

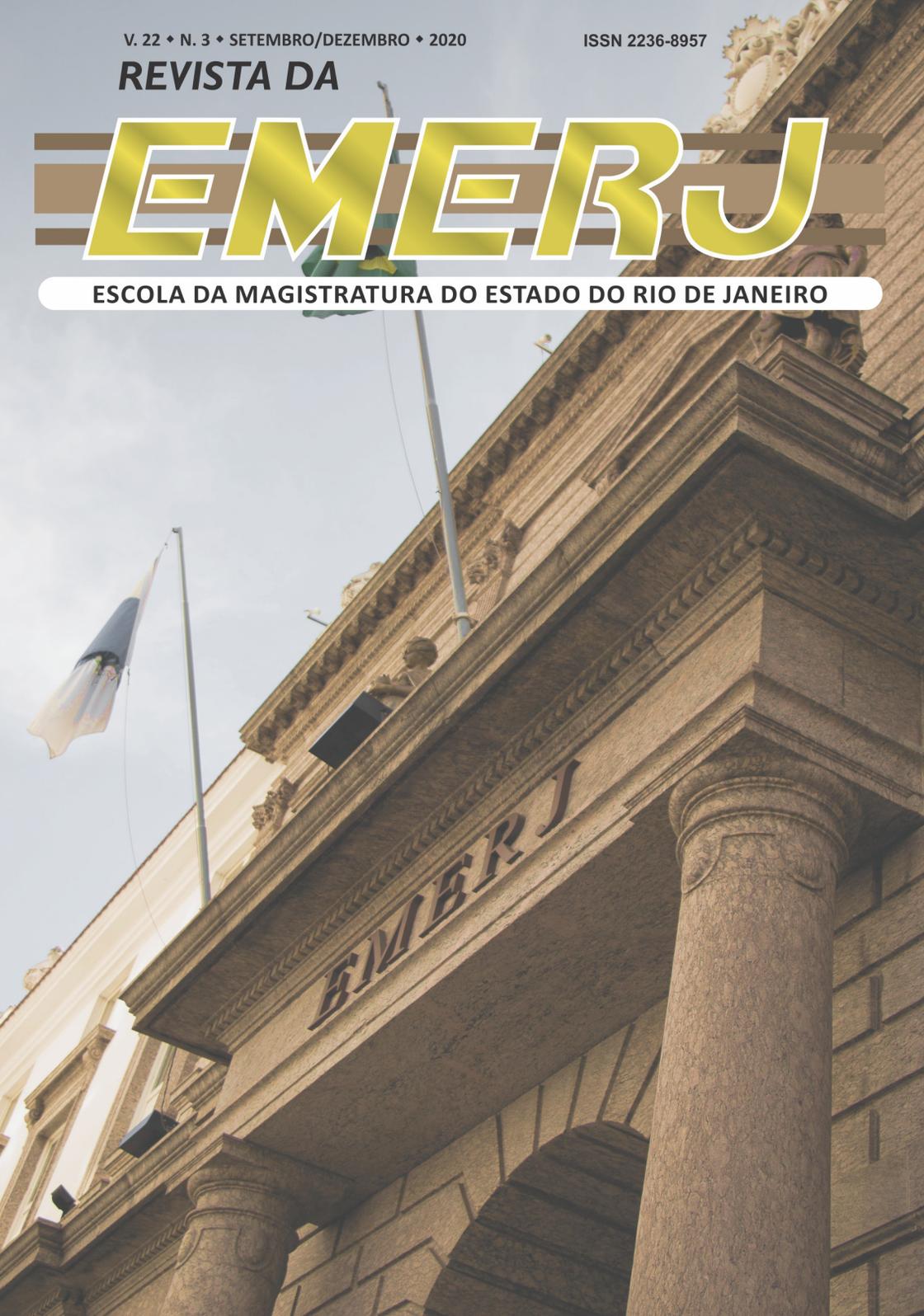
V. 22 ♦ N. 3 ♦ SETEMBRO/DEZEMBRO ♦ 2020

ISSN 2236-8957

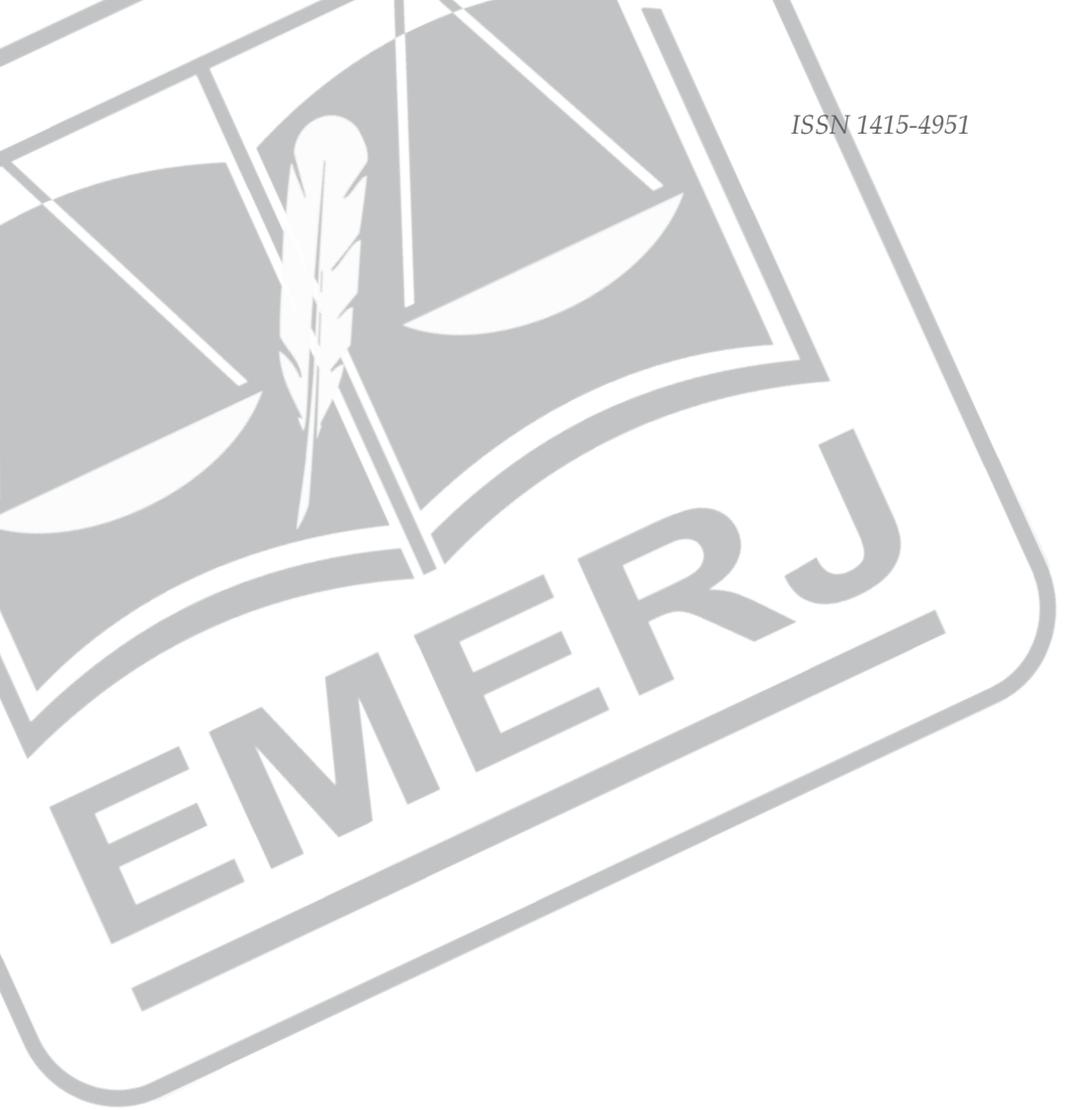
REVISTA DA

# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 1415-4951



# Revista da EMERJ

*Setembro/Dezembro*  
*V. 22 - n. 3 - Ano 2020*

*Rio de Janeiro*

© 2020 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**EQUIPE EDITORIAL:**

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

**Conselho Editorial:** Mestre Abel Fernandes Gomes, Doutor Adán Carrizo González-Castell, Doutora Adriana Ramos de Mello, Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Mestre Cesar Felipe Cury, Mestre Daniel Vianna Vargas, Pós-Doutora Edna Raquel dos Santos Hogemann, Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Mestre José Guilherme Vasi Werner, Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Doutora Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Doutor Luciano Vianna Araújo, Mestre Luiz Roberto Ayoub, Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Mestre Rodrigo Borges Valadão, Doutor Sérgio Cavalieri Filho. Portaria nº 56/2020

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

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

Rio de Janeiro: EMERJ,

ISSN 1415-4951 (versão impressa)  
ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

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

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

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

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

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

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

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

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

## **Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**

---

### **■ PRESIDENTE**

**Desembargador Claudio de Mello Tavares**

### **■ CORREGEDOR-GERAL**

**Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto**

### **■ 1º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho**

### **■ 2º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Paulo de Tarso Neves**

### **■ 3ª VICE-PRESIDENTE**

**Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção**

## **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

---

### **■ DIRETOR-GERAL**

**Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade**

### **■ CONSELHO CONSULTIVO**

**Desembargadora Cristina Tereza Gaulia**

**Vice-Presidente**

**Desembargador Claudio Brandão de Oliveira**

**Diretor Adjunto Administrativo**

**Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo**

**Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM**

**Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho**

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

**Desembargador Fernando Cerqueira Chagas**

**Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC**

**Desembargador Ricardo Couto de Castro**

**Juíza Adriana Ramos de Mello**

**Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira**

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

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

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Yanka Albertin Sodré

**Produção Gráfico-Editorial:** Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ

**Responsável:** Ébano Machel do Rosario Assis

**Editor:** EMERJ

**Diagramação:** Rafaelle Neves

**Capa:** Marcelo Melim

**Foto:** Marcelo Melim

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

# Sumário

---

## **7 | Apresentação**

*Gustavo Quintanilha Telles de Menezes*

## **9 | Turkish International Private Law: The Case of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments**

*Dimitris Liakopoulos*

## **69 | Repatriação de Ativos Clandestinos e Anistia Criminal: Reflexões Sobre o Princípio da Razoabilidade e a Efetividade da Tutela Penal da Ordem Econômico-Tributária**

*Vlamir Costa Magalhães*

## **100 | Da Resolução dos Contratos de Promessa de Compra e Venda de Imóveis na Planta: Comentários Acerca da Lei nº 13.786/2018**

*Bruno Magalhães de Mattos*

## **134 | A Corrupção Violadora dos Direitos Humanos: Educação e Prevenção com Base em Emmanuel Levinas**

*Inajara Piedade da Silva*

*João Wellington Figueredo de Assis*

## **149 | A Propriedade Industrial no Novo Processo Civil**

*Marcelo Mazzola*

## **184 | Perfil da Empresa no Século XXI: Interface entre a Atuação Estatal e os Agentes Econômicos. Uma Análise Econômica do Direito**

*Carla Izolda Fiuza Costa Marshall*

## **203 | A Versão e a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**

*Cássio Benvenuto de Castro*

## **241 | Da Desnecessidade de Intimação Pessoal do Devedor para a Aplicação de Multa por Descumprimento de Obrigação de Fazer Após a Vigência do Código de Processo Civil de 2015**

*Guilherme Rodrigues de Andrade*

## **261 | O Acordo de Não Persecução Penal**

*Marcelo Oliveira da Silva*

**286 | Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras: Um Diálogo Possível para o Fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019**

*Flávio de Araújo Willeman*

**311 | A Importância da Função Socioambiental da Propriedade no Plano Diretor de São Luís**

*Mariana Costa Heluy*

**334 | Aborto: Direito à Vida ou Dignidade da Pessoa Humana?**

*Luciana Silva Sousa*

# Apresentação

---

A EMERJ é uma Escola à frente de seu tempo. Não por acaso, a visão global, plural e atualizada do notável acadêmico, magistrado e diretor-geral, Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade, vem abrilhantando a instituição, renovando-a com seu olhar vanguardista e garantindo o seu espaço na cultura jurídica brasileira e mundial.

A multiplicidade de eventos nacionais e internacionais e a estruturação de um extenso rol de cursos fundamentais à formação dos magistrados somam-se ao contínuo aperfeiçoamento da pós-graduação para realçar o papel central da EMERJ na integração do conhecimento jurídico, geração de conteúdo educacional e capacitação de profissionais do direito. A Revista da EMERJ consolida a produção acadêmica que transborda da Escola e disponibiliza a toda comunidade o magnífico conteúdo que resulta desta especial coletânea.

O direito transforma-se juntamente com a sociedade, refletindo os seus desafios e a sua capacidade de superação. O luto de um momento histórico que abate a alma não pode impedir a mente de seguir crescendo e buscando novas formas de lidar com o mundo, o direito e suas mudanças.

Nessa esteira, o exemplo da amplitude global da visão jurídica da Revista da EMERJ verifica-se na riqueza do artigo de direito internacional *Turkish international private law*, da lavra do ilustre professor Dimitris Liakopoulos.

Não há como pensar no direito fora do contexto transnacional, como evidencia o importante trabalho sobre repatriação de ativos clandestinos e anistia criminal. O autor, Vlamir Costa Magalhães, magistrado e doutor em direito penal, provoca e ensina nesse artigo, a partir de sua experiência e de seus estudos em matéria penal. A relação entre direito e economia também não poderia faltar a uma publicação que tem como marca a abrangência de temas complexos e autores especializados, que os expõem com habitual talento.

Mais uma vez, a Revista brinda os leitores com temas atuais, tratados por autores renomados, em abordagens jurídicas técnicas, porém humanizadas e interdisciplinares, enfrentando temas relevantes como educação e direito, urbanismo socioambiental e aborto.

As dinâmicas do direito processual civil e processual penal são trazidas e coroam esta edição com a experiência dos doutos magistrados Guilherme Rodrigues de Andrade e Marcelo Oliveira da Silva, que detalham os reflexos das novas normas jurídicas em casos concretos, firmando a obra como obrigatória para qualquer operador de direito.

A Revista da EMERJ, uma vez mais, coloca-se como imprescindível obra de referência, entregando ao leitor um farto material de estudo e pesquisa, atual em seu compromisso acadêmico, oportunizando reflexões necessárias ante os novos tempos que se anunciam.

### **GUSTAVO QUINTANILHA TELLES DE MENEZES**

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ - Brasil)

# Turkish International Private Law: The Case of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

**Dimitris Liakopoulos**

*Full Professor of European Union Law at the Fletcher School-Tufts University (MA in international law and MA of Arts in Law and diplomacy). Full Professor of International and European Criminal and Procedural Law at the De Haagse Hogeschool-The Hague. Attorney at Law in New York and Bruxelles.*

## **ABSTRACT:**

The main purpose of this study is to present the conditions for the recognition and enforcement of foreign judgments in Turkey under Turkish law, with emphasis on judicial decisions and a more follows reference to arbitration decisions. Due to the breath of the subject for which extensive literature has been developed in Turkish science as well as important jurisprudence, it has been considered appropriate to limit the development of this study to the presentation of the provisions of current Turkish law through its sources, notably the Code of Private International and Procedural Law (MÖHUK), as well as the way in which it is interpreted and applied, both in theory and in case law.

## **KEY WORDS:**

International private law, turkish code of private international and procedural law (MÖHUK); recognition of foreign judgments; turkish arbitration decision; principle of reciprocity; public order.

## 1.SOURCES OF TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The first Turkish legislative act of private international law with reference to the recognition and enforcement of foreign judgments was “the Law of Obligations of Aliens in the Ottoman State”<sup>1</sup> (Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu) of 23 February 1330 (1914), a remnant of the Ottoman Empire which was maintained for decades in the legislation of the modern Turkish State. This law was enacted by the Sultan Mehmed E’s government after the Ottoman occupation shortly after the end of the Second Balkan War and for the facilitation of foreign nationals who had settled or then settled in the cities of the Empire<sup>2</sup>. This law became obsolete after the adoption of the Turkish Code of Civil Procedure and was abolished definitively in 1982<sup>3</sup>.

After the introduction of the first Turkish Code of Civil Procedure (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu/HUMK) of 18.08.1927, the recognition and enforcement of foreign judgments was governed by the provisions of articles 537-545 of the Code. It should be noted that these provisions significantly restricted the possibility of recognition and enforcement of judgments, with a more prominent example of the complete exclusion of foreign decisions on family law (art. 540 par. 4)<sup>4</sup>.

The first legislative act of purely private international law of the modern Turkish State was the first Code of Private International Law and Procedural Law (MÖHUK) of 20.05.1982<sup>5</sup>, which included a specific chapter on the recognition and enforcement of both foreign judgments (articles 34 to 42) and-for the first time-foreign arbitration (articles 43 to 45). The introduction of the new Turkish Civil Code in 2001 led to the appointment of a preparatory Committee for the drafting of a new Code of Private

<sup>1</sup> The present work is updated until October 2018.

<sup>2</sup> A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, stanbul 2010, pp. 42ss.

<sup>3</sup> A. ÇELİKEL, B.B. ERDEM, *Private international law*, stanbul 2016.

<sup>4</sup> A. SAKMAR, *Yabancı lâmların Türkiye’deki Sonuçları*, stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülte-ler Matbaası, stanbul 1982, pp. 82ss.

<sup>5</sup> T. ANSAY, E. SCHNEIDER, *The new private international law of Turkey*, in *Netherlands International Law Review*, 1990, pp. 142ss.

International Law and Procedural Law which replaced the first Code in 2007<sup>6</sup>.

Thus, the general provisions of Turkish law on the recognition and enforcement of foreign judgments and arbitration awards are currently compiled in the Code of Private International law and Procedural law (MÖHUK) n. 5718, 27 November 2007, and particularly to articles 50-54 referred to provisions on international jurisdiction and the law applicable to disputes with foreigners<sup>7</sup>.

The general provisions of par. 50 et seq. of Turkish Code of Private International and Procedural Law do not apply where there is either a bilateral agreement with the State from which the judgment originates or even a multilateral Convention ratified by that State, of course, if it concerns the subject of the foreign decision. The priority of international conventions against the general provisions of Turkish Code of Private International and Procedural Law stems from the provision in art. 1 par. 2 which states that the provisions of the Code are to be applied without prejudice to the international Conventions to which the Republic of Turkey is a contracting party. Turkey is a party to several International Conventions of the Hague Conference and other Multilateral Conventions<sup>8</sup> and has also concluded 24 Bilateral Conventions<sup>9</sup>, mainly with Arab States, with Eastern European States as well as with Turkish-speaking former Soviet Republics of Central Asia. However, Turkey has not concluded a bilateral convention with Greece and Cyprus<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> A. EVIN, G. DENTON, Turkey and the European Community, Laske Verlag, 2012, pp. 92ss.

<sup>7</sup> T. ANSAY, D. WALLACE, Introduction to Turkish law, Kluwer Law International, 2011.

<sup>8</sup> Turkey is also a party to the following Conventions: Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning the Matrimonial Bond dated 1975; Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Maintenance Allowance Obligations Towards Children dated 1958; Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Maintenance Allowance Obligations dated 1973; European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children dated 1980. To all these Conventions, de facto reciprocity is also sufficient.

<sup>9</sup> Turkey has also entered into bilateral treaties with Albania, Algeria, Austria, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, China, Croatia, Georgia, Iran, Iraq, Italy, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Lithuania, Macedonia, Moldova, Mongolia, Oman, Poland, Republic of Turkish Northern Cyprus, Romania, Slovakia, Syria, Tajikistan, Tunisia, Turkmenistan, Ukraine and Uzbekistan for the reciprocal recognition and enforcement of foreign judgments and judicial assistance in respect of commercial and civil matters

<sup>10</sup> E. NOMER, Devletler Hususi Hukuku (Private international law), Istanbul: Beta 2013, pp. 438ss.

## 2.RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

According to the theory of Turkish law, foreign judgments that have either not been recognized or do not qualify for recognition, do not in themselves produce *res judicata* within the country. This principle is an expression of the independence of the domestic judicial authorities, so that no foreign decision can either be *res judicata* or can be enforced in the country without the intervention of the Turkish Courts. Thus, recognition of a foreign Court's judgment means applying its *res judicata* also within Turkey. The boundaries of *res judicata*, both objective and subjective, are determined in accordance with the procedural law of the State of the Court which delivered the judgment. Therefore, the *res judicata* of the Turkish Court's recognition decision can not be wider than that of the recognized foreign judgment<sup>11</sup>. However, if certain legal effects of the foreign decision are recognized by the foreign law in question but are not accepted by the Turkish, they can not be included in the recognition decision.

As regards the enforcement of foreign judgments, the competent Court is not confined to the recognition of foreign *res judicata* but, in addition, declares the enforceability in Turkey of the voting provisions of the judgment (as long as this is permissible under Turkish law), by ordering all competent bodies of the Republic of Turkey for their execution. Therefore, for the execution of foreign judgments, additional conditions are required other than the conditions for the recognition<sup>12</sup>.

Recognition and enforcement of foreign judgments is currently governed by articles 50 et seq. of the Turkish Code of Private International Law and Procedural Law. Articles 50-57 describe the procedure for the enforcement of foreign judgments, and articles 58-59 refer to the procedure for the recognition of judgments, by introducing certain specific arrangements, and

---

11 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, stanbul 2008, pp. 472ss.

12 B. ERDEM, *Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birli i Brüksel II Tüzü ü, in Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medenî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile li kili Güncel Aile Hukuku Meseleleri*, ITÜ Yayınarı, stanbul 2006.

by referring to the previous articles on enforcement, and finally articles 60-64 are devoted to the recognition and enforcement of foreign arbitration decisions<sup>13</sup>.

The general and specific conditions for the enforcement of foreign judgments, which for the most part also apply to the recognition procedure, apart from the exceptions introduced by art. 58. For this reason, in several cases, reference will also be made to recognition issues of those judgments, in particular in matters of finality or public order. For more specific arrangements in accordance with the first paragraph of art. 50: Judgments of foreign Courts in civil cases which have become final under the law of the State in order to be enforceable in Turkey require a decision of enforceability to be applied by the competent Turkish Court<sup>14</sup>.

The three basic conditions set out in that provision are a) to be a judgment given by a foreign Court in civil matters; b) has become final in accordance with the law of the issuing State; and c) declare its enforceability by a relevant decision of the competent Turkish Court.

The first condition refers to the type of decision that can be identified. The reference to “civil cases” (hukuk davalarina iliskin) until recently has led to the interpretation that the provision concerns only judgments handed down by civil Courts, thus ruling out criminal or administrative Court rulings.

An exception is, in accordance with art. 50 par. 2, criminal convictions of foreign Courts which contain provisions on civil rights (ki isel haklarla ilgili hükümler). These are the cases of criminal judgments handed down on private law requirements, in judgments of criminal Courts in labor law cases. This special rule of law has led to a new interpretation of art. 50, which has now been fully endorsed by Turkish theory, according to which, as a condition for the application of article 50, the type of Court which delivered the judgment is not examined, but a type of dispute

---

13 T. ANSAY, J. BASEDOW, Structures of civil and procedural law in South Eastern European countries, Berliner Wissenschafts Verlag, 2011, pp. 62ss.

14 A. ÇELİKEL, B. ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, Istanbul: Beta 2012, pp. 507ss.

that must stem from private law relations<sup>15</sup>. As a result, it has been argued that even the decision of a foreign administrative Court that obliges a company to pay compensation for breach of a contractual obligation can be recognized and enforced in Turkey<sup>16</sup>. On the contrary, as a purely administrative, it has been judged by Turkish case law, decisions of administrative Courts dealing with unfair competition (cartels) and labor law cases not related to private claims, such as social security cases<sup>17</sup>.

The judgment on whether or not it is a matter of private law it is up to the Turkish Court having jurisdiction to rule on enforceability, and this is considered to be in accordance with Turkish law<sup>18</sup>, and this judgment is mandatory for the Court and is made of its own motion when seeking recognition and enforcement of a foreign decision.

It is also self-evident that the subject of recognition and enforcement can not be the subject of a foreign Court ruling on the recognition and enforcement of a judicial or arbitration award by a third State<sup>19</sup>. It also does not mean recognition of a foreign decision that by its very nature can not be recognized, such as the decision of a foreign Court declaring bankruptcy. On the other hand, it is acceptable to recognize (but not to execute) the decision of the foreign Court which rejects the plaintiff's claim, as it establishes the non-existence of the claim against the defendant<sup>20</sup>.

