aos temas previstos no art. 275, II enquanto nova Lei específica não for editada. Assim, tais matérias permanecem como sendo de competência dos juizados especiais, sejam eles estaduais, fazendários ou federais. Também é modificado o efeito dos embargos de declaração interpostos no juizado, que passa a ser o interruptivo, assim como aqueles interpostos nos demais juízos e tribunais. Por fim, admite um incidente nos processos de competência dos juizados especiais, que é o incidente de desconsideração de personalidade jurídica, ainda que a Lei específica diga o oposto (art. 10, Lei 9099/95). Este incidente também pode ser instaurado em tribunais, nas suas causas de competência originária.

O NCPC muda o código eleitoral (Lei 4.737/65), prevendo embargos de declaração com prazo de apenas 3 (três) dias e a multa pelo caráter protelatório não tem parâmetro com o valor da causa e sim, com o salário mínimo.

Dispõe que todos os agravos internos, previstos em Lei ou regimento, devem ser interpostos no prazo de 15 (quinze) dias.

Passa a permitir o reconhecimento extrajudicial da usucapião, alterando a Lei de registros públicos. Há a necessidade de advogado presente. É possível o ajuizamento de demanda judicial, caso haja rejeição do pleito administrativo. Contudo, o procedimento será o comum.

São revogados alguns dispositivos de Leis especiais, como a de alimentos (Lei 5.478/68) e de gratuidade de justiça (Lei 1.060/50).

CONCLUSÃO

Conforme exposto na introdução deste texto, estas considerações tiveram o objetivo de apresentar, em linhas gerais, as principais mudanças que irão ocorrer por ocasião da entrada em vigor do NCPC (Lei nº 13.105/2015). Certamente, algumas o leitor já conhecia e deve ter aplaudido, enquanto outras podem ter gerado certa reflexão. Mas é certo que devemos continuar a aprofundar ainda mais o seu estudo, para que dele se possa extrair o máximo das potencialidades que o NCPC possui. Afinal, o tempo é escasso até a sua entrada em vigor. ❖

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço *emerjpublicacoes@tjrj.jus.br*;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem (id)* – mesmo autor²

b) *Opus citatum (op. cit.)* – obra citada³

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

2 *Idem*, 2001, p. 19.

3 RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.