It has also been ruled that the foreign judgment can not be enforced after the expiry of the limitation period, which is determined by the law of the State in which the judgment was delivered and therefore not apply to the 10-year period prescribed by Turkish law<sup>21</sup>. Also, foreign orders for payment may not be executed, even if they have become final and enforceable un-

---

15 G.TEKINALP, E. NOMER, A. ODMAN BOZTOSUN, *Private international law in Turkey*, Wolters Kluwer, 2012.

16 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, İstanbul 2010, pp. 42ss

17 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, İstanbul 2008, pp. 472ss

18 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 476ss.

19 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 478ss.

20 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 484ss.

21 C. ANLI, *Uluslararası Ticari Aktilerin Hazırlanması ve Uyu mazlıkların Çözüm Yolları*, Beta, İstanbul, 2011, pp. 224ss.

der the law of the place where they were issued, as these are not judicial decisions as explicitly required by law<sup>22</sup>. It goes without saying that Turkish Code of Private International and Procedural Law is not the subject or recognition and enforcement within the meaning of that law of foreign notarial documents and administrative acts of foreign authorities<sup>23</sup>.

As regards the notion of “Court” (mahkeme), it has been held that the authority which issued the judgment to be recognized must be recognized as a judicial or even a decision to bring legal effects similar to a judgment under the law of that State and, at the same time, as such and by Turkish law<sup>24</sup>. Thus, e.g. a divorce decree issued by the City of Copenhagen can not be recognized as it is not a body that meets the characteristics of a judicial authority<sup>25</sup>. A special exception, however, provides for art. 30 par. 2 of the “registry services act” (Nüfus Hizmetleri Kanunu)<sup>26</sup> which expressly defines the recognition and enforcement of adoption decision issued by foreign administrative bodies<sup>27</sup> provided that they are final or produce definitive results in accordance with the domestic law of the State<sup>28</sup>.

It has also been ruled that divorce diplomatic missions or consular orders, as well as notarial deeds of marriage, do not fall within the scope of art. 50<sup>29</sup>. In contrast, to cases of marriage annulment under Muslim law with a unilateral declaration of husband to husband (3 times talak)<sup>30</sup>, it has been held that since a foreign Court has issued a decree recognizing the marriage ter-

---

22 C. ANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyu mazlıkların Çözüm Yolları*, op. cit. pp. 226ss.

23 S. ERTA, *Yabancı İllamları Tanınması ve Tenfizi*, in *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1987, pp. 282-283

24 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 363ss

25 Y. 2 HD, 13.04.1995 E.3612/K.4567 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

26 Law number nr. 5490 of 25-4-2006

27 See also the 29 April 2017, Article 27/A which has been added to Law on Civil Registry Services by Statutory Decree No: 690 issued under the State of Emergency. The Article regulates registration of divorce judgments produced by foreign judicial or administrative authorities to relevant civil registries.

28 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 503ss

29 A.C. RUH, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Seçkin Yayınları*, stanbul 2009, pp. 126, see also: . 2. HD 12.07.2002 E.8254/K.9339.

30 R.W. HEFNER, *Shari’a politics: Islamic law and society in the modern world*, Indiana University Press, 2011, pp. 146ss.

mination in this way, it is possible to recognize it, since, of course, the rules of the Turkish public order are not violated<sup>31</sup>.

The fact that such a decision was issued by a Court called “administrative” does not preclude recognition for that reason alone, since, the nature of the case, which in this case is purely private, is being investigated<sup>32</sup>. Thus, according to Turkish Code of Private International and Procedural Law the decision of a disciplinary body of a foreign sports federation imposing on an athlete a disciplinary punishment for exclusion or a fine, as the nature of that decision is more of an administrative rather than a private law<sup>33</sup>.

### 3.FINAL JUDGMENT

Art. 50 par. 1 stipulates that the foreign decision which is sought recognition and enforcement must be final (*kesinle mi*). The classification of a judgment as final or not, always, is in accordance with the law of the State in which it was issued<sup>34</sup>. In any event, the fact that, under the law of the issuing State, the judgment is enforceable but not final (for example, provisional enforceable judgments), it is not sufficient to recognize and refuse recognition of a French inheritance certificate issued by a notary as it was not a Court decision<sup>35</sup>. A question arises as to those decisions that produce the so-called “typical” (*maddi*) but not “substantive” (*ekli*) *res judicata*<sup>36</sup>. These are primarily volun-

---

31 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 587ss. E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 506ss with reference to a judgment of the Chalcedon Court of First Instance: *Kadiköy 2.Asl. H.M. 07.02.1991*, in *istanbul Barosu Dergisi*, 1991, pp. 501ss.

32 Y. E. 1974/105, K. 1974/297 (*Kazancı Hukuk Otomasyonu*).

33 R. ERTEN, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, pp. 229-230.

34 Y. 14. HD 30.09.1985 E.5537/K.7505, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1986, pp. 39-40 and *Ankara Asl. H.M. 19.09.1991. A. SAKMAR, N. EK , İ. YILMAZ*, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun mahkeme Kararları*, Bası Beta Yayınevi istanbul 2001, pp. 316ss which states that it is necessary to investigate when the execution becomes final under foreign procedural law, and proof is the relevant stamp on the decision given by the foreign judicial authorities.

35 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 589ss. E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 477ss, with an contrary opinion from A.C. RUHİ, *Milletleraresi Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Knun, Seçkin Yayınleri*, İstanbul, 2009, pp. 129ss, criticizing this issue, observing the unfair effects of excluding the execution of interim judgments, for example, in maintenance cases awarded by provisional decision in divorce proceedings or in paternity recognition when they are issued in countries which are not parties to the relevant Hague Conventions.

36 On this distinction, which is identical to that in Greek procedural theory, see. Y. 16. HD 15.07.1991

tary cases where they can be reformed if new information emerges later<sup>37</sup>. In such cases, both the theory and case law<sup>38</sup> are supported by the fact that it is not possible to recognize and enforce these judgments because of the doubt arising from the lack of effective *res judicata*. However, the exclusion of recognition and enforcement only on the grounds that they lack “substantive” *res judicata* has been criticized by part of the theory on the basis that this distinction is purely theoretical and does not clearly follow from the law. That view is supported by the fact that, in the legislation applicable to the recognition and enforcement of decisions up to 1982, art. 537 of the then Turkish Code of Civil Procedure required the existence of a “final decision”<sup>39</sup> (*kesin hüküm te kil etmi bulunması*).

However, derogations to the condition of termination apply to judgments of the Courts of the States with which Turkey has bilateral agreements to facilitate the mutual enforcement of judgments. Thus, e.g. in accordance with relevant bilateral Conventions signed with Tunisia and Italy, the recognition and enforcement of the foreign judgment is permissible, irrespective of the exercise of any extraordinary remedies (*ola an kanun yolları*), such as the appeal, provided that the decision is in accordance with the law of the executing State<sup>40</sup>.

---

E.12819/K.10931, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1992, pp. 741-742.

37 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., p. 88ss.

38 Plenary Civil Divisions of Cassation Court ( . HGK) 28.12.1994, E. 2-625/K. 905 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

39 At this point, it is useful to clarify the following: as “definitive” (*nihai*) in Turkey are the decisions of the Tribunals of the first instance, which are issued after the last debate before them (since, as a rule, the Court of first instance needs more than one debate until it makes its final decision). The word “final” is to be interpreted as meaning that the merits of the case can not be reexamined since in Turkey there are no secondary Courts of substance (although they are provided by article 341 of the Turkish Code of Civil Procedure (HMK), but have not yet been established) therefore decisions of first degree are only offensive with an appeal (*temyiz*) to the Cassation Court (*Yargıtay*). As “final” (*kesinleşmiş*) are not those judgments of the first instance Courts for which either the time limit for appealing before the Cassation Court has expired, either have been appealed by an appeal and the Court of Appeal has issued an appeal or validating it. We see, therefore, that Court: *finesse* is *ve nihai* olmasın. Thus, the deletion of the reference to a “final decision”, both in the old Code of 1982 and the new Turkish Code of Private International and Procedural Law, was considered to have been precisely because the legislator was interested in the “formal” irrespective of whether the decision could be reformed for substantive reasons. Besides, we believe that the recognition and enforcement of these decision is acceptable, as the hypothetical case of their reform in the future can come to recognize the new decision in Turkey. Moreover, this is not forbidden since, as we have seen above, the *res judicata* of the Turkish recognition/enforcement decision can not be wider than the *res judicata* of the foreign decision in its State of origin, and that *res judicata* has not prevented its reform in that State.

40 See also article 2c of the “Convention between the Republic of Turkey and the Republic of Tunisia

In addition, provisions facilitating the recognition of foreign judgments also exist in multilateral Conventions to which Turkey is a contracting party. Thus, for example, the “Hague Convention of 15 April” depends on the appeal, which is characterized by the Turkish theory as a “tactical” appeal. On the contrary, the “extraordinary” appeal (yargılamanın yenilmesi)<sup>41</sup> attacks the final judgments when there is a reason for rejoinder. For more information on the finality of the Turkish procedural law of 1958<sup>42</sup> on the recognition and enforcement of judgments concerning child-raising obligations<sup>43</sup> art. 2 par. 3 provides for the recognition of provisional enforcement orders or judgments ordering interim measures related to child nutrition even if legal remedies are pending<sup>44</sup>.

However, such interim measures may not be enforced in the other State unless the law of the State in which enforcement is sought provides for the execution of such interim measures<sup>45</sup>.

Termination or selectivity under the law of the State in which the decision was made must be expressly stated in an official document produced by the person concerned to the competent Court (art. 53 par. 2)<sup>46</sup>.

---

on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters” ratified by the Turkish National Assembly on 17.7.1984 and article 19 par. 4 of the “Convention between the Republic of Turkey and the Kingdom of Italy on judicial protection, mutual assistance of judicial authorities in civil and criminal matters and the enforcement of judgments”, ratified by the Turkish National Assembly on 16 February 1929.

41 J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, Encyclopedia of private international law, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 2592ss.

42 A. PEKCAN TEZ, O. ALTAY, M. ÖZKEZ, Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2008, pp. 251ss.

43 It was ratified by the Turkish National Assembly on 25.6.1973, but has not been ratified by Greece, see also article 4 of the “Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations”, ratified by Turkey on 22.11.1982 and by Greece on 13.11.2003.

44 The term used in the legislation is “tenfiz kararı”, which translates verbatim into greek as “recognition decision”. However, the theory of Turkish private international law mentions this term in conjunction with the Latin “exequatur”, which in greek translation is “declaration of enforceability”. See in argument: E. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, op. cit., pp. 474ss.

45 Y HGK E.2011/13-568 K.2012/47 T.08.02.2012

46 H. KRÜGER, F. NOMER-ERTAN, Neues Internationales Privatrecht in der Türkei, in Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2008, pp. 283-290.

#### 4.EXECUTORY DECLARATION OF ENFORCEABILITY

Similarly, the execution of a foreign Court ruling within Turkey is not possible unless a decision of enforceability (tenfiz kararı) is first issued by the competent Turkish Court. This decision will first determine whether the first two basic conditions are met: either it is a matter of civil litigation or it is final<sup>47</sup>.

Of course, for the recognition and enforcement of a foreign judgment, it must, in principle, be enforceable under the law of the State in which it was issued<sup>48</sup>. However, since this decision is not merely a finding of enforceability of the foreign judgment, but a decision of a Turkish Court investigating the existence of the relevant conditions required by law, its execution in Turkey is in accordance with the provisions of domestic law on forced and only if they allow it<sup>49</sup>.

As is the case today, and in almost all European countries, the power of the judge to recognize and declare the enforceability of the judgment does not extend to the substance of the case, hence can not re-judge the legal or substantive validity of the requests accepted<sup>50</sup>. By contrast, until the introduction of the first Turkish Code of Private International and Procedural Law in 1982, art. 540 of the Turkish Code of Civil Procedure stipulated that: "(...) the Court of First Instance shall, at its sole discretion, issue a declaration of enforceability (...)"<sup>51</sup>, leaving the judge the opportunity to recognize the foreign decision at its discretion, since there were no specific conditions for recognition<sup>52</sup>.

The Court of first instance competent for the recognition and enforcement of foreign judgments is (art. 51 par. 1) the Court of first instance (asliye mahkemesi). However, in some cases, de-

47 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 590ss.

48 Thus, if according to the law of the State of origin of the decision, the limitation period has been reached, it can no longer be enforced within that State and therefore can not even be recognized or enforced in Turkey.

49 E. OMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit. pp. 433ss.

50 . 2. HD 24.04.2009, in *istanbul Barosu Dergisi*, 2003, pp. 1012-1014.

51 G. TEKINALP, E. NOMER, N. AYSE ODMAN BOZTOSUN, *International civil procedure*, in B. Verschraegen, R. Blanpain, F. Hendrickx, *Turkey, IEL Private international law*, Kluwer Law International, 2012.

52 R. KORAL, *Milletlerarası hakemlik alanında Yargıtay XI. Hukuk Dairemizin devrim Yargıtay son kararları*, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Cilt 8 Sayı 2*, 1988, pp. 45ss.

pending on the subject matter of the dispute<sup>53</sup>, competent Court may be the commercial Court (ticaret mahkemesi)<sup>54</sup>, the labor Court<sup>55</sup> (i mahkemesi), or the family Court (aile mahkemesi)<sup>56</sup> in which areas is located.

Local jurisdiction is defined in paragraph 2 of art. 51 whereby the Court of the defendant's domicile is competent to execute and if that person is not domiciled by the Court of his habitual residence. If the defendant is not domiciled or habitually resident in Turkey, recognition and enforcement may be requested by the competent Court of Ankara, Istanbul, or Smyrna. On the other hand, the existence of a defendant's property in some part of Turkey has not bearing on the definition of territorial jurisdiction<sup>57</sup>.

## 5.(FOLLOWS) LEGALIZATION, REQUEST AND REQUIRED DOCUMENTS

The right to seek enforcement of a foreign judgment has "any person having a legitimate interest in its execution" (art. 52 par. 1)<sup>58</sup>. It is noteworthy that this was a wording introduced in the Turkish Code of Private International and Procedural Law of 2007, in order to facilitate persons who were not parties abroad but who acquired a legitimate interest in its recognition, as is the case in particular in matters of inheritance, maintenance and custody<sup>59</sup>. The person concerned must apply to the competent Court: a) details of the the applicant and the defendants or their

<sup>53</sup> A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit, pp. 596ss.

<sup>54</sup> A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit, pp. 594ss. B. KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Seçkin Yayıncılık*, 6.baskı, İstanbul 2001, pp. 3927ss. See also contra: C. ANLI, *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak Karar ve İlam Harcına ve Ticaret Mahkemelerinin Bulundu u Yerlerde Görevli Mahkemeye İlişkin Bazı Sorunlar*, in İstanbul Barosu Dergisi, 1993, pp. 768ss.

<sup>55</sup> Y. 9. HD 09.12.1991, in *Hukuku Dergisi*, 1992, pp. 151

<sup>56</sup> . 2. HD 08.07.2008, E.6987/K.10100, in *Yasa Hukuk Dergisi*, 2008, 1923 and . 2. HD 25.03.2009 E.18049/K.5516 R.G. 05.06.2009, 27249

<sup>57</sup> E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 500ss.

<sup>58</sup> For the content of the legitimate interest in these cases see. Y. 2. HD 19.12.1994, E.11220/K. 12667 in N. EK İ, *Kanunlav İhtilafı Kurallarına Milletlerarsi Usul Hukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna Pratik Çalı ma Kitabı*, Beta, İstanbul, 2007, pp. 79ss.

<sup>59</sup> E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 499 and 509ss, with reference to: . 2. HD 21.12.2009 E.9678/K.22090 and . 2. HD 20.01.2010 E.19620/K.1034, in *Resmî Kararlar Dergisi*, 2010, pp. 802ss. See also: Y. 2. HD 27.03.2008 E.20375/K.4214 and Y. 2. HD 25.06.2008 E.8629/K.9345 (*Kazancı Hukuk Otomasyonu*).

representatives; b) the State of origin of the judgment, the name of the Court, the number and date of the judgment with a brief summary; and c) only the operative part, clarification of what part is requested (art. 53 par. 1). The original or the copy of the decision certified by the Court which issued it with a certified translation and an official document of the foreign authorities providing the final judgment and a translation thereof must be attached to the application (art. 53 par. 2). It is worth noting that the corresponding wording of the previous law was “the original of the decision certified by the authorities in that country and a certified translation is annexed to the request”, causing problems in many cases as the enforcement requests were rejected on the grounds that most Courts give a formal copy rather than the original of the decision<sup>60</sup>.

## 6.(FOLLOWS) CONDITIONS TO BE MET BY THE FOREIGN DECISION

In addition to the essential requirements of art. 50 for the enforcement of a foreign judgment, art. 54 sets out four further conditions which must be met in order for a decision to be enforceable. Art. 54 reads as follows: the competent Court adopts a declaration of enforceability if the following conditions are met: a) there is a contract between the Republic of Turkey and the State which issued the decision based on the principle of reciprocity or a provision of law permitting enforcement judgments handed down by the Turkish Courts or when they are actually carried out in that State; b) the judgment in question concerned an issue which did not fall within the exclusive jurisdiction of the Turkish Courts and the judgment was not delivered by a foreign Court which itself recognized as competent, despite the fact that it had no real connection with the subject and the parties provided that the defendant had raised an objection; c) the decision is clearly non contrary to public policy; d) the defendant person was not properly summoned in accordance with the procedural rules of

---

60 A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 595-596 where also references to relevant decision of the Turkish Court of Cassation (Y. 1HD 22.6.1987, Y. 4 HD 18.3.1993, Y. 2 HD 5.7.1994).

the Tribunal and was either not represented in that Court or was tried in default of the law of that State, and that person did not apply to the Turkish Courts for the enforceability based on one of the above mentioned data<sup>61</sup>.

## 7.(FOLLOWS) THE PRINCIPLE OF RECIPROCITY

In art. 54 par. 1 referring to the principle of reciprocity<sup>62</sup>, either the existence of a contract recognizing the execution of foreign judgments or the existence of relevant legislation in the State of origin permitting, or in fact permitting, the recognition of corresponding judgments given by the Turkish Courts. This provision was originally introduced by the first Turkish Code of Private International and Procedural Law of 1982 so far the relevant provisions of the Turkish Code of Civil Procedure allowed the recognition and enforcement of only those decisions originating from countries with which Turkey had concluded a contract of which the number was very small. The new provision has rightly said that apart from the policy on this issue in 2009, Turkey was finally condemned unanimously by the European Court of Human Rights in *Fokas v. Turkey*, 29 September 2009, in which Turkey finally did not even appeal<sup>63</sup>.

For the necessity or not of the principle of reciprocity, two aspects have been supported in Turkish theory. There are the theoreticians who claim<sup>64</sup> that there should be no requirement for recognition of a foreign decision, as it is a political element that

---

61 D. DAMAR, *European and Turkish private international law: Background and methodology*, ed. A. Altunka, 2015, pp. 94ss.

62 The principle of reciprocity also applies to other provisions of Turkish law, such as in article 58 of act n. 2644 of 22.12.1934 "On Land Registers" (Tapu Kanunu) according to which (until its last amendment on 3.5.2012) foreign natural persons could acquire real rights in Turkey on the condition of reciprocity. Regarding reciprocity with Greece, the Turkish Court of Cassation had considered that Turkish nationals were able to acquire real estate in Greece, but according to Greek law (as in force until 2011) 55% of the Greek territory was classified as a border regions, and foreigners were deprived of the possibility to acquire real rights in these areas either by a living act either due to inheritance (which was, however, unheard of inheritance). It was therefore considered that there was no reciprocity in the acquisition of real estate in Turkey by a Greek citizen due to inheritance (Y.2 HD 27.06.2002 E.7515/K.8605 and .2. HD 04.06.2002 E.6014/K.8387-Kazanıcı Hukuk Otomasyonu).

63 C. GEIGER, *Research handbook on human rights and intellectual property*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 135-137.

64 A. SAKMAR, *Yabancı İlämların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, pp. 88ss. R. KORAL, *Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Yeni Kanun ve Karılıklılık Esası*, in *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1982, pp. 1ss.

should not affect law as well. Furthermore, the requirement of reciprocity and the difficulty of its finding often cause an obstacle which is considered unjustified, since the remaining (b, c, ç) conditions of that article are sufficient to protect the interests of Turkey and Turkish citizens in particular, who on the contrary, they end up being affected when they themselves are able to pass a positive decision to a foreign Court, then they are unable to execute it in Turkey<sup>65</sup>.

On the other hand, there are those who defend the principle of reciprocity as an element of the sovereignty of the Turkish State and as a means of pressing for the recognition of judgments handed down by Turkish judicial authorities from other States. The *de jure* or *de facto* refusal to execute them constitutes, according to these writers, a legitimate reason for the respective exclusion from the execution of the decisions of those States in Turkish territory<sup>66</sup>. Proponents of reciprocity point out that after the addition of legal or real reciprocity to the law as a disjunctive condition, the recognition and enforcement of the decisions of most of the world's states is achieved<sup>67</sup>.

In relation to the verification of *de iure* or *de facto* reciprocity in the law of the other State, the following problem often arises: the law of both States requires reciprocity from the other, with the result that one State expects the other to apply a first the principle of reciprocity<sup>68</sup>. However, it has been judged by jurisprudence that a judgment of a State whose law states that: “(...) it is not possible to recognize and execute a foreign judgment if the State in which the judgment is delivered does not recognize the principle of reciprocity (...)”<sup>69</sup>, as that provision permits *de jure* the execution of Turkish judicial decisions in that State<sup>70</sup>. In

65 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 484ss.

66 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 601 and M.S. ERDO AN, *Bo anma Kararlarının Tenfizi*, in *Ankara Barosu Dergisi*, 1977, pp. 84.

67 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 598ss.

68 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 484ss.

69 Y. Ö URLU, B. GÜRPINAR, *Introduction to Turkish law*, ed. On İki Levha Yayıncılık, 2010, pp. 95ss.

70 The present case concerned the execution of a judgment given in Zurich, Switzerland, and for the purpose of establishing reciprocity the law of the relevant canton, which was considered compatible with article 38 of the previous Code (and already article 54 of the new Code), was examined. Y. 1 HD 06.11.1985, see against Y. HD 13 13.06.1990, but which was subsequently annulled by the Plenary Civil Divisions of the Court of Cassation,

any case, however, the search for reciprocity is necessary either for acceptance or rejection of the application for a declaration of enforceability, and the Court of Cassation of Turkey has set aside a lower Court decision on the grounds that “(...) as regards the issue of reciprocity, the refusal of the relevant application without the Court making any inquiry into reciprocity with the other State is contrary to the provisions of law (...)”<sup>71</sup>.

An issue also arises when the law of the other State permits the execution of Turkish Court decisions, but gives the judge the opportunity to examine the merits of the case in order to verify whether the claim is well founded. In this case, it is argued that there can be no legal reciprocity, as foreign law imposes stricter conditions for execution than the Turkish one, and therefore real reciprocity must be investigated, if in practice applications for recognition of Turkish Court judgments which otherwise fulfill the requirements of the law are admissible<sup>72</sup>.

It is also important to note the de facto application of reciprocity for countries with which Turkey has bilateral or multilateral agreements. For Turkey, although it has concluded a total of bilateral agreements with 24 countries, if it is found that in this state despite the existence of the Treaty, Turkish decisions are not executed without any other legitimate reason, whereas, on the contrary, national decisions with equivalent content is an obstacle to the execution of the decisions of the States in Turkey due to lack of reciprocity<sup>73</sup>.

## 8. THE PROHIBITION OF THE EXCLUSIVE JURISDICTION OF TURKISH COURTS AND THE NON-DISCHARGE OF JURISDICTION

The second condition of art. 54 has two strands regarding two different issues related to the judgment to be enforced: a) not

---

which held that: “(...) if foreign law generally permits the execution of foreign judgments, subject to reciprocity by the other State, it must be accepted that the conditions laid down in article 38 relating to the existence of reciprocity are fulfilled (...)”. Y. HGK 13.06.1990, in Yargıtay Kararları Dergisi, 1990, 1282.

71Y. 11. HD 30.01.2009 E.1284/K.980, in Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2009, pp. 276 as well as: . 2 HD 22.11.1984 E.8148/K.9647, Yargıtay Kararları Dergisi, 1985, pp. 338 and . 2. HD 14.05.1996 E. 2955/K.5085 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

72 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 602ss.

73 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 606ss.

to have been delivered on a question falling within the exclusive jurisdiction of a Turkish Court; b) not to have been issued in excess of jurisdiction of the Court which issued it, that is to say, that there is an adequate link with the case or the parties and that the defendant has challenged the jurisdiction of the Court before it is issued.

Regarding the issue of “exclusive jurisdiction” (münhasir yetkisi)<sup>74</sup>, it is clearly stipulated that a foreign decision can not be executed if its subject matter was exclusively under the jurisdiction of a Turkish Court<sup>75</sup>. The assistance of the exclusive competence element is judged in accordance with Turkish law. Of course, the foreign judge could hardly have been aware of these provisions of Turkish law in the course of the case, but that limitation is imposed by the Turkish legal order in order to ensure that certain rights which are reserved for a Turkish Court<sup>76</sup>. It is therefore irrelevant whether, under the law of the Court of the Tribunal, it was responsible for the disputed disagreements<sup>77</sup>. The determination of the jurisdiction of the Turkish Courts is made both by articles of the Turkish Code of Private International Law and Procedural Law and by reference (see art. 40 of Turkish Code of Private International and Procedural Law) to the provisions of the jurisdiction of Turkish Courts which are found in particular in the Turkish Code of Civil Procedure as well as to other specific legislation.

Thus, art. 12 of the new Turkish Code of Civil Procedure is primarily a matter of jurisdiction for proceedings concerning rights in rem or changes in ownership of immovable property in Turkey for which the district Court has jurisdiction. In this category is included the legal treatment when it concerns real estate (miras sebebi ile istihkak davası). It has therefore been ruled that a foreign decision concerning an inheritance immovable proper-

---

74 A. ÇELİKEL, B. ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, op. cit.,

75 Z. DERYA TARMAN, Turkey: The treatment of foreign law in Turkey, in Y. Nishitani, *Treatment of foreign law: Dynamics towards convergence?*, *Ius comparatum-Global studies in comparative law*, ed. Springer, 2017, pp. 592ss.

76 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 606ss.

77 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 488ss.

ty located in Turkey<sup>78</sup> can not be enforced, since this Court has the exclusive jurisdiction of the deceased's last domicile and if he was not in Turkey, then is the Court of the district<sup>79</sup> (articles 576 of the Turkish Civil Code and 43 of the Turkish Code of Private International and Procedural Law). Similarly, in a divorce lawsuit involving the distribution of common assets, if the property is located in Turkey, it is not the execution of the decision to change the ownership of the property<sup>80</sup>, whereas, on the other hand, the part of the decision declaring marriage terminated is recognized<sup>81</sup>. On the other hand, the recognition of a decision on the divorce of a foreign Court to which a joint agreement of the spouses for the distribution of common property in Turkey was annexed<sup>82</sup> on the ground that the subject of the proceedings was not a change in any real right which was transferred not after the decision but due to the common agreement<sup>83</sup>.

Another issue considered by Turkish case law to be at the exclusive jurisdiction of the Turkish Courts is the question of the appointment of a legal counsel, as opposed to the declaration of a person in Court, which is deemed not to fall within that exclusive jurisdiction. The reason for this crisis is based on art. 10 par. 3 of Turkish Code of Private International and Procedural Law, according to which: "all matters relating to underwriting (ve-sayet) or judicial assistance (kısıtlılık), other than the grounds for their declaration or termination, and those of tutelage on the property of the stranger (kayımlık) are governed by Turkish law"<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> See a decision of the Turkish Invalidity Division declaring that the application for recognition of a judgment given by the Court of First Instance in Rhodes concerning a right of inheritance over property in Turkey was rejected, on the ground that Turkish Courts have exclusive jurisdiction over decisions concerning property rights in Turkey: Y. 2. HD 10.02.1986 YHD 1987,1328

<sup>79</sup> Y. 2. HD 22..06.1990 .6373/ .6410 and Y. 2. HD 16.10.2009, in Yargıtay Kararları Dergisi, 2010, pp. 1023ss.

<sup>80</sup> Bodrum Asl. H.M. 12.04.1985 E.267/K.109 with remarks in: C. ANLI, Türkiye'de Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Bo anma Kararının Tenfizi, in İletmelerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1986, pp. 40ss.

<sup>81</sup> Y. 2. HD 25.01.1996, in Yargıtay Kararları Dergisi, 1996, pp. 845ss.

<sup>82</sup> E. ÖRÜCÜ, Turkish family law: Facing the principles of european family law, in E. Örücü, J. Mair, Juxtaposing legal systems and the principles of european family law on divorce and maintenance, ed. Intersentia, 2007, pp. 184ss.

<sup>83</sup> Y. 2. HD 06.12.1994 E. 9963/K.12007 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

<sup>84</sup> G. TEKİNALP, E. NÖMER, N. AYSE ODMAN BOZTOSUN, International civil procedure, in B. Verschraegen, R. Blanpain, F. Hendrickx, Turkey, IEL Private international law, op. cit.,

Pursuant to articles 411 and 419 of the Turkish Civil Code<sup>85</sup> the appointment of the co-defendant and the supervision of legal assistance shall be made by the Court of the place of residence of the assisting party, whereas art. 462<sup>86</sup> states that, for the acts referred to in that article the authorization of that Court is required.

Thus, it has recently been decided<sup>87</sup> that a foreign decision on legal assistance can not be recognized in Turkey, as the reference in art. 10 par. 3 to mandatory application of Turkish law was considered to include not only substantive but also procedural law. In support of the statement of reasons, it is argued that for each act of support referred to in art. 462 of Turkish Civil Code, a new decision should be issued by the foreign Court and then the procedure for its recognition in Turkey is followed. However, both this “practical” reflection of the Turkish Court of Cassation and the interpretation for the application of art. 10 par. 3 are anything but a legal basis, which, in our opinion, was rightly criticized by the minority view in the judgment which supported the recognition of the foreign one, considering that art. 10 par. 3 is a rule that simply indicates the applicable law and not the basis of exclusive jurisdiction<sup>88</sup>.

On the contrary, there is no exclusive jurisdiction of the Turkish Courts to resolve marriage by divorce<sup>89</sup>, so that recognition of a foreign divorce decree is not impeded even if both the last joint residence of the spouses<sup>90</sup> and the defendant’s domicile are in Turkey<sup>91</sup>.

85 I. YILMAZ, Islamic family law in secular Turkish Courts, in E. Giunchi, *Adjudicating family law in Muslim Courts*, ed. Routledge, 2013.

86 M. AKIF AYDIN, Family law in Turkey: The Journey from Islamic law to secular law, in A. Singer, M. Jänterä-Jareborg, A. Schlhytter, *Family-religion-ratt*, ed. Justus Förlag, 2010, pp. 164ss.

87 Plenary Civil Divisions of Cassation Court (Y. HGK) 08.07.2009 E.255/K.527, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 2010, pp. 998ss.

88 C. ANLI, E. ESEN, . ATAMAN-FIGANME E, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Vedat 2014, pp. 352ss.

89 Turkish government has introduced a bill numbered 1/698 and dated 01.04.2016 concerning Turkey’s accession to the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (“Hague Convention”), signed by the Prime Minister and all ministers.

90 Turkish government has introduced a bill numbered 1/697 and dated 30.03.2016 concerning Turkey’s accession to the Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (“Hague Convention”), signed by the Prime Minister and all ministers. In particular: “(...) the Government bill regarding the approval of the ratification of the Hague Convention is referred to the Committee on Foreign Relations as primary committee which shall go through the law making process. If enacted, Turkey’s accession to the Convention will be an important step forward in the area of Turkish family law in terms of facilitating the protection of children in international situations, avoiding conflicts between multiple jurisdictions, applicable law and recognition and enforcement of measures for the protection of children (...)”.

91 Z. AKICI, C.D. GÖYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, pp. 50ss.

The same limitation also applies to disputes arising from certain contracts for which the legislature has reserved greater protection to the place it considers to be economically weak<sup>92</sup>. In particular, articles 44, 45 and 46 of Turkish Code of Private International and Procedural Law establish exclusive jurisdiction in Turkish labor, consumer and insurance disputes where the defendant is the employee, consumer or insured, respectively<sup>93</sup>. For these contracts, a possible conferral of jurisdiction by virtue of a special clause is in accordance with art. 47 par. 2 void in favor of the weaker party, thus confirming the absolute nature of exclusive jurisdiction in favor of those persons<sup>94</sup>.

In labor disputes, art. 44 of Turkish Code of Private International and Procedural Law provides that in disputes arising out of an individual employment contract or employment relationship, if the place where the normal work is provided in Turkey, the Court of that place is competent. According to the case law, this competence of the Turkish Courts is exclusive and any other foundation of jurisdiction is void in favor of the employee. It follows that a foreign judgment given in a labor dispute against a worker who resident and habitually worked in Turkey can not be executed in Turkey<sup>95</sup>, whereas a foreign judgment may be enforced on a worker's claim against an employer for work done in Turkey<sup>96</sup>.

Accordingly, in consumer contracts, a foreign judgment against the consumer<sup>97</sup>, if the consumer had his habitual residence in Turkey can not be executed, as the Court of the place of his habitual residence has exclusive jurisdiction under Turkish law (art. 45 of Turkish Code of Private International and Procedural Law). In Turkish theory, there has been a reflection on the extent of this restriction, in which cases exclusive jurisdiction is dee-

---

92 Z. AKICI, C.D. GÖYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, op. cit., pp. 210-211.

93 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 486ss.

94 A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 547ss.

95 Y. HGK 05.06.1998, E12-287/K.325 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

96 .9. HD 09.12.1991, in *Hukuku Dergisi*, 1992, pp. 150ss.

97 N. EK , *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Beta, stanbul 1996, pp. 178ss.

med to exist<sup>98</sup> and on the other hand on the probability of such prohibition in cases where the provisions applied by the foreign Court were more favorable from those of Turkish law and therefore does not affect the protection of the consumer<sup>99</sup>. In our view, it can be argued as a contradiction that a Court proceedings in a foreign country is in itself a barrier to the consumer as he is charged both with extra costs and with practical difficulties (eg translation of documents, failure to produce witnesses) which may thus deprive him of the opportunity of proper defense.

As regards insurance contracts, art. 46 of Turkish Code of Private International and Procedural Law provides that the Courts of the place of residence are exclusively competent for actions against the insurer (sigorta ettiren), the insured person (sigortalı) or the beneficiary of the insurance (lehdar) or habitual residence of such persons if he is in Turkey. Again, however, the restriction on the enforcement of foreign judgments is applicable only to those persons and not to the insurer<sup>100</sup>. In addition, the exclusive jurisdiction of the Turkish Courts has been deemed to have introduced art. 10 of the Aliens of Societes Anonymes and Capital Companies Act<sup>101</sup>, according to which a foreign company with a branch in Turkey could sue for any dispute (whether related to the branch) exclusively in the Courts of the place of establishment of the branch. That exclusivity was, however applicable only to third parties who were dealing with the non-resident company. That is, foreign insurance companies in respect of disputes arising from contracts in which extradition of a foreign Court had been agreed could not claim their insured persons, since the case-law considered that there was exclusive jurisdiction of the Courts of the branch in Turkey. They could also not plead lack of jurisdiction or local lack of jurisdiction in actions brought against them at the place of

---

98 G. GÜNGÖR, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Yetkin Yanınları*, Ankara 2000, pp. 173ss.

99 E. NÖMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 486ss.

100 Y. 11. HD 19.06.1997, 3609/5636, in *Yasa Hukuk Dergisi*, 1998, pp. 80ss.

101 See: O "Ecnebi Anonim ve Sermeyesi Paylara Bölünmüş İirketler Ecnebi Sigorta İirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat" of the year 1914, which was a residual of Ottoman legislation, was established with the entry into force of the new Turkish Commercial Code (CCT) on 01.07.2012.

its branch, even when, as mentioned, the dispute was irrelevant to the activity of the branch in Turkey<sup>102</sup>.

On the other hand, it was permissible to bring an action in a foreign Court when the company was a defendant<sup>103</sup>. However, after the abolition of this law from 01.07.2012, the Courts of the place of establishment of the branch of a foreign company have jurisdiction only for the disputes arising out of the branch activity, and it should be considered that even for these disputes there is no longer any exclusive the jurisdiction of that Court and, by extension, the exclusive jurisdiction of the Turkish Courts<sup>104</sup>. Moreover, in our view, as the reason for the Turkish case-law based on the above exclusive competence was the protection of customers of the foreign company<sup>105</sup>, after the addition of art. 45 on consumer protection to the Turkish Code of Private International and Procedural Law, we consider that such protection is sufficient, any continued acceptance of the above exclusive jurisdiction constitutes a direct discrimination against foreign companies.

Lastly, it has been argued in theory that bases of exclusive jurisdiction are founded on reference to domestic law on industrial and intellectual property issues enshrined in Turkey. In particular, in disputes arising with a claimant who appears to be the party to the right, either the Courts of the place of residence of the beneficial owner of the Courts of the place where the breach of the protected rights or the effects of the breach occurred<sup>106</sup>. In the case where the plaintiff-beneficiary does not reside in Turkey, the Courts of the city in which the registered rights have been enforced are competent. It is therefore argued that, by their very nature, the bases of exclusive jurisdiction of the Turkish Courts

---

102 V.R. SEVIG, *Milletlerarası Özel Hukuku Alanında Yetki Anlaşımının Ayrıcılığı*, in *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2000, pp. 181ss.

103 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 611ss.

104 C. SÜRAL, *Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası yetkisine etkisi*, in *Türk Barolar Birliği Dergisi*, 2012, pp. 183ss.

105 E. ESEN, *Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde münhasır yetki kavramı*, in *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, pp. 195ss.

106 See also article 137 of Legislative Decree 551/1995 on the Protection of Patents (PatKHK), article 49 of Legislative Decree 554/1995 on the Protection of Industrial Designs (EndKHK), article 25 of Legislative Decree 555/1995 on the Protection of Geographical Indications (Co KHK) and article 63 of Legislative Decree 556/1995 on Trademark Protection (MarkKHK).

laid down by the relevant law constitute respectively bases of exclusive jurisdiction, thereby preventing the recognition of foreign decisions in relation to those matters<sup>107</sup>.

## 9.(FOLLOWS) EXORBITANT JURISDICTION

The second part of paragraph (b) Art. 54 concerns the so-called “over-jurisdiction” (a ırı yetki) as is known, in particular, by the english term: “exorbitant jurisdiction”. In other words, there is another negative condition which, if it does, impedes the enforcement of the judgment, namely when i) the Tribunal had wrongly held that it had jurisdiction, although it had no real connection with the subject matter of the dispute and the parties; and ii) the defendant disputed the jurisdiction of the Court with a claim in front of him.

This condition was added for the first time to the Turkish Code of Private International and Procedural Law, and until then the exceeding international jurisdiction of the foreign Court was treated by the Turkish Courts in opposition to the Turkish public order<sup>108</sup>. Starting from the principle of the natural judge, the ratio legis of this arrangement is based on the logic that the choice of a Court irrelevant to the trial may conceal the plaintiff’s intention to restrict the judge’s access to evidence and eventually the possibility of the adversary to defend his interests.

Thus, according to the theory of Turkish law, some of the principles applicable to the procedural law of certain american States such as “in-state service of process” and in particular “long arm status” are examples of exorbitant jurisdiction in accordance with Turkish law<sup>109</sup>. Therefore, a Court decision which has recognized itself competent for a decision based on one of the above principles without any real link to the case can not be

---

107 E. ESEN, Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde münhasır yetki kavramı, in *İlletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, pp. 202ss.

108 That overstepping was considered to be a violation of the fundamental principles of Turkish law, as the case law violated article 36 of the Turkish Constitution and article 6 of the ECHR in order to ensure a fair trial. See in argument: E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 489ss.

109 C. ANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyu mazlıkların Çözüm Yolları*, Beta, stanbul, 2011, pp. 223-224

executed in Turkey as contrary to Turkish law<sup>110</sup>. In any case, a failure by the defendant to propose that the Court is not competent in the course of the proceedings will remedy the impediment of the law on recognition of the decision, and the objection must necessarily indicate which Court actually has jurisdiction in the judgment under appeal<sup>111</sup>. However, even in this case, the possibility of refusing the Turkish Court to declare the judgment enforceable should not be ruled out on the ground that execution of the judgment could at the same time be described as contrary to Turkish public order<sup>112</sup>.

Also as opposed to the Turkish public order, could be the enforcement of a judgment given by a foreign Court which did not have any particular link with the subject-matter of the dispute, which was even subject to the express agreement of the two parties to arbitration by a particular arbitration body<sup>113</sup>.

## 10. THE PROHIBITION OF OPPOSITION TO PUBLIC ORDER

The third condition set out in art. 54 of Turkish Code of Private International and Procedural Law it has been perhaps the most debated and for which the more extensive case law has been formulated, despite the fact that the law devotes a very short provision. In particular, the third condition under art. 54 for the enforcement of foreign judgments is to state that: “the decision is clearly not contrary to public order”<sup>114</sup>. The basic but unique element which is clear from this wording is that the opposition to public order must be obvious and not marginal or even simple<sup>115</sup>.

This is the second reference to public order in Turkish Code of Private International and Procedural Law, as art. 5 also states

<sup>110</sup> E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 490ss.

<sup>111</sup> N. NAL, *Örnek Kararlarla-Açıklamalı Nüfus-Babalık-Evlat Edinme Yabancı Kararların Tenfizi Velayet, Adalet Yayınevi, İstanbul 2002*, 384-385.

<sup>112</sup> E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 490ss.

<sup>113</sup> A. ÇELİKEL, E. NOMER, E. ESEN, *Devletler Hususi Hukuku (Çözümlemli Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları)*, Vedat Kitapçılık, 2010, pp. 198ss.

<sup>114</sup> C. ANLI, E. ESEN, . ATAMAN-FIGANME E, *Milletlerarası Özel Hukuk*, op. cit.

<sup>115</sup> T. TURHAN, *Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları*, Ankara 1996, pp. 198ss.

that the provisions of applicable foreign law that are obviously contrary to public order are not applicable<sup>116</sup>. However, in relation to art. 5 on the applicable law, it should be made clear that the provision of art. 54 on public order does not refer to any opposition to the law applicable to the Turkish public order, but only to the legal effects which have the execution of the decision in Turkey<sup>117</sup>.

The definition of public order, as it has been provided by the case law, is not far from the definition in most European laws. Thus, in order to reject a request for execution of a foreign decision due to its opposition to public order, it should contain a set of provisions opposing the fundamental legal, moral and conscious rules necessary to maintain a peaceful and harmonious co-existence in the society<sup>118</sup>.

Of course, because these results are directly dependent on both the substantive law (*maddi hukuku*) and the procedural rules (*usul hukuku*), it is not possible to execute the decision in the course of which important procedural rights of the defendant have been violated, with the prohibition of witnesses being examined only against the defendant<sup>119</sup>.

Regarding the recognition of foreign Court decisions on a marriage solution by divorce, much debate has arisen in the legal science on the recognition of consensual divorce judgments. Many decisions of the Turkish Court of Cassation<sup>120</sup>, have been issued in connection with this issue, according to which such decisions can not be recognized in Turkey because of the contradiction of the institution of the consensual Court in public order! The reasoning behind those judgments was focused on the lack of consensual divorce in Turkish law and the corresponding violation of public

---

116 C.D. GÖYAYLA, *Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001

117 C.D. GÖYAYLA, *Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni*, Seçkin Yayınları, op. cit., pp. 190ss.

118 . 2. HD 17.2.1997, E:675 K:1633, in *Yasa Hukuk Dergisi*, 1997, pp. 739.

119 E. NÖMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 497ss.

120 See in particular: Y. 2 HD 28.01.1982 RG 1982, 17604, Y. 2 HD 12.04.1983 RG 1983,18042, Y. 2HD 15.05.1984 MHB 1984, 94, YHD 1984, 1356 with remarks in: E. ÖMER, . 2 HD 26.05.1986, in *istanbul Barosu Dergisi*, 1987, pp. 139ss.

order by the recognition of a divorce that does not meet the requirements of Turkish law and is therefore disappointed<sup>121</sup>.

These decisions were strongly criticized by most of the legal theory, which rightly observed that the reasons for those decisions were in full measure with Turkish Code of Private International and Procedural Law provisions on the recognition and enforcement of foreign judgments. This view was initially followed by a small part of the jurisprudence<sup>122</sup>, but the complete conversion was made when the possibility of consensual divorce was introduced in Turkish family law<sup>123</sup>.

A very interesting issue is also the recognition of divorces issued in Muslim countries<sup>124</sup> with the implementation of Sharia<sup>125</sup>. As for divorce, Muslim law allows the spouse to “relinquish” his spouse by pronouncing the word “talak” three times before adult witnesses, thus finally resolving the marriage. The problem arising from the recognition of foreign marriage resolutions with talak consists in opposing this institution to the principle of equality enshrined in the Turkish Constitution in art. 10 as the husband can unduly repudiate the spouse regardless of his or her own consent, while the spouse is only entitled to divorce under certain conditions. It has been ruled that it is clearly contrary to the Turkish public order to recognize a talak divorce which was taken without the spouse being asked about her desire to continue or terminate the marriage, as this constitutes a blatant opposition to the principle of fair trial and equality of the law enshrining both the Turkish Constitution and the European Court of Human Rights. On the other hand, the recognition of

---

121 Y. 2 HD 02.03.1990, in *İmi Ve Kazai çtihatlar Dergisi*, 1990, pp. 358.

122 Y. 2 HD 25.06.1986 E 3520 E. 5471 (Kazancı Hukuk Otomasyonu) with the opposite minority.

123 Initially by amending article 134 of the old Turkish Civil Code with Law 3444/1988, which many Courts refused to implement it as unconstitutional, a matter finally resolved by the decision of the Turkish Constitutional Court n. 43/1997 and now with article 130 of the new Turkish Civil Code introduced in 2001. See in particular: E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 492ss.

124 It is well known that Turkey, although the vast majority of its population is Muslim, is a secular (*laik*) state (article 2 of the Turkish Constitution) has adopted a family law based on the corresponding Swiss which certainly has nothing to do with muslim law, which looks alien to the Turkish legal world.

125 R.W. HEFNER, *Shari’a politics: Islamic law and society in the modern world*, op. cit., N. ABIAD, *Sharia, Muslim States and international human rights treaty obligations: A comparative study*, ed. British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 98ss.

a divorce, which was obtained by the unilateral removal of the husband, was not validated (or more correctly: recognized) but subsequently by a judicial authority in which the spouse declared her consensus<sup>126</sup>.

Contrary to public order it has been considered the recognition of a foreign judgment, which was issued without any of the grounds for divorce under Turkish law (articles 161-166 Turkish Civil Code)<sup>127</sup>.

Another issue is the parental care (velayet) of minors<sup>128</sup>. In many cases the assignment of parental responsibility is at the same time the divorce proceeding of child's parents and the recognition of the foreign decision on marriage is often accepted, but not in the judgment on parental responsibility<sup>129</sup>. Thus, it has been held contrary to public policy to recognize and enforce a foreign decision to resolve a marriage, in its part, which states that the parental responsibility of the minor children will be shared jointly by the two parents. Again, as in the case of consensual divorce, the decisions of the Turkish Court of Cassation are based on the fact that, as Turkish law does not recognize the joint exercise of parental responsibility by divorced parents<sup>130</sup>, the execution of such a foreign decision is obviously contrary to the Turkish public order<sup>131</sup>.

This view has also been strongly criticized by legal theory, arguing that the assignment of joint parental responsibility can not in any way be regarded as contrary to public order, let alone

---

126 In Turkish law there are the following six grounds for divorce: 1) adultery; 2) life impunity and ill treatment; 3) crime or elite life; 4) abandonment; 5) mental illness and 6) strong marital shock. For more details see: E. AH N, *Aile Hukuku Davaları*, Adalet Kitabevi, Ankara 2012, pp. 144ss.

127 Y. 2. HD 28.02.1989 E.859/K.1759, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1989, pp. 1087ss.

128 Particular attention is needed on this issue, as in matters of parental responsibility, the relevant international conventions signed by Turkey are in most cases implemented.

129 Z. AKICI, C.D. GÖYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, pp. 161ss, with reference in: Y. 2. HD 05.04.2004 E.3276/K.4252 and Y. 2. HD 02.04.2003 E.3784/K.4670 (*Kazancı Hukuk Otomasyonu*).

130 Article 336 of the new Turkish Civil Code: "(...) if the parents are married: 1. During the marriage, the father and the mother jointly exercise the parental responsibility of the child; 2. When the marriage is terminated or annulled, the judge may assign parental responsibility to one of the two parents (...) as regards the content of parental responsibility, it shall include article 339 (...)".

131 Y. 2. HD 17.02.1997, in *Yasa Hukuk Dergisi*, 1997, pp. 739ss. Y. 2. HD 20.03.2003, in *İstanbul Barosu Dergisi*, 2003, pp. 1004ss and . 2. HD 22.11.2004 with minority, see: M. M EK, *Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar Ve Yargılama Usulü*, Vedat Kitapçılık, 2007, pp. 142ss.

“obviously” contrary to art. 54. It should be noted that many international Conventions to which Turkey is party have as their basic principle the best possible protection of the interests of the child and as such can be considered the joint exercise of parental responsibility after the marriage has been resolved, starting with the thought that although the marriage failed, there was no change in the love and interest of the parents towards the child<sup>132</sup>.

It has also been ruled out that the application for the enforcement of a foreign decision which has held that a child’s parental responsibility has been examined by the parents and the wishes of their parents, but without taking into account the interest of the child. Such an omission in the judge’s judgment inevitably leads, in view of both the provisions of the Turkish Constitution for the Protection of Children and the relevant International Conventions ratified by Turkey, to reject the enforcement request because of its apparent opposition to Turkish public order<sup>133</sup>.

As regards the issue of kinship, it has recently been ruled that a foreign decision is not incompatible with the Turkish public order, according to which the child is not individually recognized as having the right to prejudice paternity, although this right is provided by Turkish Civil Code<sup>134</sup>. Indeed, this decision refers to the fact that, until the introduction of the new TCC in 2001, Turkish family law did not include the child as a legitimate person for insulting paternity. On the contrary, to these persons are included only the spouse, his heirs and the prosecutor, since in the ratio of the relevant provision of the old Turkish Civil Code of 1926, as interpreted during its term of office, the institution of paternity violation “mainly concerned the father and was set up in his own interest in order to get rid of a foreign child and the financial burden it entails!”<sup>135</sup>.

---

132 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 620ss. B. ERDEM, *Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birli i Brüksel II Tüzü ü, in Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medenî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile li kili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, Ü Yayınarı, stanbul 2006, pp. 145ss.*

133 Y. 2. HD 28.02.1991 E.2108/K.3555 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

134 Y. 2. HD 04.05.2009 E.6063/K.8609 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

135 G. PASKOY, *Soyba mın Reddi, in Türk Barolar Birli i Dergisi, 2011, pp. 355ss.*

As opposed to Turkish public order, has been judged foreign judgment determining the maintenance<sup>136</sup> to be paid by the person liable in excess of his monthly income<sup>137</sup>.

With regard to adoption, have been judged contrary to Turkish public order, foreign decisions which accept adoption even though there was a difference between the foster parent and the child between the age of less than 18 years<sup>138</sup> or whether the adoption decision was adopted without regard to the interest of the child<sup>139</sup>. Also, as opposed to the Turkish public order, has been considered the recognition of a foreign adult adoption decision by a foster parent who had other natural children<sup>140</sup>, something which is forbidden under Turkish law<sup>141</sup>.

In another case, a Turkish Court rejected the request to recognize a German gender based Court ruling, considering it to be contrary to public order. The reasoning of the decision was that the recognition of the decision was obviously contrary to public order, since the gender procedure did not follow that provided for in art. 40 of the new Turkish Civil Code<sup>142</sup>. However, the Turkish Court of Cassation withdrawn (by a majority) the decision, considering that the applicant did not obtain permission from the competent Turkish Court on gender reassignment and that the German decision does not refer to a medical opinion does not in itself constitute an opposition to public order and therefore does not prevent the recognition of that decision<sup>143</sup>.

---

136 J.M. SCHERPE, *European family law*, vol. II: The changing concept of “family” and challenges for domestic family law, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 356ss.

137 A. SAKMAR, *Yabancı lamların Türkiye’deki Sonuçları*, op. cit., pp. 82ss.

138 Y. 2. HD 12.04.2007 RG 08.05.2007-26516

139 Y. HGK 01.10.2003, in *istanbul Barosu Dergisi*, 2007, pp. 708ss.

140 Y. 2. HD 30.6.2003 E.8317/K.8930 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

141 See article 313 of the new Turkish civil law.

142 Article 40 of the Turkish Civil Code provides, inter alia, that, for a change of sex, the person concerned must first have reached the age of 18 and be not married. In order to proceed with the procedure, he must first seek the permission of the Court, in which he must produce a medical opinion from a hospital medical board proving the necessity of the intervention. Only under these conditions is it possible to register the change in the registry after the intervention.

143 Y. 21.12.2009, E. 9678/K. 10608, in *istanbul Barosu Dergisi*, 2012, pp. 225

## 11.(FOLLOWS) PROCEDURAL REASONS

The impossibility of executing a foreign decision due to a clear opposition to Turkish public order exists also where the judge finds that the fundamental procedural rights recognized by Turkish law in the context of the right to a fair trial have not been respected. The violation of these fundamental principles, guaranteed both by the Turkish Constitution and by Internationally ratified treaties, such as the European Convention on Human Rights, during the adoption of the foreign decision prevents its execution in Turkish territory because of the opposition of the latter to the public order of Turkey<sup>144</sup>. Indicatively in this case it has been established by case law that the divorce decision issued by a foreign Court against a defendant spouse who did not reside in the state of that Court and whose residence was known was summoned to the foreign Court as an unknown residence<sup>145</sup>, when it is sufficient for the defendant to be summoned abroad to publish it in a local form and not to personally call him<sup>146</sup>.

An opposition to public order can also be based on cases where a reason for repeating the process<sup>147</sup> (*yargılamanın yenilmesi sebepleri*), provided that this is foreseen by the procedural law of the Court seized. Such cases include *inter alia* the subsequent appearance of a substantive documentary evidence or proof of falsity on which the decision was based, as well as the subsequent conviction by the judge of misconduct against the

---

144 Turkey is a party to the 1961 European Convention on International Commercial Arbitration (“Geneva Convention”) and the 1958 New York Convention, which was ratified on 2 July 1992 and entered into force on 30 September 1992. Turkey also ratified many bilateral and multilateral treaties and conventions, such as the Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (“ICSID Convention”), which entered into force in 1989 and the Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects (PEEREA), which was published in the Official Gazette in year 2000.

145 .2. HD 25.06.2009, .12603. This could also be included in the last provision of article 54, if a complaint is made.

146 Y. 2. HD 26.06.1987, K.5571, in *Yasa Hukuk Dergisi*, 1998, pp. 1457, but where it is stated that if the defendant finally joined the trial, then there is no obvious opposition to the Turkish public order.

147 The term “*yargılamanın yenilmesi*” or “*iade-i muhakeme*” as defined in the old HMK could be attributed to greek as a “rejoinder” as the relevant process of Turkish law resembles in many respects the provisions of 539 et seq. of the Greek Code of Civil Procedure. See in particular: Y. ALAGOYA, M.K. YILDIRIM, N.Y. DEREN, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Beta, 7. baskı stanbul, 2001. A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 566ss.

defendant<sup>148</sup>. If one of the above cases occurs, then this fact may actually prevent the execution of this decision in Turkey because of public order opposition<sup>149</sup>.

A question has also been raised in Turkish theory and case law on the execution of a foreign judgment when a judgment has been handed down by the Turkish Courts on the same subject matter and between the same parties. Although the law does not contain any relevant rules, it is consistently stated in the case law<sup>150</sup> that if a foreign judgment whose enforcement is sought is contrary to a decision of a Turkish Court on the same matter, it can not be enforced irrespective of whether the foreign decision was issued before or after the corresponding Turkish<sup>151</sup>. If, therefore, despite the existence of a contrary Turkish decision, the competent Turkish Court has declared the foreign judgment enforceable, this fact gives rise to both a ground of appeal (*temyiz sebebi*) as well as a reason for rejoicing (*yargılamanın yenilmesi sebebi*) of the enforceability judgment<sup>152</sup>.

On the other hand, it has been rightly assumed that the enforcement of a foreign Court judgment awarding compensation for a road accident can not be considered contrary to public order, but the defendant was found to be unsubstantiated by a decision of a Turkish criminal Court<sup>153</sup>. Moreover, the judgment of the criminal Court on the defendant's fault is consistently accepted by the case law that it does not bind the civil Court hearing the claim for damages<sup>154</sup>.

---

148 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 616ss.

149 See also the reasoning in a Yargıtay judgment which dealt with the fact that, following the extradition of the foreign judgment, enforcement of the document on the basis of the documentary evidence (other previous judgment) on which the foreign Court was based for the admissibility of the action. Y. 2HD 15.11.1984, in *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1986, pp. 200ss.

150 Y. 2. HD 08.12.1993 E. 9648/K.11903, Y. 2. HD 15.12.1998 E.11732/K.13640 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

151 A. SAKMAR, *Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları*, op. cit., pp. 80ss., referring to the *lis pendens* that had been created since the filing of the claim in the Turkish Courts, stating in particular that the invocation of any "international lawsuit" would be contrary to the Turkish public order.

152 E. NÖMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 497ss. With reference to Y. 2. HD 15.11.1984, however, if the content of those two decisions is the opposite, albeit in part, the appeal is dismissed for lack of interest in bringing proceedings: N. NAL, *Örnek Kararlarla-Açıklamalı Nüfus-Babalık-Evlat Edinme Yabancı Kararların Tenfiz Velayet, Adalet Yayınevi*, op. cit., 360-361

153 A. SAKMAR, *Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları*, op. cit., pp. 80ss.

154 . 11. HD 23.02.2004, E. 2003/7126 K. 2004/1571 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

However, it was argued that it was not always possible to exclude the execution of such a decision as contrary to the Turkish public order, since in the case that the lawsuit in the Turkish Courts took place after the foreign decision was taken, the action should be considered of bad faith and therefore the enforcement of the former should not be prevented, as the objection to public order would be abused<sup>155</sup>. If, after the application for a declaration of enforceability has been submitted to the competent Court of First Instance, an action is brought before a Turkish Court for the settlement of the same dispute, it is reasonable to raise the issue of *lis pendens* once the first application has been lodged.

However, the answer given by Turkish theory is negative as no identity is identified in the lawsuits of each trial: in one we have a solution to the dispute in which its substance is examined, while in the other a request for *exequatur* to examine the conditions of Turkish Code of Private International and Procedural Law and not the substance of the case. In this case, the most appropriate solution is to abstain from the Turkish Court of substance from the examination of the case until the Court takes a decision on the execution of the foreign decision, and if the latter is accepted then the former will be rejected because of *res judicata*. In any case, however, if the recognition of the foreign decision alone is sought, it may be requested incidentally by the party concerned in the action pending in Turkey, in order to reinforce his allegations with evidence that procedures full proof<sup>156</sup>.

Evidently opposed to Turkish public order are also those decisions which are devoid of reasoning, that is to say, those which, after the facts are quoted, end up in the operative part<sup>157</sup>. It has also been ruled that when an application for recognition of a

---

155 A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 617ss. In addition, according to the supporters of that view, the adoption of a second decision on the same parties and subject is forbidden and is the reason for the resumption of proceedings for the second decision under article 445 of the new Turkish Code of Civil Procedure. See in this regard B. KURU, *Baki-Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Seçkin Yayıncılık, 6.baskı, stanbul 2001, pp. 5164.

156 A. ÇELIKEL, E. NÖMERE, E. ESEN, *Devletler Hususi Hukuku (Çözümlemni Örnek Olaylar-Seçilmi Mahkeme Kararları)*, op. cit., pp. 199ss.

157 Y. 2. HD 30.06.1999 E.5858/K.7609 in which it was held that the recognition of a divorce decree issued by the Sydney family Court, but without any such justification, is contrary to the Turkish public order.

foreign judgment is abused, contrary to the rules of good faith, the application for recognition is rejected, because of its abusive nature, its recognition in Turkey would be contrary to the rules of public order<sup>158</sup>.

## 12. RESPECT FOR THE RIGHT TO LEGAL DEFENSE BEFORE THE JUDGMENT IS GIVEN TO THE FOREIGN COURT

The last condition of art. 54 of Turkish Code of Private International and Procedural Law relates to the defendant's enforcement and refers to the right to defend his interests before the foreign Court during the hearing of the claim<sup>159</sup>, which is a manifestation of the right to a fair trial guaranteed by the Turkish Constitution and the European Convention of Human Rights<sup>160</sup>. Critical matters to which the law refers relate to a) an appropriate appeal for representation during the hearing of the claim, b) whether he or she was actually represented in the trial, and c) if the case was lawfully discussed in absentia.

However, the basic feature of this provision of art. 54 is that the Court will examine whether the above conditions have been met only if the defendant has complained that none of them is fulfilled. That is to say, in this case, the condition is not investigated by the Court of its own motion, as is done on the condition of public order<sup>161</sup>, but only on appeal by the person against whom enforcement is sought<sup>162</sup>. The provisions of procedural law which will indicate how the defendant is summoned and represented in the proceedings and in the absen-

---

158 Y. HGK 11.10.1972 E.453/K.829, in *istanbul Barosu Dergisi*, 1974, pp. 548 in which the application for recognition of a divorce decree issued abroad was dismissed as unfair and contrary to public order because the applicant spouse had been represented at the divorce proceedings brought by her husband in Turkey and had refused the basis of the claim for the rejection so that there is no res judicata for marriage on the basis of a decision by a Turkish Court so that it can freely recognize the decision favorable to that foreigner.

159 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 498ss.

160 See article 36 par. 1 of the Turkish Constitution and article 6 of ECHR. According to the Turkish case law, timely summons are therefore a prerequisite for a fair trial, since only so the defendant has the time to prepare himself properly to put forward the allegations and evidence he deems necessary, as well as to challenge his respective claimant, 28.09.1995 .42/ .53 R.G. 16.05.1997, 22991

161 Y. 2. HD 25.06.1987 E. 4539/K.5571, in *Yasa Hukuk Dergisi*, 1988, pp. 1457ss.

162 . 2 HD 04.11.2004, E; 10683/K.13120, in *istanbul Barosu Dergisi*, 2007, pp. 709 which states that the examination of whether the foreign judge's procedural rules have been complied with for the summoning or absent minded hearing of the case, does not constitute a breach of the rule of non examination of the correctness of the foreign decision.

ce of such a hearing shall be those of the foreign Court. It is therefore not lawful for the defendant's assertion to execute, for example, the service of the claim was filed within a shorter time limit than the Turkish Code of Civil Procedure and therefore the last condition of art. 54 is not met. However, in our view, we should not exclude the possibility of refusing to execute the decision in Turkey, for example, in foreign law, the term of service to a foreign resident was very short, but the reason for refusing the enforcement request should be sought in dealing with such execution as contrary to the Turkish public order because of the violation of the right to a fair trial, which of course is being investigated *ex officio*<sup>163</sup>.

As regards the burden of proof of inappropriate summons and representation of the defendant in the foreign Court, proof must be given to the claimant, who must provide all the information required by law for the enforcement of the judgment. On the contrary, the defendant's claim to prove that he was not summoned correctly is far from perfect, since his objection often refers to total ignorance of the trial and therefore no evidence is in his hands, unlike the plaintiff, who also initiated the entire judicial process abroad<sup>164</sup>.

In a case which divided theory and case law, the Turkish Court of Cassation was called upon to judge whether it is a violation of the defendant's right to defend himself against the enforcement of the decision, not to represent the defendant in fault, not the plaintiff but the lawyer of the defendant himself. The question was, therefore, that, despite the fact that the defendant was lawfully summoned in time to appear in the trial, and to that end he instructed a lawyer to appear on his behalf, his lawyer was not represented by his own fault, the defendant has to be convicted and the decision against him be issued. The Court held that this case did not fall under the fourth indent of art. 54, as this would in principle require a lawful summoning of the adversary, which was not the case here<sup>165</sup>.

---

163 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 498ss. Also see: Y. 2. HD 04.10.2005 E.10735/K.13428 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

164 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 623ss.

165 Y. 2. HD 12.04.2000 E.2634/K.4605 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

It is noteworthy that the old Turkish Code of Private International and Procedural Law of 1982 laid down art. 38 and a fifth condition: if the defendant was a Turkish resident, the judgment could only be enforced if the foreign Court applied the law which under the rules of association of the Turkish private international law would be applied by a Turkish Court if it had been dealt with. This provision was intended to protect Turkish residents alone, precluding the possibility of coming from abroad even if it had adopted a law other than that applied by Turkish Courts. However, because of its purely subjective nature, this provision was removed from art. 54 of the Turkish Code of Private International and Procedural Law<sup>166</sup>.

With regard to the abrogated above provision, in many cases in the past, the question has been raised whether a foreign decision can be enforced, although it has implemented Turkish law, but it has incorrectly applied it because of poor interpretation or application of irrelevant provisions<sup>167</sup> or were wrongly assessed and despite the Turkish law the evidence<sup>168</sup>. Any rejection by the Turkish Court of the application for enforceability due to the incorrect application of the applicable law by the foreign Court would run counter to the basic principle of Turkish private international law that it has no right to review the content of the foreign decision.

The position claimed was that such a decision was contrary to the Turkish public order, but that did not accept the case law of the Turkish Court of Cassation, which reiterated once again that the Turkish Court does not have the power to check the substance of the case<sup>169</sup>. In a relevant plenary decision stating that it is not for the Turkish Court of recognition to determine whether the applicable law was correctly applied, the defendant had the possibility to challenge the foreign decision in a higher Court of the State in which it was issued proposing its political divisions,

<sup>166</sup> M. MEK, *Aile Mahkemele-rinin Görevine Giren Davalar Ve Yargılama Usulü*, Vedat Kitapçılık, 2007.

<sup>167</sup> . 11. HD 15.09.1989 E.5912/K.4324 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>168</sup> . 11. HD 15.09.1989 E.5912/K.4324 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>169</sup> Y. 2. HD 27/10/1995 E.10281/K.11167, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1996, pp. 528ss and Y. HGK 21.06.2000 E.1051/K.1068.

the objection to public order was rejected by our argument, which is very pertinent, that the defendant was able to propose the correct application of Turkish law to the alien Court and exhausting the means provided there<sup>170</sup>.

### 13.(FOLLOWS) SERVICE OF THE APPLICATION

Pursuant to art. 55, the application for recognition of the judgment together with the prescribed date of the trial is served on the defendant. Any failure by the applicant to perform the intended service results in the rejection of the request for recognition of the granting of enforceability, as the defendant denies the right of defense<sup>171</sup>. The same precondition applies to cases of voluntary jurisdiction (*ihlafsiz kaza kararları*), but not to those in which there was no other party (*hasımsız ihlafsız kaza kararları*), so that there is no question of service to the defendant<sup>172</sup>.

It is worth noting, however, that under the Hague Convention on Civil Procedure of 1954<sup>173</sup>, a decision of another Contracting State is enforceable in respect of the costs of the proceedings without the need for the defendant to be heard, offense against the wrong interpretation of its law. This is perhaps the only case of Turkish exequatur to declare a foreign decision enforceable without summoning the plaintiff<sup>174</sup>.

Cases relating to the recognition and enforcement of foreign judgments are subject, in accordance with art. 55 par. 1, to a special procedure where the so called “simplified procedural

---

170 HGK 21.6.2000, in *Yeni Hukuk içtihat Dergisi*, 2000, pp. 1510ss, but left open the possibility of considering the opposition to Turkish public order if, although the defendant put forward the relevant arguments and objections to the highest Court of the foreign state to which he could have recourse under foreign procedural law, Turkish law was nevertheless applied incorrectly.

171 Y. 2. HD 08.04.2008 E.4203/K.4879 R.G. 07.05.08-26869

172 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 630. Unfounded affairs appear for the first time in the new Turkish Code of Private International and Procedural Law, as in the previous 1982 code there was no mention of this, which has the effect of questioning the possibility of recognizing and enforcing such judgments and of issuing negative judgments.

173 “Convention de La Haye relative à la procédure civile” (1954), which has been ratified by the Turkish National Assembly and entered into force on July 11, 1973 as well as by other 39 States, but not Greece and other European States.

174 Ö. GÜNSEL, *Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlikin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.06.2001 Tarihi Kararı*, in *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000, pp. 767ss.

rules” (basit yargılama usulü hükümleri)<sup>175</sup> are applied. The inclusion of these cases in this process was preferred by the legislator<sup>176</sup> for two main reasons: a) the desire not to delay the completion of recognition and enforcement; and b) the choice of carrying out the whole process in writing and with facts and figures they are notified from the outset to the other party as all the facts are known and by definition the evidence is documents<sup>177</sup>.

The objections to the enforcement or recognition of the defendant are referred to in the second paragraph of art. 55. The defendant is therefore entitled to plead before the Court either that one of the conditions laid down in paragraphs 50 to 55 of Turkish Code of Private International and Procedural Law is not fulfilled or that all or part of the operative part of the decision has already been executed in Turkey or anywhere else (eg in the country where the decision was made). These reasons are restrictive and not indicative and therefore, as we have seen above, are not legitimate the defendant’s objection concerning the legal or substantive correctness of the foreign decision.

Under art. 56, the Court accepts totally (tamamen) or some (kısmen) the application for a declaration of enforceability or rejects the request in its entirety. The decision issued subsequent to the test of the foreign decision, bearing at the end the stamp and the signature of the issuing judge<sup>178</sup>.

---

175 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 509ss, Akıncı/Gökyayla, 57, Eyüp Asl. H.M. E.766/K.6 in N. EK, *Kanunlar Hıtlafı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna Pratik Çalı ma Kitabı*, Beta, op. cit., pp. 86ss.

176 See also articles 316-322 of the new Turkish Code of Civil Procedure (HMK), which entered into force on 12.1.2011 and replaced the previous (old) Turkish Code of Civil Procedure of 1926, which governed this special procedure in articles 507-511. The main differences identified in this “simplified procedure” are: a) the extension of the time limit which the defendant may require for his first reply to the application and the exclusion of the rejoinder or the second response of the applicant and the defendant respectively, b) the mandatory reporting of all the facts and evidence relied on or will be provided by the applicant subsequently, without being able to be invoked or referred for the first time in the trial, while it is forbidden any change or extension of the claimant’s and defendant’s claims after the applicant’s filing of the application and the first reply of the defendant respectively, c) the possibility for the Court to take a decision without the parties being summoned to the proceedings and only with the information contained in the file, while d) a particular feature of this procedure is the possibility of initiating the decision without explanation in the form of a report in the reasoned judgment of the Court is also published at the latest within one month of the publication of the minutes. For more information, see B. KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Seçkin Yayıncılık, 6.baskı, op. cit., pp. 576ss.

177 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 632ss.

178 A. ÇELİKEL, B.B. ERDEM, *Private International Law*, op. cit.

The exequatur decision shall have the force of *res judicata*, such as any decision by a Turkish Court, after the deadline for review has been set aside or if an appeal is made after it has been rejected<sup>179</sup>. This means that no new legal remedy may be ruled in the Turkish Courts, if this is the case, the defendant may propose an objection to the existence of a *res judicata*<sup>180</sup> (*kesin hüküm itirazı*) which may be raised at each stage of the trial<sup>181</sup>.

The execution of the decision is made in accordance with art. 57 par. 1 as any other decision of the Turkish Courts, in accordance with the provisions of the Code of Conduct and Bankruptcy (*cra ve flas Kanunu*)<sup>182</sup>. However, it is not possible to execute those judgments which do not comply with the provisions of art. 297 of the new Code (art. 389 of the old Turkish Code of Civil Procedure) requiring that the operative part of a decision be clear without giving rise to any doubt or uncertainty (*açık, üphe ve tereddüt uyandırmayacak ekilde*)<sup>183</sup>.

Also, the decisions on recognition and enforcement issued by the Turkish Courts can be appealed in accordance with the grounds for appeals set aside by the new Turkish Code of Civil Procedure, while it is explicitly stated that the appeal will suspend their execution. It is interpretive that these decision are also appealed by a re-enactment if there is any reason for renunciation<sup>184</sup>.

---

179 A. ÇEL KEL, B.B. ERDEM, *Private International Law*, op. cit.

180 Y. 14. HD 30.01.1978, E.4822/K.546, in *Yasa Hukuk Dergisi*, 1978, pp. 473ss.

181 Y. HGK 20.01.1988 E.517/K.37, in *Yasa Hukuk Dergisi*, 1988, pp. 1629ss.

182 Law 2004 ratified by the Turkish National Assembly on 9.6.1932. For more information on Turkish law enforcement, see: B. KURU, R. ARSLAN, E. YILMAZ, *cra ve flas Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeli i, Yetkin Yayınevi Ankara 2008*, and the extensive recent amendments to this code, T. UYAR, G. UYAR, 6352 Sayılı, 2.7.2012 Tarihli Kanun ve 6103 Sayılı, 14.1.2011 Tarihli Kanun ile *cra ve flas Kanunu'nda Yapılan De i likler ve Yenilikler*, in *istanbul Barosu Dergisi*, 2005, pp. 33ss.

183 In that paragraph, it is possible to present obstacles to the enforcement of those decisions which, without specifying the amount to be paid, simply refer to "payment of legal interest on late payment" or "legal value added tax" without being easily identifiable by based on the decision, see in this: E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 502 with references to case law.

184 A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 634ss.

## 14. REQUEST FOR THE RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS

A part from the request for execution of a foreign decision within Turkey, a request can only be made for the recognition of a decision. This is the case either when the applicant has no voting rights (*eda hükümleri*) or when the applicant wishes for his/her own purposes only the recognition and not his/her execution<sup>185</sup> or, finally, when the condition a) of art. 54 required for the execution but not for recognition.

Recognition of the foreign decision may be made either by way of interruption in an action already brought before the Turkish Courts or by a separate application specifically requesting its recognition. These two possibilities are expressly referred to in art. 58 of Turkish Code of Private International and Procedural Law, which reads as follows: 1. In order for a foreign judgment to be admissible as a complete proof (*kesin delil*) or as a *res judicata* (*kesin hüküm*), the Court must investigate if the conditions for the execution of foreign judgments are met. The first paragraph a) of art. 54 shall not apply to recognition. 2. Voluntary cases are subject to the same provisions. 3. The same procedure applies to any administrative action in Turkey based on a foreign judgment.

Thus, as regards the conditions for recognition of foreign judgments, art. 58 par. 1 refers to the general provisions of articles 50 to 54 which must be fulfilled for their enforcement, with the exception of the case referred to in a) art. 54 which is not applicable<sup>186</sup>. It is not necessary, therefore, to establish the principle of reciprocity in order to (only) recognize in Turkey a judgment of a foreign Court. This exception has been perceived by Turkish theory as corresponding to the provision of paragraph 5 of the

---

185 In this case, however, it is argued that the legitimate interest of the applicant for recognition should be investigated, see, A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 636, footnote 146. See also Y. 13.HD 30.06.1983 in *Yasa Hukuk Dergisi*, 1990, pp. 1029 in which it was held that the application for recognition of a foreign decision concerning a debt claim was properly rejected since the applicant had no legal interest in recognizing it but instead had to demand her declaration as an executor. In Contrast: *stanbul Asl. H.M. 03.05.1997 E.1278/K.374* in N. EK I, *Kanunlar Htılafı*, op. cit., pp. 95ss, in which it was held that the applicant for recognition of a foreign judgment has a legitimate interest in seeking only its recognition as the claimant's claim is not the recovery of the claim but also the recognition by Turkey of a final judgment so that the other party can not raise future action on the same subject matter in the Turkish Courts.

186 M. MEK, *Aile Mahkemele-rinin Görevine Giren Davalar Ve Yargılama Usulü*, op. cit.,

German ZPO<sup>187</sup>, which states that while reciprocity is a prerequisite for the recognition of a foreign decision, its absence is not an obstacle to the recognition of those provisions which do not refer to asset related claims<sup>188</sup>. This view has been criticized by some theorists in the thought that it allows the recognition of foreign judgments without guaranteeing the corresponding recognition of Turkish in these states.

Regarding the procedural aspect, as mentioned before, recognition can be done either incidentally or independently. In the first case referred to in the first paragraph of art. 58, a foreign decision may be sought in an existing trial before a Turkish Court by a party in order to be used either as a matter of *res judicata* for the subject matter of the dispute or on a question referred for a preliminary ruling by which depends on the outcome of the dispute<sup>189</sup>, or, in the absence of an identical subject matter and of the parties to the dispute<sup>190</sup>, as proof that it produces full evidence of its content. In any case, since there is no need to have an identity between the claim in the Turkish Court and the operative part of the foreign judgment, of the foreign divorce decision, is not prevented from examining the same other claims of the plaintiff which have not been judged abroad, such as the claim of the non liable spouse for compensation for pecuniary damage or non pecuniary damage resulting from the division of marriage<sup>191</sup>

---

187 German Code of International Private and Procedural Law. See, H.C. AKSOY, *Impossibility in modern private law. A comparative study of German, Swiss and Turkish laws and the unification instruments of private law*, ed. Springer, 2014.

188 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 502ss.

189 A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 639ss. States, inter alia, the following examples: a) German A submits a Turkish claim Courts against the Turkish citizen B, claiming compensation of E. 20,000. B puts forward a *res judicata* (*kesin hokum itirazı*) seeking the recognition of a German Court ruling on the same subject matter and the same parties, which dismissed an action for damages for A for the same cause. If the Court finds that the conditions for recognition of the judgment are satisfied, it will reject the claim brought before him by A. b) A is filed against the B claim for fulfillment of a liability. B puts forward a set off of a similar claim against A. A in turn asks for recognition of a foreign decision that has recognized the non existence of the claim relied on by B. In this case the Court must again dismiss the lawsuit; c) The brother of the deceased B carries out as her heir the clerical suit against C, who has the same inheritance right as B's married spouse. However, A requests the recognition of a foreign divorce decree before B's death, and hence claims that C has no inheritance right. The Court, if the conditions for recognition are met, will reject the claim of the same inheritance right of C.

190 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 502ss.

191 . 2. D.25.12.2007 E.21926/K.17735 (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Similarly, the Tribunal for the recognition of a foreign divorce may itself consider issues of maintenance or custody of children of there are

(art. 174 of Turkish Civil Code). It has also been ruled that it is possible to convert (ıslah) divorce proceedings<sup>192</sup> which has been brought before the Turkish Courts in a claim for recognition of a foreign divorce decree when there is a final foreign divorce judgment between the same parties<sup>193</sup>.

In any case, it has been judged by jurisprudence that a foreign decision can be freely assessed as evidence in a trial in the Turkish Courts and assessed together with the other means of evidence for the formation of the judge's judgment even if not explicitly requested by a party its recognition<sup>194</sup>.

The second case is that of the recognition of a trial specifically raised for that purpose by the person concerned, when required, as is typically stated in art. 58 par. 3, "to carry out any administrative action in Turkey" (Türkiye'de idarî bir i lemin yapılmasında). In this case, it is clearly a matter of identifying treatment (tesbit davası)<sup>195</sup>. The provision of art. 62 par. 3 concerns in particular family law decisions such as divorce, adoption, paternity recognition which, although not amenable to enforcement, must be recognized by the Turkish authorities in order to be registered in the registry. It is also characteristic that the Turkish "Registry Service Act" for the registration of changes resulting from foreign Court rulings requires a decision to recognize them from the Turkish Courts. This law was apparently taken into account by the legislator by referring to "administrative actions", thus defining the procedure for the required recognition of the foreign decision<sup>196</sup>.

With regard to the issue of recognition in particular, two questions have been raised in theory and case law: a) whether the procedural provisions laid down for enforceability cases and

---

no relevant provisions in the foreign decision or if they can not be enforced in Turkey, see in particular: Z. AKICI, G.D. GÖYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık*, op. cit., pp. 59-60

<sup>192</sup> C. ANLI, E. ESEN, . ATAMAN-FİGANME E, *Milletlerarası Özel Hukuk*, op. cit.

<sup>193</sup> Y. 2. HD 05.06.1998 E.5745/K.7116

<sup>194</sup> Y. GK 24.10.2001 E: 13-1003, K: 763 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

<sup>195</sup> A. SAKMAR, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, op. cit., pp. 80.

<sup>196</sup> P.B. BURCU YUKSEL, *Turkish and EU private international law. A comparison*, ed. On İki Levha Yayıncılık, 2014.

in particular those for service to the opposite party are applied proportionally; and b) whether the effects of recognition came retroactively from the final judgment of the foreign decision or from the date of recognition by the Turkish Court.

Concerning the first question, it was argued that since there is no explicit reference to art. 58, it is not necessary to summon the opposing party in cases where recognition is sought by a separate document and therefore the judge makes the decision only by studying the file without discussion. However, the majority of the theory, as well as the case law, accept that it is necessary to summon the other party, arguing that otherwise it is not possible to raise the defendant's objection to the foreign Court, which, as we have seen, is a prerequisite for the enforcement (and therefore recognition) of a foreign decision under art. 54 par. (ç), but it is not investigated on its own initiative but only upon objection!<sup>197</sup> It was therefore reasonably believed in many cases that the adoption of the recognition decision without the summoning of the adversary contravenes the law which clearly protects the defendant's right of defense<sup>198</sup>.

As regards the question of the beginning of the recognition of foreign judgments, it was argued that, by their nature, as "rule making" (in ai yenilik do urucu kararlar), they also produce legal effects in Turkey, not from the day of its adoption recognition decision but by the final judgment of the recognized foreign judgment<sup>199</sup>. There has been a debate on this issue for many years, but this has been definitively resolved by art. 59 of the Turkish Code of Private International and Procedural Law, which now explicitly states that "(...) the res judicata or the full probative force of a foreign judgment shall be governed by the final judgment of the foreign decision (...) "<sup>200</sup>.

197 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 640-641

198 . 2. HD 16.05.2002, E. 2458/K.2905 and . 2. HD 07.10.2002, E. 10804/K. 11537 (Kazancı Hukuk Otomasyonu) in which the decision to recognize a foreign divorce decision (Turkish) was issued without the summoning of the other divorced spouse.

199 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 504ss.

200 See, Ö. GÜNSEL, *Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlikin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.06.2001 Tarihi Kararı*, in *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000, pp. 768ss, with references to jurisprudence that has often been unclear about this issue.

Lastly, in relation to the recognition of decisions of voluntary jurisdiction, art. 58 par. 2 reiterates that the same provisions apply to their recognition. It is, however, worth mentioning the case of these decisions, which have a formal resolutive but not essential, such as, for example, the decision to issue a certificate (mirasçılık belgesi), which is externally in the form of a judicial decision and therefore ends after the prescribed period has expired, but has no effective judicial resonance in the sense that the content of the certificate can be modified at any time subsequent decision<sup>201</sup>. In such cases, the Turkish Courts have refused to recognize these judgments because of the absence of the element of the substantive *res judicata* of the decision<sup>202</sup>, but the foreign decision can not be excluded as evidence of the person concerned for the request for the issue of a certificate by the competent Turkish Court<sup>203</sup>.

## 15.SPECIAL PROCEDURES FOR THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENT IN MULTILATERAL INTERNATIONAL CONVENTIONS

Except of articles 50 to 59 of Turkish Code of Private International and Procedural Law, the recognition and enforcement of judgments relating to certain matters, in particular family law, are governed by more specific international treaties, of which Turkey is a contracting party. These provisions override the common law, under art. 90 of Turkish Constitution, as amended in 2004, and of course only concerns decisions taken by a State party to the Convention.

In the Hague Convention on “the Protection of Children and Cooperation in Transnational Adoption” of 1993<sup>204</sup>, art. 24 states that after the completion of the procedure between the Central Authorities provided for in the Convention, the com-

---

201 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 642ss.

202 .2. D 10.02.1986, E. 86/K. 802- .2. D 11.06.1990, E. 12861/K. 5906- . HGK 28.12.1994, E. 2-625/K. 905 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

203 A. SAKMAR, *Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları*, op. cit., pp. 50ss.

204 “Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale” which has been ratified by the Turkish National Assembly and came into force on 1.9.2004, and was recently ratified by Greece under law 3765/2009.

petent authorities of a Contracting State “refuse to recognize an adoption if it is manifestly contrary to public order, taking into account the interest of the child”<sup>205</sup>. Therefore, the refusal to recognize a transnational adoption by a Contracting State is not sufficient to prevent the adoption of a manifest public opposition in its national public order, provided that it is in the interest of the adopted child.

In the Hague Convention on “Recognition and Enforcement of Decisions on Maintenance Obligations” of 1973<sup>206</sup>, art. 4 and 5 lay down the more specific conditions for the recognition and enforcement of such judgments given by Courts of the Contracting Parties. Among these is the second paragraph of art. 4, which states that: “(...) interim enforceable judgments and interim measures, even if they are subject to regular legal remedies, are recognized or declared enforceable in the State of enforcement if such decisions are issued and enforced to this”. These are few cases in which enforcement of provisional enforcement order or precautionary measures of foreign Courts are accepted<sup>207</sup>.

Special provisions also include art. 1 of the 1967 Luxembourg Convention on “the Recognition of Marriage Related Matrimonial Matters”<sup>208</sup>, which provides as conditions for the recognition of judgments relating to marital affairs: a) not to be the foreign judgment contrary to another final judgment given or recognized in that State; b) the parties have had an opportunity to appear in the case; and c) the decision is not manifestly contrary to the public order of the host State. Art. 2 refers to the so-called

---

205 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 504ss.

206 “Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires” which was ratified by the Turkish National Assembly and came into force on 1.11.1983 and has been ratified by Greece with Law 3171/2003. It should also be noted that both Greece and Turkey have expressed a reservation on the recognition of decisions and compromises in food affairs between relatives in a line of law and between relatives of marriage, while Turkey has also expressed a reservation regarding the recognition of decision and compromises that do not provide for periodic maintenance payments.

207 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 505ss.

208 “Convention de Luxembourg du 8 septembre 1967 sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal”. This Convention was signed in 1990 by seven States, including Greece, but only three of them, namely Germany (with effect from 10.12.1977), the Netherlands (with effect from 30.7.1981) and Turkey (which entered into force on 14.7.1975), therefore applies only to cases of recognition and enforcement between them which fall within the scope of the Treaty (see, E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 506). As already mentioned, Greece has not yet ratified it.

“exorbitant jurisdiction” of the Court of First Instance, which, according to that article, does not constitute a legitimate reason for rejecting a request for recognition of a foreign judgment, unless both parties have the nationality of State recognition.

Finally, in relation to the 1980 Luxembourg Convention on “Recognition and Enforcement of Custody Decisions”<sup>209</sup>, art. 10 par. 1 of the Convention identifies certain arrangements different from ordinary law. In particular, it is stipulated that if, owing to a change in the circumstances (not including a mere change in the child’s residence due to an illegal movement), the effects of the original decision are no longer in conformity with the child’s interest, then recognition and enforcement of this judgment may be refuted by a Contracting State (sub par. b). In addition, this right is granted to the Contracting States when either the child has the nationality of the requested State or has been habitually resident in that State, while no such link existed with the issuing State, either the child had at the same time the nationality of the issuing State and the requested State and his habitual residence in the requested State (sub par. c). We see, therefore, that in these cases the Convention places particular emphasis on the nationality or habitual residence of the child, thus building a “firewall” on the jurisdiction of the competent Courts.

## 16. LEGAL FRAMEWORK FOR RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRATION DECISIONS

In addition to the recognition and enforcement of foreign judgments, the second part of Turkish Code of Private International and Procedural Law and in particular articles 60 to 63, refers to the recognition and enforcement of foreign arbitration judgments (*yabancı hakem kararları*). The reference to specific articles of the Law in arbitration judgments reveals the importance that the legislator has given to the need to apply foreign arbitration decisions.

---

209 “Convention européenne sur la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants” which was ratified by the Turkish National Assembly and came into force on 2.11.1999, and Greece had already ratified it by Law 2104/1992.

The importance of the recognition of foreign arbitration judgments has also been shown by the fact that they were recognized and applied in Turkey even before 1982, although art. 532 of the old Turkish Code of Civil Procedure did not mention anything about them<sup>210</sup>. It is even mentioned in the bibliography that between 1927 and 1949 the case law accepted the application of arbitration judgments which related to all the disputes from a contract as a performance of contractual obligations of the parties and after 1949 and until 1982 the case law of the Turkish Court of Cassation applied to them proportionate provisions on the recognition and enforcement of foreign judgments<sup>211</sup>.

However, apart from Turkish Code of Private International and Procedural Law provision, there are many other relevant legislation in Turkish law on recognition and enforcement of foreign arbitration judgments. Of course, the 1958 International Convention "on the recognition and enforcement of foreign arbitral judgments"<sup>212</sup> is in dominant position<sup>213</sup>, while Turkey has also signed and ratified other multilateral conventions such as the 1965 International Convention on Settlement of Investment Disputes-"ICSID", the 1988 Multinational Investment Agency Agreement-"MIGA", while there is also a series of bilateral conventions which establish arbitration for differences between foreign investors and the Turkish State<sup>214</sup>.

---

210 A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, Beta Kitabevi, op. cit., pp. 652ss.

211 As regards the provisions governing the arbitration procedure in Turkey, the provisions of 407 to 444 of the new Turkish Code of Civil Procedure apply in principle, and arbitration's with a foreign element (also referred to by the term "international arbitration's"), the most important piece of legislation is Law n. 4686/2001 on International Arbitration (Milletlerarası Tahkim Kanunu), which entered into force on 05.07.2001 and which was mainly based on the standard UNCITRAL law on International Commercial Arbitration and the 1987 Swiss private international law, and there is, of course, a significant number of multilateral or bilateral conventions on arbitration issues, most notably the European Convention on International Commercial Arbitration's of 1961. See in argument: N. EK, General Evaluation of the Turkish International Arbitration Act, in *International Arbitration Law Review*, 2005, pp. 88ss.

212 Which has been ratified by the Turkish National Assembly and entered into force on 30.9.1992 and has already been ratified by Greece under L.D 4220/1961.

213 Turkey is a party to the 1961 European Convention on International Commercial Arbitration ("Geneva Convention") and the 1958 New York Convention, which was ratified on 2 July 1992 and entered into force on 30 September 1992. Turkey also ratified many bilateral and multilateral treaties and conventions, such as the Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ("ICSID Convention"), which entered into force in 1989 and the Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects (PEPEREA), which was published in the Official Gazette in year 2000.

214 Z. AKINCI, *Arbitration law of Turkey practice and procedure*, Juris Publishing, 2011.

It should therefore be noted in principle that, in cases where a bilateral or multilateral agreement ratified by Turkey is in force, then the provisions of the applicable Convention will apply (art. 1 par. 2 of Turkish Code of Private International and Procedural Law). As regards the 1958 International Convention on New York, it should be noted that it concerns only arbitration judgments originating in Contracting States which deal with disputes of commercial law.

Although the text of the Convention in principle did not limit its scope to certain categories of disputes, it allowed the contracting States to declare that the Convention would apply only to legal, contractual or non contractual disputes, which are considered by their law commercial (art. 1 par. 3), a statement made by Turkey<sup>215</sup>, as is the case with the largest number of Contracting States. Therefore, for any arbitration on a trade dispute arising from a State party to the New York Convention, the provisions of the Treaty shall apply.

For the international Conventions referred to above, there will be no particular reason in this study, as there is extensive literature, focusing on the present research on the study of the provisions of articles 60 to 63 of Turkish Code of Private International and Procedural Law with a comparative reference to corresponding provisions of the Conventions and references to case law. Articles 60 to 62 refer to the procedure for the enforcement of foreign arbitration judgments, and article 63 refers in turn to the provisions of those articles, stating hereafter that “the recognition of foreign arbitration judgments is subject to the provisions on their execution”<sup>216</sup>.

## 17. THE “ALIENITY” OF THE ARBITRATION JUDGMENT

A key element and starting point for recourse to Turkish Code of Private International and Procedural Law art. 60 et seq.

---

215 C. ANLI, Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, in *İlletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1997-1998, pp. 479ss.

216 C. ANLI, Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, *op. cit.*, pp. 478ss.

is the determination of the foreign element in an arbitration judgment since only then is the process of recognition and enforcement in Turkey necessary. Therefore, the first question to be answered is: how will we determine whether an arbitration decision is domestic or foreign and whether the answer is the second then how will its “nationality” be determined? Unlike art. 1 of the New York Convention<sup>217</sup>, Turkish Code of Private International and Procedural Law does not contain a provision specifying which arbitration decision is foreign. Thus the relevant judgment is left to the judge to declare its execution.

As to whether the arbitration judgment is domestic or foreign, the following criteria have been formulated in theory and case law<sup>218</sup>: a) the nationality of the parties; b) the place of arbitration (principle of territoriality); c) the nationality of the procedural rules applied to arbitration and d) the combination of the principle of territoriality and the nationality of the procedural rules applied.

The first historic decision of the Plenum of the Turkish Court of Cassation<sup>219</sup> in 1951 defined foreign arbitration judgments as those which were “enacted in a foreign legal order” (yabancı bir kanun otoritesi altında verilmi ), thus rejecting the criterion of the nationality of the judge or the place this was issued. According to that judgment, an arbitration judgment carries the nationality of the legal order in which the arbitration proceedings were conducted<sup>220</sup>.

However, in 1976, the 5<sup>th</sup> Political Section of the Turkish Court of Cassation, considered the alienity of an arbitration decision solely on the basis of the place where the arbitration hearing and the issue of the contested decision took place<sup>221</sup>. Indeed, a

---

217 Which states that the Convention applies to the recognition and enforcement of arbitration judgments issued in the territory of another Contracting State.

218 As for the general theoretical considerations see: E. NÖMER, N. EK , G. GELGEL, *Milletlerarasın Tahkim*, op. cit., pp. 120-125.

219 Y. HGK 07.11.1951, in *Tatbikatta Yargıtay Kararları*, 1952, pp. 890 as well as a subsequent decision which broadly uses the same reasoning: Y. 11. HD 28.12.1978, Kuru VI, 6158

220 A. ÇELİKEL, E. NÖMER, E. ESEN, *Devletler Hususi Hukuku (Çözümlemni Örnek Olaylar - Seçilmi Mahkeme Kararları)*, op. cit., pp. 654ss.

221 Y. 5. HD 10.03.1976, E. 1617/K. 1052, in *İmi Ve Kazai Çtihtatlar Dergisi*, 1977, pp. 5671.

few years later, in 1985, the Turkish Invalide Service gave an answer to this question, using at the same time both the criterion of procedural law and of territoriality<sup>222</sup>.

Today, following the introduction of Turkish Code of Private International and Procedural Law, the criterion prevailing in the case law is the nationality of the procedural rules applied to arbitration. It has also been argued by the theory that this was also the will of the legislator, who mentions the procedural rules of arbitration in several points<sup>223</sup> (cases e, f and h) of art. 63 of Turkish Code of Private International and Procedural Law for the execution of foreign arbitration judgments. It is therefore crucial that the process be applied whether it is chosen by the parties or is left to the discretion of the arbitrator<sup>224</sup>. If, therefore, the arbitration is conducted in accordance with Turkish law, then the decision will be classified as Turkish, or if the procedure applied is not that provided for by the Turkish law, it will be considered as a foreign.

## 18. TERMINATION AND CAPACITY TO EXECUTE THE DECISION

According to art. 60 par. 1 of Turkish Code of Private International and Procedural Law: “Foreign arbitration judgments which are either final and enforceable or binding on the parties may be executed”. The second paragraph of the same article states that “(...) the execution of foreign arbitral judgments is requested by an application to the Court of First Instance of the place agreed by the parties in writing. In the absence of such an agreement between the parties, the Court of the place of residence in Turkey shall be responsible for the decision, if not the place where he has his habitual residence, and, failing that, the place where the asset is situated be the subject of enforcement (...)”.

---

222 Y. 11. HD 19.12.1985 E.7355/K.7099, which was considered to be Turkish the arbitration judgment as the choice of the arbitrator and the secretary was made by the Chamber of Commerce of Paris, however, the old Turkish Code of Civil Procedure (HUMK) procedures have been implemented while the decision was issued on Turkish soil, facts which both refer to the judgment as Turkish. See: E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 298ss.

223 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 521ss.

224 A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, op. cit., pp. 655ss.

According to the first paragraph of art. 60, the basic requirement is that the foreign arbitration judgment must be final (kesinlesmi ) and enforceable (icra kabiliyeti kazanmı ) or, alternatively, be binding on the parties (tarafklar için ba layıcı). In principle, it is investigated if this decision is judged to be final under the procedural rules followed in arbitration and if it is enforceable under the same procedural law, in other words whether that decision can be enforced in the State of origin<sup>225</sup>.

From this wording of the law, we find that if foreign arbitration law requires the Court to ratify the arbitration decision in order to obtain enforceability or final judgment, such ratification must in any case be preceded. It can not therefore be filed directly with the Turkish Court to be declared enforceable in Turkey without first being declared enforceable in the State of origin. Thus, the double exequatur phenomenon is spoken, but this can not be avoided since the law explicitly requires the decision to have already been enforceable under the law of the State of origin<sup>226</sup>.

However, if, for some reason, the judgment has not become final or enforceable, the law goes a step further by stipulating that it is sufficient to implement the decision in Turkey, and only the parties agree that it will bind them<sup>227</sup>. This condition, which was set apart from the first, was introduced for the first time with the new Turkish Code of Private International and Procedural Law in the attempt of the legislator to facilitate the recognition of foreign arbitration decision, in particular to overcome the obstacle of double recognition for which it has just there was talk. It is worth noting that Turkish Code of Private International and Procedural Law does not refer to the term of reciprocity as re-

---

225 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 522ss. However, attention should be paid to the definition of the country of origin of the decision, which, as we have seen above, is not necessarily the country where the arbitral Tribunal met.

226 A. ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, op. cit., pp. 667ss. This finding is fully in line with the law on the recognition and enforcement of judgments in which, as we have seen, the recognition and enforcement of a foreign judgment which ratifies an enforceable third party judgment is not permissible.

227 Which alone is sufficient for the execution of the foreign arbitration judgment in Turkey even if it has not become final and enforceable. In this respect see Y. HGK 09.06.1999 E.467/K.489, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 2000, pp. 185 with reference to the corresponding New York Convention of 1958.

gards foreign arbitration. On the contrary, art. 44 of the abrogated Turkish Code of Private International and Procedural Law of 1982 stipulated that the judge must determine whether there is a bilateral agreement on the mutual recognition and enforcement of arbitration judgments, or whether there is legal or de facto reciprocity with the State of origin of the arbitration judgment. This condition was correctly omitted in the new Code as the concept of reciprocity is inconsistent with the institution of arbitration<sup>228</sup>.

The Court of First Instance is also a competent Court for the declaration of enforceability of the arbitration judgment. With regard to local jurisdiction, the parties are in principle given the option of choosing the city to which the Court will be seized. If there is no such agreement, the choice of the local Court is the choice of the arbitrator, as provided for in hierarchical order: the place of his domicile or habitual residence, and in the absence thereof the place where his property is located for which enforceability may be sought<sup>229</sup>.

## 19. (FOLLOWS) CONTENT OF THE APPLICATION AND PROCEDURE

In line with articles 52 and 53, the content of the application to the Court of First Instance to execute the foreign arbitration judgment is defined in article 61<sup>230</sup>. The application is therefore filed together with as many copies as the number of defendants of the application<sup>231</sup> together with a) the original or a certified copy of the arbitration agreement or of the document containing the arbitration clause; b) the original or a certified copy of the decision; c) a translation and certified true copies thereof under a) and b) documents. For the rest, the provisions of articles 55 (on

<sup>228</sup> A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, op. cit., pp. 669ss.

<sup>229</sup> A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, op. cit., pp. 667ss.

<sup>230</sup> Which distinction would become relevant in some cases where the party is not always identified with the defendant, such as, for example, in a decision against a joint venture, the *res judicata* of which extends also to the partnership members.

<sup>231</sup> In so far as the recognition and enforcement of arbitration judgments are subject to the special procedure for simplified procedural rules (*basit yargılama usulü hükümleri*), Turkish Code of Private International and Procedural Law: articles 61 and 55 par. 1 must all be regarded as inadmissible by the applicant together with the submission of the application to the Court of First Instance, A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, op. cit., pp. 668ss.

performance and procedural proceedings), 56 (on the adoption of the decision) and 57 (on how to enforce and revoke the decision) apply *mutatis mutandis*. If, as we will see below, one of the grounds for refusal of the application for a declaration of enforceability referred to in article 62 is not met, the Court will issue a judgment which is enforced within the country and is subject to legal remedies like any other decision of Turkish Court.

## 20.(FOLLOWS) POSSIBLE COMPLAINTS

As with the recognition and enforcement of foreign judgments, the Turkish Court of recognition or enforceability, respectively, does not have the right to investigate the substance of the judgment<sup>232</sup>. On the other hand, the only specific reasons why the competent Court of first instance can reject the request are limited to article 62 par. 1 of Turkish Code of Private International and Procedural Law. The first three of them are dealt with by the Court of its own motion, for the other six the burden of proof is borne by the applicant (par. 2).

The nine reasons for refusal referred to in article 62 are the following:

1)if an arbitration agreement has not been established or an arbitration clause has not been entered into the main contract. This provision refers to the self-evident condition of the existence of either a special arbitration agreement, ie a written agreement whereby the parties agree to make one or more disputes between each other at the discretion of an arbitral Tribunal or a clause in a contract which defines a way of resolving of the dispute to an arbitral Tribunal. This plea is an expression of the provision of article 37 of the Turkish Constitution, according to which no one is unwittingly denied access to the natural judge<sup>233</sup>. This provision includes not only the absence of an arbitration agreement from the outset but also the cases where the contract was concluded, but this is invalid and therefore does not have any legal consequences.

---

232 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 524ss.

233 Concerning article 71 of the Turkish Constitution, see: A. YÜRÜK, *Tülin-Anayasa Hukuku*, Anadolu Universitesi, 2003, pp. 71ss.

Such a case is e.g. The conclusion of a contract for arbitration by a person who is not provided with the power of attorney, and it is assumed that in the absence of a valid declaration of will (explicit or implied) for the approval of the contract, it does not bind the principal and the dealer also<sup>234</sup>. Another issue that has been raised repeatedly with regard to the validity of the arbitration agreement is the language that has been formulated, whether it is a void the relative contract drawn up in the Turkish language. The answer to the case law was that because of the specificity of the arbitration agreement, the language in which it was drafted has no bearing on its validity, even if the place where it was drawn was Turkey<sup>235</sup>;

2) whether the arbitration judgment is contrary to public order or morality. As we have seen with the execution of foreign judgments, the basic condition for the issue of the relevant Court decision by the Turkish Court of First Instance is the enforcement of the decision in Turkey not to contradict the Turkish public order. This condition also applies to the execution of foreign arbitration decision, while to public order (kamu düzeni) morality is added (genel ahlak), while it is worth noting that article 62 does not refer to “obvious opposition” to public order. The fact that this article does not explicitly mention “obvious” (açıkça) opposition to public order should rather be attributed to the inadvertent omission of the legislator which is probably due to the fact that the provisions of the New York Convention have been transposed into the law. In our opinion, therefore, in the case of arbitration decisions, it would also be necessary to support the element of obvious contradiction in public order. Any other interpretation that would give the judge the discretion to dismiss requests for enforcement simply because of a simple opposition to public order would be excessive and under no circumstances would a rigorous treatment of arbitrators be

---

234 Plenary Civil Divisions of Cassation Court (Y. HGK) 11.10.2000 E.1122/K.1256, in İmî ve Kazai Çıtihtatlar Dergisi, 2009, pp. 1079 with remarks E. ESEN, Hakem Kararının Tenfizî veya İptali Davalarında Tahkim Anla masının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldı mı tır azı ve Konuya İlişkin 11.10. 2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Arma an, in İletmelerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2003, pp. 404ss. As well as . 19. HD 11.03.2004 .2654/ .2603 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

235 See, . 11. HD 07.10.1986, in Yargıtay Kararları Dergisi, 1987, pp. 66 in particular, because of its specificity as a “procedural contract” (usul kukuku sözleşmesi), the arbitration agreement does not fall within the scope of the Law on the Compulsory Use of the Turkish Language in Commercial Enterprises of 1926.

justified in relation to foreign judgments<sup>236</sup>. In the paragraph for foreign Court judgments, reference has been made to exemplary cases which have been found to be contrary to the Turkish public order. However, there are also special cases in relation to arbitration which have been considered to be in opposition to Turkish public order and which are worth mentioning. Thus, foreign arbitration decisions issued under an arbitration clause or arbitration agreement drawn up by both parties on account of the exploitation of their economic superiority towards the other party have been judged to be contrary to public order<sup>237</sup>. Also, the term which gives the choice of arbitrators exclusively in one place is also contrary to public order. These terms of the arbitration clause or the arbitration agreement are deemed to be contrary to Turkish morality, so any such arbitration must be excluded<sup>238</sup>. It should also be noted that if the validity of the alleged arbitration agreement is governed by Turkish law, any contradiction in the contract or the arbitration clause in morality are rejected as reasons for refusal of the enforceability (case a) and b) of article 62 par. 1). This is because, in our opinion, there is also a question as to the validity of the contract or the clause, since under Turkish law contracts contrary to public order or morality are completely invalid, and if the opposition concerns part of them, then the nullity relates only to these provisions, unless it is obvious that without them the contract would not be drawn<sup>239</sup>. Very interesting is also an old historical decision<sup>240</sup> of the 1976 Turkish Court of Cassation, which considered that the order of the International Chamber of Commerce (ICC) rules of arbitration requiring the draft decision to be submitted to the International Court of Arbitration before its final adoption, is contrary to the

---

236 Constitutional Court (AYM) 02.12.2004, in Resmî Gazete 21.10.2005, 25973 which refers to devices which are at a disadvantage on one side, thus compromising the proper procedural balance (hakkaniyete uygun bir denge) between the two parties. See comments: E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 499ss.

237 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 525ss.

238 Y. 13. HD 25.04.1991, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1991, pp. 1222-1225.

239 Article 27 of the new Turkish Code of Complaints (Borçlar Kanunu) of 04.02.2011. As regards in particular the arbitration clause, it would be difficult to accept that the parties would not proceed to the conclusion of the contract without this clause, and it is therefore more appropriate, in our opinion, that the nullity be limited only to the clause and not to the main contract as a whole.

240 Y. 15. HD 10.3.1976, in *İmi Ve Kazai Çıhatlar Dergisi*, 1977, pp. 567 with a lesser opposed opinion.

Turkish public order as a violation of the principle of arbitrators' independence<sup>241</sup>. This decision divided scientific world with its supporters arguing that the possibility for the Court to propose amendments to the draft decision, inter alia, as to the applicable law of the reasoning of the decision<sup>242</sup>, is a clear violation of the arbitrator's independence<sup>243</sup>. However, its critics point to both the fact that the Court does not enter the substance of the case, expressing its observations only in legal matters<sup>244</sup>, as well as the fact that the parties are a priori aware of the Court's participation in the arbitration proceedings in accordance with the relevant rules of the ICC lay down and therefore do not doubt the independence of the arbitrators<sup>245</sup>, as this interference by the Court gives more security to the parties and works to the benefit of arbitration<sup>246</sup>;

3)if the dispute which is the subject of the arbitration judgment can not be resolved through arbitration under Turkish law. This case refers to disputes that can not by law be resolved by arbitration. It is a mandatory provision restricting the parties' freedom to make certain disputes in arbitration. Thus, according to Turkish law<sup>247</sup>, disputes concerning real rights in immovable property<sup>248</sup> and the expulsion of the lessee can not be subject to arbitration, disputes arising from the horizontal and vertical co-ownership, as a rule disputes of voluntary jurisdiction, affinity issues and divorce<sup>249</sup>, as well as disputes relating to forced execution and bankruptcy<sup>250</sup>;

<sup>241</sup> A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, op. cit., pp. 669-670.

<sup>242</sup> See article 22 of ICC Rules of Arbitration.

<sup>243</sup> S. ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, Yeniden. Gözden Geçirilmiş ve Geni letilimi 2. Baskı*, İstanbul 1971, pp. 4ss.

<sup>244</sup> E. NOMER, *Yabancı Hakem Kararlarını Bağımsızlığı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1984, pp. 26ss.

<sup>245</sup> A. ÇELIKEL, *Milletlerarası Özel Hukuku*, op. cit., pp. 676ss.

<sup>246</sup> T. KALPSÜZ, *Hakem Kararlarının Milliyeti*, in *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1978, pp. 626ss.

<sup>247</sup> See articles 408 of Turkish Code of Civil Procedure (HMK) (former 518 of old Turkish Code of Civil Procedure (HUMK)) and 1 of Turkish Code of Civil Law (MTK) as well as the relevant case law.

<sup>248</sup> 13. HD 25.04.1991, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1991, pp. 1222 which also raised a question of public order opposition.

<sup>249</sup> See Y. 2 HD, 13.04.1995 E.3612/K.4567 which reject the application for divorce issued by the City of Copenhagen on the ground that it was not a Court decision and which states in its reasoning that even if it wanted to be considered as an arbitration judgment, it can not be recognized again as the divorce may not be subject to arbitration under Turkish law. A.C. RUH, Y. KAPLAN, *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfiz Açısından Kamü Düzeni*, in *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, pp. 121ss.

<sup>250</sup> E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 528ss.

4) if one of the parties was not lawfully represented before the arbitrator and the actions taken were not expressly approved *ex post*;

5) if the party against whom enforcement is sought has not been legally informed of the choice of the arbitrator or has been deprived of the possibility of submitting allegations and defense. In such a case, the person against whom enforcement of the foreign judgment is to be served should not have been deprived of the right to participate in the trial, showing his claims and defense. The Court must therefore examine whether the defendant had been informed in good time of the arbitration and whether he had the time to prepare for it, to collect and produce evidence<sup>251</sup> and to examine the documents in the case so that he could respond to them. The law according to which the degree of violation of one party's rights of defense is judged is the one agreed to govern the arbitration procedure<sup>252</sup>. It is also worth noting that in particular the violation of the obligation to inform the other party in due time and the defendant's impediment to the submission of allegations (*savunma hakkı*) may also be regarded as constituting an opposition to the Turkish public order in case b) of article 62<sup>253</sup>;

6) if the arbitration judgment is invalid under the law chosen by the parties to govern the arbitration agreement or the arbitration clause or if there has been no agreement on this matter under the law of the State in which the decision was taken. The foreign arbitration judgment to be enforced should be not invalid (*hükümsüz*) in accordance with the applicable law specifically chosen by the parties for the contract or the arbitration clause. Where the text of the arbitration agreement or the main contract to which the clause has been issued states that the laws or the relevant provisions of the law are applicable, it has been held in the case law that this provision includes the provisions

---

251 It has been held, however, that a decision rejecting a written testimony following its assessment that it is not an admissible means of proof does not constitute a breach of the party's right to a fair hearing. Y. 19. HD 09.11.2000, E.7171/K.7602, in *Yargıtay Kararları Dergisi*, 2001, pp. 1057ss.

252 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 527

253 E. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 532

of both substantive and procedural law<sup>254</sup>. Conversely, if the contract or arbitration clause does not explicitly state the applicable law, then the validity of the judgment should be judged in accordance with the law of the place where the arbitration judgment was made;

7) if the choice of arbitrators or the arbitration rules applied by the arbitrators are contrary to the parties' agreement, in the absence of such an agreement if they are contrary to the law of the State in which the judgment was given. This condition concerns the legality of the choice of the arbitrator or the rules of arbitration that have been applied and which must have been made within the parties' agreement to bring the dispute to arbitration, in the absence of such agreement and the choice must be taken in accordance with the law of the country where the decision was made. With regard to the selection of arbitrators, it has been judged by jurisprudence that the choice of the arbitrator by one party, despite the fact that it was expressly agreed that this would be by common agreement between the parties, is valid if a reasonable period has elapsed after the invitation of one party to the other for the selection of the arbitrators and the latter did not respond<sup>255</sup>. With regard to the rules of procedure, it was right in our opinion the position of the Turkish Court of Cassation that the choice of the parties to define the law of a State as applicable, without further specifying, includes both the substantive and the procedural law of arbitration. It follows that the foreign decision which applied the arbitration rules of the State in which it was issued, despite the fact that the parties had generally opted for Turkish law, constitutes a breach of the agreement as regards the procedural rules applied and thus hinders its execution<sup>256</sup>;

---

254 See: Plenary Civil Divisions of Cassation Court (. HGK) 05.05.1993 E.235/K. 273 and Y. 15. HD 25.12.1997, E.4213/K.5603 (Kazancı Hukuk Otomasyonu), see also: E. NOMEER, *Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu in Dr. O uz mregün'e Arma an, stanbul, 1998, pp. 727ss.*

255 Plenary Civil Divisions of Cassation Court (Y. HGK) 19.03.2003 E.42/K.182 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

256 Plenary Civil Divisions of Cassation Court (Y. HGK) 05.05.1999 E.235/K.273 in N. EK , *Kanunlar htılaflı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatanda lık ve Yabancılar Hukukuna Pratik Çalı ma Kitabı, op. cit., pp. 112ss.*

8) if the arbitration judgment concerns an issue that was not included in the contract or the arbitration clause or if it exceeded the conditions specified in the contract or clause and only in that part. This case concerns decisions which the arbitral Tribunal has decided on matters which were not included in the contract or arbitration clause. Exceeding the jurisdiction to rule on the dispute provided under the Arbitration Agreement is generally a breach of the obligations under that agreement. As such, was the choice of the foreign arbitral Tribunal to apply to the dispute in addition to the agreed law and provisions of the law of a third country which, in the opinion of the Court, was appropriate in view of the dispute;

9) if the arbitration judgment has not become enforceable or binding under either the law of which it was subject or the law of the State in which it was issued or the arbitration rules applied or annulled by the competent authority of the State in which it was issued. The last case referred to in article 62 concerns the assistance of the elements of final judgment and enforceability or the binding nature of the arbitration judgment. Such information shall suffice either in accordance with the law to which it was subject or under the law of the State in which it was issued or in accordance with the arbitration rules applied. If, therefore, there is finality and enforceability or binding of the decision in accordance with one of the alternatively mentioned laws, this is sufficient to reject the defendant's plea<sup>257</sup>. For the rest, regarding the content of final judgment and enforceability apply what has already been mentioned above.

In accordance with this provision, an appeal may also be lodged as a plea, annulment or revocation of the arbitration judgment by a competent foreign body, since after its disappearance it is logical that it no longer has legal effects and therefore can not be enforced in Turkey<sup>258</sup>.

---

257 T. ANSAY, *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Antlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu, Tahkim Haftası*, op. cit., pp. 135ss.

258 E. NÖMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 529ss.

## 21. TURKISH CODE OF PRIVATE INTERNATIONAL AND PROCEDURAL LAW MAIN DIFFERENCES WITH THE NEW YORK CONVENTION

Finally, contrary to the 1958 New York Convention, Turkish Code of Private International and Procedural Law does not contain any specific provision on the law applicable to the question of the validity of the arbitration agreement or the ability of the parties to prepare it<sup>259</sup>. Thus, the applicable law in these matters will be sought in accordance with articles 9 and 24 of Turkish Code of Private International and Procedural Law on legal capacity<sup>260</sup> (ehliyet) and contractual obligations<sup>261</sup> (sözlemeden doğan borç ilişkilerinde) respectively.

Another major difference between the Convention and the Code concerns the burden of proof<sup>262</sup>. According to the Convention, if one of the conditions for execution of the foreign judgment is not fulfilled, the burden of proof in the cases referred to in article 5 par. 1 lies with the person claiming to be absent for the remainder referred in paragraph 2 of that article, the Court is seized of its own motion. On the contrary, Turkish Code of Private International and Procedural Law states, as we have seen, that the first three cases (a, b, c) of article 62 are dealt with by the Court of its own motion, for the remaining six (ç, d, e, f, g, h) of the proof shall be borne by the applicant.

Finally, as to the “maturity” of foreign arbitration decisions, the Convention stipulates that the decision should be binding on the parties (article 5 par. 1-e), whereas Turkish Code of Private International and Procedural Law, as we have seen, applies the alternative criteria to final judgment and enforceability of the judgment abroad or of their binding on the parties<sup>263</sup>.

<sup>259</sup> See article 5 par. 1 a) of the Convention, which states that the Court of Justice shall examine “whether the parties had an incapacity under the applicable law or whether the agreement is invalid under the law to which the parties have been subjected, and in the absence of such indication, under the law of the country in which the decision was issued”.

<sup>260</sup> This Article defines in principle the law of the person’s nationality (par. 1).

<sup>261</sup> Which lays down as the applicable law what the parties have explicitly chosen (par. 1), and in the absence thereof the law with which it is more closely connected with the contract (par. 4), with the elements constituting this close relationship.

<sup>262</sup> C. ANLI, *New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, in *İletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülten*, 1994, pp. 96ss.

<sup>263</sup> E. NÖMER, *Devletler Hususi Hukuku*, op. cit., pp. 534ss.

## 22. CONCLUDING REMARKS

After examining the provisions of Turkish private international law on the recognition and enforcement of foreign judgments, we can surely come to a first conclusion: Turkish law generally is very little different from that of European States. As the case law shows, the current legal status in Turkey is an achievement of the development and maturation of Turkish legal science in the neighboring country, which has largely taken place the last 10 to 20 years. Indeed, what might be noticed is that, in particular, Turkish case law has often been skeptical about the recognition of certain judgments, it is difficult to accept cases where the foreign Court gave a solution unknown to Turkish law but not unreasonable as to the conscience of law. However, the dialogue of theory and jurisprudence, as well as the legislative reforms in almost all the Codes in which Turkey proceeded in view of its European perspective, had a direct impact on the decisions of the Turkish Courts. The ongoing reforms as reflected both at the legislative and the judiciary level are rapidly evolving in the Turkish legal system with the ultimate goal of full adaptation to European legislation, which is, moreover, a prerequisite for the country's accession to EU. If and when this happens, it will have a direct impact on the applicable Turkish international law with respect to the rest of the European States, by applying most of the European Regulations, so the present study will be more historical rather than practical.

# Repatriação de Ativos Clandestinos e Anistia Criminal: Reflexões Sobre o Princípio da Razoabilidade e a Efetividade da Tutela Penal da Ordem Econômico-Tributária

**Vlamir Costa Magalhães**

*Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Regulação Pública e Direito Público Econômico pela Universidade de Coimbra/EMARF. Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.*

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A emergência do Direito Penal Constitucional. 3. Bem jurídico e Direito Penal Econômico-Tributário: a função social do Direito Penal. 4. A liberdade de conformação do legislador na era do Direito Penal Constitucional. 5. O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, a teoria dos deveres de proteção e o princípio da proibição de proteção penal deficiente. 6. A versão penal do princípio da vedação ao retrocesso social. 7. A anistia criminal na lei de repatriação de ativos clandestinos: uma irrazoabilidade inconstitucional. 8. Conclusão.

## PALAVRAS-CHAVE

Repatriação de ativos - Direito Penal Constitucional

## KEYWORDS

Repatriation of assets - Constitutional Criminal Law

## RESUMO

O presente estudo aborda, sob a ótica do princípio da razoabilidade, a (in)constitucionalidade da anistia criminal disposta pela lei que disciplina a repatriação de ativos clandestinos.

## ABSTRACT

The present paper approaches the (in) constitutionality of the criminal amnesty established by the law that regulates the repatriation of clandestine assets.

## 1. INTRODUÇÃO

“Estamos convencidos de que a incriminação da fraude fiscal constitui, num país como o nosso importante elemento de uma séria política tributária. Esse tipo de ilícito, entre nós, não ofende o mínimo ético e o cidadão não tem consciência de que o cumprimento da obrigação tributária constitui dever cívico, cuja transgressão ofende gravemente a economia pública, e, pois, interesses fundamentais da comunidade. A violação desse dever pode apresentar-se como simples atitude passiva de descumprimento da obrigação tributária, fato adequadamente sancionado através de medidas de natureza administrativa (multa). Todavia, pode apresentar maior gravidade, quando o descumprimento da obrigação tributária se realiza através do engano e da fraude, com o emprego de meios tendentes a induzir em erro a autoridade, iludindo o pagamento do tributo. Em tais casos é imperativa a sanção penal, que existe em muitos países, de longa data.”<sup>1</sup>

---

1 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O novo direito penal tributário e econômico*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/pareceres/85-artigos-e-pareceres.html>>. Acesso em: 04/12/2015.

A Lei n. 13.254/2016 (com a redação dada pela Lei n. 13.428/2017) disciplinou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT). Trata-se de programa de incentivo à repatriação de ativos que tem, como contrapartida fixada pelo artigo 5º do aludido diploma legal, a exclusão da punibilidade dos delitos cometidos em decorrência da remessa e manutenção clandestina de tais divisas no exterior.

Dentre os crimes que, em tese, tiveram a punibilidade temporariamente excluída<sup>2</sup>, encontram-se: os delitos contra a ordem tributária (artigo 1º, I, II e V e artigo 2º, ambos da Lei n. 8.137/1990), o crime de evasão de divisas (artigo 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986) e o crime de lavagem de ativos (artigo 1º da Lei n. 9.613/1998).

O presente estudo analisa a (i)legitimidade constitucional da exclusão da punibilidade dos crimes contra a ordem econômico-tributária à luz do princípio da razoabilidade e de sua vertente de vedação à proteção penal deficiente de direitos fundamentais.

## 2. A EMERGÊNCIA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

No tocante aos direitos fundamentais, o Direito Penal tem assumido duas funções de suma relevância. Se, por um lado, seus instrumentos sancionatórios representam restrições mais severas, em comparação com as punições previstas em outros ramos do ordenamento jurídico, por outro lado, o Direito Penal se apresenta, em determinadas circunstâncias, como a mais eficaz ferramenta de que dispõe o Estado para a proteção efetiva dos valores fundamentais mais prezados pela coletividade.

Nesse aspecto, as reflexões contemporâneas sobre os problemas vivenciados no âmbito criminal têm sido iluminadas por relevantes aportes advindos de outras searas da ciência jurídica,

---

2 O conceito de anistia penal remete a uma espécie de esquecimento do crime por vontade do legislador, podendo o benefício ser condicionado (a condutas praticadas em determinados lapsos temporais, por exemplo) ou não. Já a noção de abolição do crime (*abolitio criminis*) é sinônimo de descriminalização ou revogação integral, por força de lei, de uma determinada figura delitiva. Nesse sentido: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 659 e 663. Tendo em vista a melhor adequação ao tema em análise, o presente estudo emprega a expressão anistia para designar a exclusão da punibilidade criminal atrelada à adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), na forma do artigo 5º da Lei n. 13.254/2016.

em especial do Direito Constitucional. Com efeito, percebe-se que o Estado vem se desprendendo da posição de adversário das liberdades, tornando-se, ao revés, um instrumento imprescindível de sua concretização. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais deixam de ser exercidos apenas contra o Estado e passam a ser efetivados por meio dele.<sup>3</sup>

Com efeito, a função estatal inerente à promoção de direitos fundamentais não é cumprida apenas por meio da organização institucional, mas induz igualmente à exigência de que a proteção de interesses constitucionais envolva a criação e manutenção eficaz de sistemas sancionatórios, isso com o fim de garantir a legítima expectativa de exercício equilibrado e igualitário das liberdades econômicas por todos os membros da sociedade.<sup>4</sup>

Modernamente, já não é possível desatrelar o Direito Penal do modelo de Estado constitucionalmente assumido, sendo certo que todos as discussões pertinentes à questão criminal devem manter estreita conexão com o Direito Constitucional e a teoria geral do Estado.<sup>5</sup> Nesse ponto, a locução constitucionalização do Direito preconiza a projeção dos interesses constitucionalmente consagrados sobre todos os ramos do ordenamento jurídico, configurando um autêntico reflexo do hodierno movimento de revalorização do princípio da supremacia da Constituição.<sup>6</sup>

3 ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 49/50.

4 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 287.

5 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT, 2007, p. 14.

6 O ponto de partida da discussão em torno do fenômeno da constitucionalização do Direito se deu na Alemanha, sendo esclarecedora a lição de Luís Roberto Barroso a respeito: "Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958." BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355. O fato citado diz respeito a Erich Lüth que, na condição de presidente do clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, Alemanha, incitava o boicote ao filme intitulado "O amante imortal", dirigido por Veit Harlan e que teria conteúdo aparentemente antisemita, o que justificava a ligação deste cineasta com o regime nazista. A

Com efeito, o mecanismo da filtragem constitucional, instrumento hermenêutico que alcançou notável relevância na vigente era do Direito Penal Constitucional, consiste na imposição de releitura e de readaptação da ordem jurídico-normativa sob o filtro axiológico composto pelos valores, expressa ou implicitamente, albergados na Constituição.<sup>7</sup> Assim sendo, a Constituição deve ser contemplada como a primeira manifestação da política criminal do Estado e, portanto, dela deve partir toda a planificação normativa de índole penal.<sup>8</sup>

Diante desse novo cenário, a Constituição figura como pauta a ser observada pelo legislador penal em dois aspectos: (1) como limite ao *jus puniendi*, ou seja, como parâmetro de proibição de determinadas criminalizações e (2) como critério determinador da proteção jurídico-penal a determinados interesses, valores e bens de notória relevância.<sup>9</sup> Dessarte, o Direito

---

produtora e a distribuidora do filme obtiveram, em primeiro grau de jurisdição, decisão favorável na qual se determinou a cessação de tal conduta. O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, fixando que o direito fundamental à liberdade de pensamento e expressão deveria fundamentar a interpretação das normas do Código Civil acerca de responsabilidade patrimonial e não o inverso. *Ibid.*, p. 355.

7 Sobre o tema, eis a impressão de Paulo Ricardo Schier: “Utiliza-se a expressão ‘Filtragem Constitucional’ em virtude de que ela denota a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim, os seus procedimentos e valores, deve passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. A expressão, ademais, foi utilizada pela primeira vez no Brasil, com este sentido, pelo Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève [...]”. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104. As premissas decorrentes deste movimento são condensadas nos seguintes termos: “(i) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição – primado da interpretação conforme; (ii) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional e (iii) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (...)”. *Ibid.*, p. 146.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1999, p. 135. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt discorre sobre o tema: “Enquanto o Poder Legislativo não elaborar as necessárias e indispensáveis readaptações, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, efetuar as correções (adaptações) das leis, utilizando-se para tal dos modernos mecanismos hermenêuticos, como a interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*) e a declaração da inconstitucionalidade das leis incompatíveis com a Constituição [...]”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56.

9 Eis a percepção de Luciano Feldens acerca do assunto: “[...] importa ressaltar que as conexões entre a Constituição e o Direito Penal não se reduzem ao estabelecimento, por aquela, de limitações ao direito de punir. Para além de estabelecer-se como limite material ao *jus puniendi*, a Constituição figura como fonte valorativa e mesmo como fundamento normativo do Direito Penal incriminador; é dizer, funciona não apenas para proibir, senão também para legitimar, e eventualmente impor, em situações determinadas ou determináveis, a proteção jurídico-penal de bens jurídicos, notadamente quando conectados à categoria dos bens ou interesses investidos de nota da fundamentalidade.” FELDENS, Luciano. A conformação

Penal Constitucional apresenta-se como proposta de releitura do sistema punitivo estatal, tanto em termos dogmáticos, quanto em termos de política criminal, o que abrange, com igual vigor, o processo de elaboração, reforma e aplicação concreta das normas penais.<sup>10</sup>

### 3. BEM JURÍDICO E DIREITO PENAL ECONÔMICO-TRIBU-TÁRIO: A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL

Poucos temas ocupam mais espaço na literatura penal atual do que a teorização em torno da ideia de bem jurídico. De um modo geral, pode-se afirmar que o conteúdo das incriminações têm, ou, ao menos, devem ter, relação direta com o modelo de Estado no qual se insere o Direito Penal. Daí o porquê de ser íntima a correlação existente entre a concepção de Estado e a teoria do Direito Penal, sobretudo no tocante à formulação da política criminal.

Em termos evolutivos, o Direito Penal liberal, também chamado de tradicional ou clássico, formado sob a inspiração do Iluminismo, entre a segunda metade do século XVIII e a primeira do século XIX, configurou um sistema normativo voltado, basicamente, para a tutela de interesses privados típicos da burguesia, então emergente, em face de ataques das camadas sociais miseráveis e das arbitrariedades do próprio Estado Absolutista.

No entanto, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, configurou-se uma espécie de ajuste de contas entre o direito, a economia, a política e a sociedade<sup>11</sup>, haja vista que os textos

---

constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 854.

10 Especificamente sobre o efeito das mudanças do modelo estatal sobre a atuação judicial no campo penal, vale a reprodução do desenho evolutivo a seguir traçado: "Do Estado de Direito *tout court* (clássico, liberal, legalista e formalista) passamos a um Estado constitucional e democrático de Direito. A principal consequência desta transformação tinha que (naturalmente) repercutir na posição do juiz dentro do Estado de Direito: da concepção puramente 'formalista' de juiz (juiz legalista), que não podia outra coisa senão pronunciar as palavras da lei ("la bouche qui prononce les paroles de la loi"), chega-se ao protagonismo dos juízes, que manejando os valores e princípios constitucionais que deve alcançar o sentido do justo em cada caso concreto, justificando sua decisão com critérios de razoabilidade (ou ponderação ou proporcionalidade)". GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal*. V. I: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

11 STRECK, Maria Luíza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 20.

de constituições dirigentes, segundo a expressão cunhada por Canotilho<sup>12</sup>, transformaram-se em *locus* do novo perfil do Estado e do Direito, preocupados agora não apenas com a proteção do indivíduo, mas também com o resguardo da comunidade a partir da contemplação de novas gerações ou dimensões<sup>13</sup> de direitos fundamentais.

Foi então que, a partir de meados da década de 1970, a noção de bem jurídico passou a abranger também, para além da proteção à liberdade e ao patrimônio individuais, a preservação de interesses titulados pela coletividade, tais como, por exemplo, o regular funcionamento da ordem econômica e o sistema de arrecadação tributária essencial ao custeio das atividades estatais exercidas em prol da coletividade.

Vale frisar que os valores enfatizados nessa nova perspectiva não constituem fruto de mera arbitrariedade<sup>14</sup> ou de criação artificial por parte do legislador<sup>15</sup>, mas são decorrências naturais da adequação do Direito Penal à sociedade contemporânea e ao Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição.

12 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 27.

13 A utilização da expressão “gerações” de direitos fundamentais propicia a falsa noção de sucessão de uma categoria por outra, motivo que torna preferível a expressão “dimensões” de direitos fundamentais de forma a melhor espelhar a concomitância da existência e o nivelamento da importância de todas as categorias de direitos fundamentais. Há quem se refira a “direitos humanos sequenciais”. Neste sentido: BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

14 Sobre o assunto, confira-se o dizer de João Marcello de Araujo Junior: “Nos Estados Democráticos de Direito os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem própria do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, como trabalho dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos, que experimentam os Códigos Penais [...] Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos ‘naturais’ e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a ordem econômica, que possui caráter supraindividual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse bem jurídico, entretanto, não é arbitrário, pois decorre do tipo de Estado definido nas Constituições.” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. O Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. N. 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 150/151.

15 MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios polítocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 10 e 48. No mesmo sentido: PEÑA CABRERA, Raul. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 48.

Conclui-se, portanto, em consonância com a moderna doutrina<sup>16</sup>, que o Direito Penal Econômico-Tributário tem por finalidade a proteção de bens jurídicos coletivos e fundamentais, tais como: a regularidade da arrecadação fiscal; a higidez da ordem normativa tributária; a equitativa distribuição do ônus de pagar tributos e – em derradeira, mas não menos importante perspectiva – o custeio da efetivação dos direitos sociais pelo Estado. Todos esses objetivos relacionam-se, direta ou indiretamente, com o valor constitucional da dignidade humana.

Nesse aspecto, na condição de fundamento da República Federativa do Brasil (cf. artigo 1º, III da CR/88), Luís Roberto Barroso<sup>17</sup> destaca a face comunitária da noção de dignidade humana, que se encontra profundamente relacionada com a temática abordada no presente estudo ao legitimar a constrição da liberdade individual em prol da proteção do dever de solidariedade social. É na esteira desse raciocínio e fundamentado, portanto, no sentido comunitário da dignidade humana, que o ordenamento penal econômico-tributário cumpre o que, na síntese de Claus Roxin<sup>18</sup>, é denominado de função social do Direito Penal.

16 Nesse sentido: MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20 e RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 50.

17 Vale transcrever a respectiva preleção: “O terceiro e último conteúdo - a dignidade como valor comunitário, também referida como dignidade como heteronomia - abriga o seu elemento social. O indivíduo em relação ao grupo. Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa. O que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados. Como intuitivo, o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade.” BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*, p. 27. Disponível em: <[www.luisrobertobarroso.com.br](http://www.luisrobertobarroso.com.br)>. Acesso em: 12/12/2015.

18 Eis o respectivo trecho: “Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.” ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16/17. No mesmo sentido, Greco define os bens jurídico-penais assim chamados universais como “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional”. GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal...* op. cit., p. 409.

#### 4. A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR NA ERA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Diante do vigente sistema constitucional, o legislador não tem em mãos um “cheque em branco” em matéria penal. Em outras palavras: o Estado Democrático de Direito não confere liberdade absoluta ao Poder Legislativo para criminalizar ou descriminalizar condutas e temas ao sabor de interesses políticos ou econômicos, – reconheça-se – nem sempre republicanos ou publicáveis nos tempos atuais. Portanto, o legislador está sujeito a balizas constitucionais ora expressas, ora implícitas, o que se traduz em limitações não apenas de índole formal (quanto ao processo de criação normativa), mas também de caráter material (no que diz respeito ao conteúdo normativo propriamente dito).

A doutrina penalista mais conservadora costuma enxergar apenas a função restritiva das normas constitucionais sobre a atividade do legislador penal, ou seja, vislumbram-se **tão** somente os focos de proibição de criminalização. Nesse prisma, são tidas como proscritas, por exemplo, a criação de tipos penais que confrontem liberdades textualmente garantidas<sup>19</sup>, bem como medidas que estabeleçam discriminação arbitrária ou fixem um padrão obrigatório de comportamento moral<sup>20</sup>, sexual, filosófico, político ou religioso. Até aqui, inexistente novidade relevante a comentar.

Porém, noutro giro, discute-se se a Constituição de 1988 impõe ao legislador deveres de incriminação em alguns temas

---

19 A título de exemplo histórico a ser rechaçado, cabe menção ao artigo 402 do Código Penal de 1890 (Decreto n. 847), que criminalizou a prática pública da capoeira no Brasil, o que se deu apenas dois anos após a abolição da escravidão com a edição da Lei Áurea, em 1888. Confira-se o trecho do aludido dispositivo: “Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...). Pena – de prisão celular por dois a seis meses.” Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 320.

20 Um exemplo esdrúxulo de incriminação de comportamento apenas moralmente reprochado se deu ainda na fase imperial da história do Brasil, quando o Livro V, Título LXXXV, das Ordenações Filipinas criminalizou a prática da fofoca ao tratar “dos mexeriqueiros” em dispositivo que continha a seguinte redação: “Por se evitarem os inconvenientes, que dos mexericos nascem, mandamos, que se alguma pessoa disser á outra, que outrem disse mal delle, haja a mesma pena, assi civil, como crime, que mereceria, se elle mesmo lhe dissesse aquellas palavras, que diz, que o outro terceiro delle disse, posto que queira provar que o outro o disse.” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 152.

específicos. Sobre o tema, embora não haja no texto constitucional a definição de tipos penais, o que obviamente importaria em deturpação da função específica que cabe ao constituinte, não há como deixar de reconhecer algumas cláusulas de criminalização presentes na Carta Magna em vigor. Nesse aspecto, atenta contra o princípio da supremacia constitucional o entendimento de que claros mandamentos de criminalização não teriam, na prática, caráter imperativo, eis que estariam vinculados a meros fatores históricos pontuais ou reclamos sociais momentâneos. Há, inclusive, quem afirme que as determinações expressas de criminalização refletem apenas “recados políticos”<sup>21</sup>, cuja inobservância não teria qualquer consequência.<sup>22</sup>

Tal postura equivocada acaba sendo chancelada pela letargia jurisprudencial quanto ao exercício do controle de constitucionalidade sobre normas legais de cunho penal, o que é retratado nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt<sup>23</sup>:

“O desprezo pelo controle de constitucionalidade – direto ou difuso – na seara criminal, no sistema brasileiro, beira as raias da imoralidade, na medida em que tem sido sistematicamente omitido, quando não sonogado desarrazoadamente pelo Judiciário, de primeiro e de segundo grau, postura inadmissível em um Estado Democrático de Direito. No controle direto, quem tem legitimidade para a propositura das ADIns não tem ‘interesse’ em fazê-lo, e, no controle difuso, o clamor da doutrina não faz eco nos tribunais, que, nesse particular, fazem ouvidos moucos.”

---

21 Nesse sentido: PASCHOAL, Janáina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 113.

22 Há quem reconheça a existência de expressos mandados constitucionais de penalização e, no entanto, afirme que seu descumprimento é irremediável, ou seja, não possibilita a tomada de qualquer medida. Nesse sentido, do qual, aliás, discorda-se, confira-se: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 212.

23 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

## 5. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE-PROPORCIONALIDADE, A TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO PENAL DEFICIENTE

O princípio da razoabilidade, também nominado de princípio da proporcionalidade<sup>24</sup>, originou-se no âmbito do Direito Administrativo, ao tempo do florescimento do jusnaturalismo, com a função de limitação do poder de polícia e de coibição de medidas excessivamente restritivas de direitos fundamentais. Na Europa, o postulado foi utilizado, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, em obras germânicas relativas ao campo constitucional, o que se deu com o fim de fundamentar a reinterpretação da ordem jurídica com foco na preservação de direitos fundamentais.<sup>25</sup>

No Direito brasileiro, uma parcela da doutrina o vislumbra como princípio constitucional não escrito, enquanto outra corrente, por inspiração do direito norte-americano, concebe a ideia como decorrência do devido processo legal.<sup>26</sup> Na síntese de Sarmiento<sup>27</sup>, o referido postulado exige que os atos estatais devem, sob pena de invalidade: (1) ser aptos para os fins a que se destinam; (2) ser o menos gravosos possível e (3) causar benefícios superiores às desvantagens que proporcionam.

A seu turno, a teoria dos deveres de proteção consiste em construção doutrinária e jurisprudencial recentemente havida no âmbito do Direito Constitucional, sendo dotada, porém, de notórios e importantes repercussões no Direito Penal. Destacase, nesse ponto, o reconhecimento da dupla face da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, que constituem, a um só tempo, fonte de faculdades individuais (aspecto subjetivo) e base legitimadora de toda a ordem jurídica (aspecto objetivo).<sup>28</sup>

24 Em que pese não haver consenso absoluto, as expressões razoabilidade e proporcionalidade abrigam conceitos próximos (racionalidade, justiça etc.), razão pela qual podem ser consideradas intercambiáveis. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...* op. cit., p. 258.

25 TOLEDO, Suzana Barros de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 214.

26 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 235/236.

27 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 90.

28 Acerca do surgimento da tese sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em terras germânicas

Como decorrência lógica dessa premissa, recaem sobre o Estado os assim chamados imperativos de tutela, ou seja, deveres indeclináveis de agir para evitar violação de interesses fundamentais. As pontuais obrigações de incriminação expressas no texto constitucional (ex.: artigo 5º, XLIII) nada mais são senão uma claras manifestações da teoria dos deveres estatais de proteção pertinentes ao campo penal<sup>29</sup>, o que se verifica sem prejuízo do dever de proteção de outros bens jurídicos de índole constitucional que, mesmo tácitos, por sua essencialidade à garantia da preservação da dignidade humana e da vida pacífica em sociedade, gozam de igual e indeclinável merecimento de tutela por meio do Direito Penal.

A tipificação de delitos e a fixação de penas proporcionais constituem mecanismos – ainda que subsidiários – de proteção a direitos fundamentais. Sendo assim, a análise pelo Poder Legislativo quanto à criação ou revogação de tipos penais, bem como

---

cas, confira-se o dizer de Robert Alexy: “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 524/525. Sobre o assunto, vale conferir a explanação de Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, neste sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica. É justamente com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (*nachbesserungspflichten*) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343/344.

29 Eis a explanação doutrinária sobre a lógica da teoria dos deveres de proteção e o mandamento de proteção penal eficiente a direitos fundamentais: “O Estado, enquanto detentor do monopólio da força, veda ao particular a prática da autodefesa. Como contraparte, obriga-se a zelar pela proteção dos membros da sociedade contra as ameaças e violações advindas de outros membros. Nessa esteira, o dever de proteção torna-se uma ‘contraprestação’ do Estado em relação ao cidadão que confiou sua liberdade em troca de segurança. [...] Inicialmente, o princípio da proporcionalidade era utilizado apenas contra os excessos praticados pelo Estado (proibição de excesso), mas, diante dos mandamentos constitucionais de Estado Democrático, passa a ser obrigatório reconhecê-lo em mais extenso sentido, devendo abranger o dever de proteção eficiente (vedação da proteção deficiente) por parte do Estado no tocante às agressões advindas de terceiros contra direitos fundamentais. Estes terceiros podem ser particulares, outros Estados, mesmo pessoas jurídicas de direito privado, como empresas.” GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 165.

quanto à estipulação de causas de extinção da punibilidade, deve ocorrer à luz do duplo viés do princípio de razoabilidade, ou seja, abrangendo a vedação de eventual excesso criminalizante, mas, com igual vigor, a vedação de descriminalizações que venham a resultar na insuficiência da proteção estatal disposta em favor de determinados interesses essenciais.<sup>30</sup> Nesse preciso tom, mesmo reconhecendo a liberdade de conformação do legislador, tanto o Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup> quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>32</sup> reconhecem que o princípio da proporcionalidade serve de duplo limite para a atividade legislativa em matéria penal, abrangendo, nesse ponto, a tutela dos valores fundamentais supraindividuais.<sup>33</sup>

Nesse prisma, o Estado viola a Constituição tanto ao se omitir na elaboração de normas penais protetivas de interesses relevantes para a coletividade, quanto ao revogar a proteção normativa já estabelecida em favor de bens socialmente titulados, o que pode ocorrer na seara criminal por meio da não tipificação de condutas lesivas ou atentatórias a tais valores, pela brandura do

30 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crime organizado e proteção de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49/74.

31 Confira-se o trecho da respectiva ementa: “[...] Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 104.410/Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 06/03/2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 31/07/2017.

32 Assim restou decidido nos casos *Ximenes Lopes vs. Brasil* e *Garibaldi vs. Brasil*, julgados, respectivamente, em 04/07/2006 e 23/09/2009. Dados disponíveis em: <[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)>. Acesso em: 31/07/2017.

33 Sobre o tema: GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 202.

sancionamento imposto e pela revogação ou suspensão da eficácia dos respectivos tipos penais. Em tais hipóteses, em coerência com as primordiais finalidades do Direito Penal Econômico-Tributário (conforme os bens jurídicos que protege<sup>34</sup>), a violação ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá em detrimento da sua vertente de proibição de proteção penal deficiente.<sup>35</sup>

Cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 (nos termos dos §§ 4º e 5º, do artigo 173)<sup>36</sup> determinou que o Estado reprima o abuso do poder econômico e as infrações cometidas em face da ordem econômico-financeira, sendo este um forte indicativo da irrenunciabilidade da tutela corporificada pelo Direito Penal Econômico-Tributário.<sup>37</sup>

Ainda que o constituinte não tivesse sido tão claro, reconhece-se a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização, o que se configurou a partir de construção jurisprudencial firmada por decisão da Corte Constitucional da Ale-

---

34 No exato dizer de Streck: “[...] a ideia de proibição de proteção deficiente invocará sempre, e inevitavelmente, o conceito de bem jurídico, pois será na necessidade do dever de proteção constitucional que o legislador ficará obrigado a atuar de forma positiva. [...] Portanto, bem jurídico já não é, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a simples proteção contra os poderes estatais; bem jurídico também é/será o modo de proteção através do Estado.” STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição...* op. cit., p. 106.

35 Sobre o tema, eis a lição de Luis Roberto Barroso: “A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência. [...] Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência.” BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...* op. cit., p. 381.

36 Relembre-se que a Constituição de 1946 também teceu determinação semelhante em vão, eis que o legislador ordinário jamais cumpriu a referida ordem constitucional. Sobre o assunto, assim se manifesta Nilo Batista: “O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante.” BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90.

37 Sobre o tema: GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 413. Esclareça-se que o princípio da proibição de proteção deficiente foi assim denominado por Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 107), nomenclatura que veio a ser posteriormente consagrada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. No mesmo sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35.

manha, proferida em 25/02/1975, a qual declarou a inconstitucionalidade da lei de reforma do Código Penal (de 18/06/1974) em relação à descriminalização do aborto, ainda que praticado durante os três primeiros meses de gestação. Nessa ocasião, fixou-se a irrevogabilidade da punição ao aborto e, por conseguinte, o reconhecimento implícito da obrigatoriedade da manutenção da proteção penal sobre o direito à vida. Trata-se, portanto, de um imperativo de tutela baseado na dimensão objetiva dos direitos fundamentais (teoria dos deveres de proteção) e, em última análise, no princípio da razoabilidade sob a versão da proibição de proteção penal deficiente.

É importante fixar que o objeto de proteção do Direito Penal Econômico-Tributário é composto por uma determinada política econômica e fiscal.<sup>38</sup> Revela-se, por conseguinte, descabido restringir a finalidade da intervenção penal nessa seara à tutela do mero interesse arrecadatário.<sup>39</sup> Embora surgida como critério negativo de limitação do Direito Penal, a função de proteção de bens jurídicos tem se convertido em critério positivo<sup>40</sup>, ou seja, determinante de decisões criminalizadoras, o que se dá em absoluta conformidade com o ideal neoconstitucionalista. Consolida-se, dessarte, a legitimidade da incriminação da sonegação tributária e, pelas mesmas razões, a invalidade constitucional da descriminalização de condutas que violam a ordem econômico-

---

38 Sobre o tema, eis a apreciação de José Maria de Castro Panoeiro: “Desde a antiguidade, as teses do Direito Penal Econômico foram compreendidas como Direito Penal de tempos de crise e um Direito Penal relacionado à repressão dos abusos do poder econômico. Contudo, no panorama contemporâneo, não parece conveniente vincular esse ramo do Direito, tal como se procedeu no contexto nas Guerras Mundiais, do século passado e muito menos aos regimes totalitários, embora estes sejam dados históricos. Parece mais coerente situá-lo no âmbito das transformações socioculturais e ideológicas que propiciam nova fisionomia às sociedades e, por via de consequência, aos Estados.” PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

39 Sobre a referida interpretação restritiva da política criminal em torno da criminalidade fiscal, eis a impressão de Andrei Zenkner Smith: “Os anseios arrecadatários do Estado globalizante vislumbraram, no Direito Penal, um instrumento de *prima ratio* no combate à evasão fiscal. Conseqüentemente, interessa ao Estado muito mais recuperar os tributos sonegados do que, propriamente, prevenir-se sonegações futuras. Ora, se esta é a política criminal adotada, então resta claro que as justificativas fornecidas pela lei tributária para o ilícito fiscal, por também estruturarem-se a partir de finalidades primordialmente arrecadatárias, devem contaminar o ilícito penal equivalente.” SMITH, Andrei Zenkner. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 181/182.

40 Neste diapasão, eis o dizer de Fausto Martin de Sanctis: “O que classicamente se formulou para a limitação da ação do legislador mediante o sistema de proteção de bens jurídicos converteu-se agora em uma exigência para que penalize determinadas condutas [...]”. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Direito penal tributário...* op. cit., p. 22.

tributária<sup>41</sup>, principalmente da forma descontrolada e arbitrária como vem sendo feita.

Pode-se citar, como exemplo mais gritante de irrazoabilidade vigente nessa temática, a edição da Lei n. 10.684/2003, que permitiu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo em qualquer tempo, ou seja, mesmo após eventual condenação no âmbito criminal.<sup>42</sup> Trata-se de norma não apenas inconstitucional, mas imoral, eis que cria uma linha divisória entre criminosos miseráveis e os que podem pagar para se livrar da responsabilidade penal.

Fato é que o vigente tratamento privilegiado conferido à sonegação fiscal é injusto e anti-isonômico, além de contribuir para o descrédito das instituições de persecução penal e estimular o desprezo social por normas tributárias e criminais. No cenário atual, fomenta-se a crença de que o crime econômico-tributário compensa, fazendo do magistrado um caricato cobrador de tributos e, da denúncia, um mero carnê de cobrança.<sup>43</sup> Diante dessa lamentável realidade, pode-se afirmar que ludibriar autoridades e desdenhar da legislação fiscal continuam sendo um grande e lucrativo negócio no Brasil.

---

41 Neste sentido, confira-se a seguinte preleção: “No mundo moderno, observamos uma profunda modificação na maneira de pensar dos povos em relação à delinquência fiscal. Enquanto há alguns pares de anos o sonegador era considerado quase um herói, hoje a consciência social o reprova de maneira extraordinária. Os povos compreenderam que é muito mais eficiente lutar contra a sonegação do que adotar a cômoda política de combater o déficit público através da contenção de gastos. Especialmente em países como o Brasil, que vive em permanente estado de crise econômica. A danosidade da criminalidade fiscal é mais agudamente captada pelos agentes sociais. Destaque-se ainda que o desvalor ético da sonegação é percebido por todas as camadas sociais, e não apenas por aquelas menos poderosas.” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995, p. 155.

42 Inicialmente, o art. 34 da Lei n. 9.249/95 permitiu a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária desde que pagamento do tributo ocorresse antes do recebimento da denúncia. Posteriormente, o art. 9º, parágrafo 2º da Lei n. 10.684/2003 estabeleceu que o pagamento ou parcelamento efetuados a qualquer tempo funcionariam, respectivamente, como causas de extinção e suspensão da pretensão punitiva. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tratou de alargar ainda mais a porta da impunidade ao permitir o afastamento do castigo penal mesmo que o pagamento se dê após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Vide a decisão proferida no HC n. 232.376, STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ: 15/06/2012). Tal aberração tem causado imensa perda de tempo e de recursos orçamentários, além de provocar a desmoralização institucional e o descrédito social em desfavor dos órgãos de persecução penal, em particular, do Poder Judiciário. Noutro giro, a infeliz mensagem que fica para a população é a de que os contribuintes que, por anos a fio, insistiram em burlar a ordem jurídica podem livrar-se da responsabilidade criminal desde que, literalmente, tenham condições de pagar por isso.

43 FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 199.

## 6. A VERSÃO PENAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A ampliação dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 (ex.: artigo 5º, §2º e 7º, *caput*) se deu com vistas à progressiva redução das desigualdades e à construção de uma sociedade livre e solidária, onde haja justiça social (conforme os artigos 3º, I e III, e 170, *caput* e incisos VII e VIII). Assim, ao instituir um Estado Social e Democrático de Direito, a Carta Magna reconheceu a jusfundamentalidade dos direitos sociais.<sup>44</sup>

Assim sendo, na perspectiva do princípio da vedação ao retrocesso social, implicitamente acolhido no vigente sistema constitucional<sup>45</sup>, a norma disciplinadora ou assecuratória de direitos sociais (prestações estatais em favor da coletividade) figura como um guarda de flanco.<sup>46</sup> Nessa linha, considerando-se que a consecução de tais deveres prestacionais do Estado dirigidos à sociedade têm, obviamente, um custo financeiro e que a regular arrecadação tributária tem por fim precípua subsidiar o cumprimento das referidas obrigações estatais, é inafastável a conclusão de que as normas incriminadoras pertinentes ao Direito Penal Econômico-Tributário protegem, em última análise, os próprios direitos sociais fundamentais, sobretudo em tempos de recessão econômica e escassez generalizada de recursos públicos.

Há que se reconhecer que o recurso à incriminação para evitar o desacatamento de obrigações fiscais é legítimo e o abrandamento da repressão penal nessa quadra, seja por meio de malabarismos interpretativos, seja por inaceitáveis subterfúgios criados pelo legislador, enfraquece e põe em risco o próprio cumprimento das prestações estatais destinadas à coletividade e, em particular, aos estratos sociais mais miseráveis e carentes. Tais circunstâncias consolidam a face penal do princípio da vedação ao retrocesso social, que, portanto, tem o condão de tornar

---

44 DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 204/295.

45 FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 178.

46 MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In: A efetividade dos direitos sociais. GARCIA, Emerson (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 402.

inconstitucionais atos do Poder Público que retirem ou vulnerem a eficácia de normas (inclusive, penais) que garantam a observância de direitos fundamentais titulados pela coletividade.

É desprovida de fundamento eventual alegação de que a defesa da face penal do princípio da vedação ao retrocesso social engessaria a atividade legislativa. O repensar sobre o tamanho do Estado – abrangendo inclusive a intervenção penal para tutela do custeio de suas obrigações – continua sendo viável, desde que medidas substitutivas compensem, de forma comprovadamente efetiva ou equivalente, a norma revogada ou mitigada a fim de que não haja prejuízo, risco ou retrocesso na garantia de direitos sociais.

Por óbvio, o dinheiro público não nasce em árvores e o desfalque no pagamento de tributos provoca efeitos deletérios não somente sobre a continuidade dos serviços públicos, mas também acarreta a necessidade de elevação da carga tributária e a desigual distribuição do ônus fiscal.

Dessarte, sem a garantia de mecanismos equivalentes compensatórios, atos legislativos tendentes a retirar a proteção penal estabelecida em prol de direitos sociais e dos recursos imprescindíveis à sua respectiva observância são inconstitucionais e, por conseguinte, devem ser submetidos às consequências decorrentes dessa situação, entre elas: (1) a invalidação em sede de controle abstrato de constitucionalidade por meio de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a” CR/88) e (2) a não aplicação da lei revogadora ou mitigadora por parte dos órgãos jurisdicionais, no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

À vista do exposto, deve ser afirmada a inconstitucionalidade da extinção da punibilidade dos crimes fiscais com base no pagamento *a posteriori* do tributo, sobretudo se tal quitação se deu após o recebimento da denúncia. Ressalte-se, ainda sobre esse ponto, a incongruência decorrente da não aplicação do mesmo tratamento privilegiado para os delitos contra o patrimônio<sup>47</sup>,

<sup>47</sup> Vide o disposto no artigo 16 do Código Penal/1940, que disciplina o instituto do arrependimento posterior, aplicável aos crimes patrimoniais comuns. Trata-se de benesse bem menos indulgente se comparada à exclusão integral da punibilidade, que, farta e frequentemente, é ofertada pelo legislador brasileiro a delinquentes dotados de poderio econômico e político. Confira-se a respectiva redação do

que são ontologicamente similares. Outrossim, resta evidente a frustração do fim de prevenção geral, não sendo raros os casos em que contribuintes preferem incorrer na prática criminosa ante a certeza de que tal comportamento lhes trará mais vantagens que preocupações. Considere-se também a tendência de reprodução em massa do desdém pelas normas do Direito Penal Econômico-Tributário.

## 7. A ANISTIA CRIMINAL NA LEI DE REPATRIAÇÃO DE ATIVOS CLANDESTINOS: UMA IRRAZOABILIDADE INCONSTITUCIONAL

Desde o surgimento da ideia de conceder a anistia criminal para fomentar a repatriação de ativos clandestinamente enviados e mantidos no exterior, algumas motivações foram prontamente lançadas na defesa dessa tese. Afirmou-se, à época, que o Brasil estaria apenas acompanhando uma tendência mundial nesse sentido, além de se beneficiar com o expressivo ingresso de divisas em momento de crise.<sup>48</sup> Na mesma linha, houve quem asseverasse que a internalização de estimados 100 bilhões de dólares reaqueceria a economia brasileira, além de sanar a angústia de milhares de brasileiros que desejavam internalizar divisas enviadas ao exterior apenas pelo receio quanto à inflação e à instabilidade econômica do país.<sup>49</sup>

A despeito do esforço argumentativo, as justificativas apresentadas para a anistia criminal mencionada não convenciam e não convencem.

De início, a proposição de anistia criminal pressupunha, não se sabe com que base, que milhares de pessoas iriam regularizar sua situação financeira-fiscal. Ocorre que a expectativa de

---

aludido dispositivo legal: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

48 Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Proposta para repatriação de dinheiro acompanha tendência mundial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/renato-silveira-repatriacao-dinheiro-a-companha-tendencia-mundial>>. Acesso em: 04/12/2015.

49 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. *Evasão de divisas: angústia e solução*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/08/1665062-evasao-de-divisas-angustia-e-solucao.shtml>>. Acesso em: 04/12/2015.

arrecadação e de eliminação da inadimplência mostrou-se frustrada não somente pela arrecadação de valor muito abaixo da estimativa retromencionada, mas também pela persistência de débitos tributários (por parte dos contribuintes-aderentes), que já atingiram, em 07/11/2016, montante superior a 4,1 bilhões de reais.<sup>50</sup> Portanto, a medida supostamente compensatória revelou-se muito aquém do otimismo exacerbado, muito comum em tais propostas descriminalizadoras<sup>51</sup>, o que realça a ilegitimidade constitucional da benevolência penal do legislador na hipótese.

Nem se pode alegar que o fracasso em termos de proteção ao interesse da coletividade não era previsível. Basta lembrar a péssima experiência decorrente dos múltiplos programas de parcelamento tributário que vêm sendo lançados pela União Federal ao longo dos últimos anos<sup>52</sup>, cuja barganha atrativa é sempre

50 Dados disponíveis em: <<http://istoe.com.br/arrecadacao-da-repatriacao-tem-inadimplencia-de-r-415-bi-informa-receita/>>. Acesso em: 21/07/2017.

51 Frise-se que, mesmo com a extensão do prazo inicial de adesão até 31/07/2017 e com igual oferta de anistia criminal, o programa de repatriação de ativos clandestinos voltou a frustrar as expectativas de arrecadação, atraindo apenas 1.915 pessoas (o que corresponde a 8% das adesões à versão inicial do programa). A estimativa inicial do governo acerca da nova oportunidade de regularização girava em torno da arrecadação de R\$ 12,7 bilhões, entre tributos e multas, sendo posteriormente minorada para R\$ 2,9 bilhões e, agora, nem mesmo esse valor será atingido, o que teria justificado a recente elevação de tributos sobre combustíveis. Cf. dados disponíveis em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/08/1906546-menos-de-2-mil-contribuintes-aderiram-a-segunda-repatriacao-diz-receita.shtml>>. Acesso em: 03/08/2017.

52 Referência às sucessivas edições do assim chamado REFIS, sigla que denominou o primeiro programa de parcelamento tributário, lançado em 2000. Eis o histórico das edições do REFIS: (1) REFIS 1 - Programa de Recuperação Fiscal instituído pela Lei n. 9.964/2000, que se destinava a promover a regularização dos créditos da União Federal, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000; (2) REFIS 2 - oficialmente chamado de "PAES", esse programa foi instituído pela Lei n. 10.684/2003 para estabelecer o parcelamento especial, em até 180 meses, para todos os débitos para com a Fazenda Nacional (SRF e PGFN), constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União Federal, vencidos até 28 de fevereiro de 2003; (3) REFIS 3 - oficialmente chamado de "PAEX", esse programa foi instituído pela Medida Provisória n. 303/2006, que estabeleceu o parcelamento de débitos em até 130 prestações mensais e sucessivas para os débitos de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003; (4) REFIS 4 - também apelidado de "REFIS da Crise" e "REFIS da Copa", esse programa foi instituído pela Lei n. 11.941/2009 (conversão da MP n. 449/2008), que permitia o parcelamento da dívidas tributárias federais vencidas até 30 de novembro de 2008. O prazo de adesão ao programa de parcelamento do "REFIS da Crise" foi reaberto até 31.12.2013 pelo artigo 17 da Lei 12.865/2013. Posteriormente, criaram-se mais 3 prazos de adesão ao longo do ano de 2014; (5) REFIS das Autarquias e Fundações - programa criado pelo artigo 65 da Lei n. 12.249/2010, que estipulou o parcelamento dos débitos administrados pelas autarquias e fundações públicas federais e os débitos de qualquer natureza, tributários ou não tributários, com a Procuradoria-Geral Federal; (6) REFIS dos Bancos - programa instituído pelo artigo 39 da Lei n. 12.865/2013, que tratou do parcelamento de débitos do PIS e COFINS em até 60 parcelas, com descontos de multa e juros e, por fim, (7) REFIS dos Lucros no Exterior - programa instituído pelo artigo 40 da Lei n. 12.865/2013, que tratou do parcelamento de débitos do IRPJ e CSLL de lucros oriundos no exterior, em até 120 parcelas, com descontos de multa e juros. Dados disponíveis em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html>>. Acesso em: 04.12.2015. Sustentando a

ofertada em termos de anistia penal, contribuindo-se, assim, para o agravamento da já comentada inefetividade da persecução dos crimes contra a ordem tributária.

Como já demonstrado, o histórico da relação entre o Direito Penal e o Direito Tributário-Financeiro no Brasil é permeado por sucessivos e infindáveis benefícios concedidos a indivíduos que violam, de forma, não raras vezes, contumaz, as obrigações legalmente dispostas, sem que as sempre esperadas contrapartidas arrecadatórias ou de alinhamento ao ordenamento jurídico se verifiquem.

Diante desse quadro, a anistia criminal inserida na regulamentação da repatriação de ativos – em suas duas versões legais já editadas e possíveis outras vindouras – parece não corresponder, ao contrário do que apregoa um parcela da doutrina<sup>53</sup>, ao seguimento dos primados da Análise Econômica do Direito (o chamado movimento *Law & Economics*), nos termos propostos por organismos internacionais ou pelo exemplo de outros países. A política de *sticks and carrots* (chicotes e cenouras, em tradução literal, ou castigo e estímulo) pressupõe que, em algum momento, o castigo (penal) seja ou tenha sido efetivo, o que não se verifica na realidade brasileira. A citada relação normativa é, historicamente, de mão única, ou seja, caracterizada por benesses legais que fluem, em termos pragmáticos, apenas para um lado, qual seja, o da imunização de criminosos econômico-tributários.

Se, de fato, foi o medo da instabilidade econômica que levou “milhares de cidadãos brasileiros angustiados”<sup>54</sup> a remeterem patrimônio para o exterior, o que os levaria a trazer de volta tais recursos no atual momento econômico do Brasil? Ou será que o mero afastamento da ameaça penal teria o condão de encorajar tais indivíduos a cumprir de deveres fiscais desprezados por anos a fio?

---

inconstitucionalidade da extinção da punibilidade de crimes fiscais pelo pagamento do tributo: STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição...* op. cit., p. 153.

53 Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômico e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 124.

54 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. *Evansão de divisas...* op. cit, p. 01.

Não se pode esquecer que o diploma legal em comento não obriga os contemplados pela anistia criminal a reinvestirem os recursos ocultados no mercado interno ou em qualquer atividade produtiva – e nem poderia fazê-lo de forma juridicamente válida. Bastará, portanto, a mera declaração espontânea da propriedade sobre o patrimônio, que, dessa forma, poderá permanecer aplicado até mesmo nos países assim chamados de “paraísos fiscais”. Portanto, o esperado reaquecimento da economia revelou-se como outra inverdade utilizada como argumento de manutenção da impunidade de criminosos do colarinho branco.

Noutro giro, a remessa de recursos para o exterior demanda profundo conhecimento acerca do mercado financeiro internacional, bem como a imprescindível colaboração de terceiros (profissionais e instituições), além de um patrimônio de alto valor e razões para ocultá-lo. Será que havia mesmo milhares de brasileiros nessa peculiaríssima condição a ponto de justificar a elaboração – diga-se: com invulgar rapidez – de uma lei para socorrê-los? Em sentido contrário, a atual situação político-econômica do Brasil permite bem enxergar que os sucessivos pacotes de bondades – tributárias e penais – têm atendido, isso sim, a megadevedores contumazes que logram influir nas mais altas esferas da República e legislar em causa própria.<sup>55</sup>

É importante frisar que não se ignora a utilidade do instituto da anistia criminal para a pacificação de algumas situações em determinados momentos históricos. No entanto, tal fenômeno deve ser amparado em amplo consenso social para que possa, legitimamente, afastar a força obrigatória da norma penal em prol de valores verdadeiramente mais relevantes, o que está longe de se verificar na hipótese.

Destaque-se, por fim, que, diante da redação do artigo 5º, § 1º, da Lei n. 13.254/2016, após aderir formalmente ao malsinado

---

55 À guisa de ilustração, cite-se o fato de que o atual relator da medida provisória que se encontra em apreciação no Congresso Nacional e que tratará de mais uma versão do REFIS, o Deputado Newton Cardoso Filho, tratou de ampliar, em prol de inadimplentes, o pacote de benesses que já constava no texto original, fazendo com que, se aprovado, fosse gerado um prejuízo aos cofres públicos da ordem de dez bilhões de reais. O dado inusitado dessa iniciativa fica por conta do fato de que o referido parlamentar-relator é sócio de empresas que devem à União Federal mais de cinquenta milhões de reais em tributos. Cf. dados disponíveis em: *Jornal O Globo*, p. 38, de 13/08/2017.

Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), o candidato a anistiado terá, ainda assim, bastante tempo (até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória) para pensar se vai mesmo abandonar a clandestinidade e cumprir suas obrigações fiscais ou se vai continuar apostando na prescrição ou em qualquer outra possível causa (quem sabe uma nova lei benevolente) que aniquile a possibilidade de punição criminal. Tais circunstâncias embasam a realidade de que a lei em comento neste estudo foi elaborada não para auxiliar cidadãos desejosos de reconciliação com o ordenamento jurídico, como se tentou argumentar, mas sim para privilegiar criminosos dotados de poder econômico e político, o que se dá de forma irrazoável e, por conseguinte, inconstitucional.

## CONCLUSÃO

“Entre nós o direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade [...]”<sup>56</sup>

Em que pese o fato de terem sido lançadas há décadas, as impressões de Frágoso sobre a criminalidade econômico-tributária permanecem, lamentavelmente, atualíssimas no Brasil.

Noutro giro, se, por tradição, a norma tributária é socialmente rejeitada<sup>57</sup>, por outro lado, o tributo vem se configurando, na ilustração de Ricardo Lobo Torres<sup>58</sup>, como o preço da li-

56 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*, p. 03. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em: 12/12/2015.

57 A altíssima carga tributária brasileira e os inúmeros episódios criminosos de desvios de recursos públicos contribuem, inegavelmente, para a referida rejeição, o que não afasta a razoabilidade do reconhecimento do dever de solidariedade inerente ao pagamento de tributos. Sobre o tema, vale a transcrição da preleção de Marcus Abraham: “Um dever em favor de si mesmo, como cidadão contribuinte e elemento integrante de uma coletividade que lhe oferece toda uma estrutura para conduzir sua vida e sobrevivência com harmonia, liberdade e satisfação. O dever de pagar tributos é o preço deste sistema.” ABRAHAM, Marcus. *O planejamento tributário e o direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59.

58 TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação da Capacidade Contributiva e dos Direitos Fundamentais do Contri-

berdade. Historicamente, a consciência da sociedade brasileira não reconhecia a sonegação fiscal como ilícito, sendo a penalização vista como uma hipótese excepcional de prisão por dívida, o que se reflete, ainda hoje, na escassa imposição concreta de sanções penais – mais raramente ainda, penas privativas de liberdade – quanto aos crimes praticados em detrimento da ordem econômico-tributária.<sup>59</sup>

Ocorre que a secular complacência social com malfeitos envolvendo tributos ou o produto de seu pagamento (ex.: sonegação, desvio de recursos públicos e irresponsabilidade fiscal dos governantes) vêm sendo, se não erradicada, ao menos combatida na cultura brasileira, o que se dá no contexto de um amadurecimento, republicano e democrático, por meio do qual passa a ser reconhecida a importância do princípio da solidariedade social. Nesse ponto, a emergência da noção de cidadania fiscal fomenta uma maior participação de toda a sociedade nas discussões ligadas à justiça tributária, tanto em seu viés negativo (no tocante à limitação da carga fiscal), quanto em seu viés positivo (no tocante ao reconhecimento do dever fundamental de pagar tributos).<sup>60</sup>

A crítica sobre a intervenção penal para resguardo da ordem jurídico-tributária é frequentemente baseada na genérica afirmação de fracasso do Direito Penal na contenção da sonegação fiscal.<sup>61</sup> Entretanto, em que pese ter o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo<sup>62</sup>, o número de presos ou condenados por crimes econômico-tributários é tão insignificante que sequer é

---

buinte. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 432.

59 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: IBDT, 1976, p. 177.

60 ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53.

61 Mesmo ante sucessivos fracassos em termos de realidade empírica, uma parcela da doutrina insiste em defender a eficácia social da oferta legal de extinção da punibilidade de crimes econômico-tributários em troca da elevação da arrecadação fiscal. Sobre o tema, sustentando a legitimidade do equívoco retronarrado: MASI, Carlo Velho. *Criminalidade econômica e repatriação de capitais: um estudo à luz da política criminal brasileira*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 396.

62 Em junho de 2014, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, divulgou o levantamento nacional de informações penitenciárias e revelou que o Brasil tinha um total de 607.731 pessoas presas, ocupando a quarta posição mundial em população carcerária, atrás apenas de EUA, China e Rússia. No entanto, o mesmo relatório demonstra que os crimes contra a ordem tributária e os crimes econômicos em geral sequer aparecem no referido registro estatístico dominado pelos tipos penais referentes ao tráfico de entorpecentes (27% dos presos), ao roubo (21%) e ao homicídio (17%). Dados disponíveis em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>>. Acesso em: 07/12/2015.

digno de registro nos dados estatísticos existentes. Logo, ao menos quanto à realidade pátria, mostra-se desprovida de fundamentação empírica qualquer conclusão sobre o fracasso do Direito Penal no combate à delinquência econômico-tributária.

Os crimes contra a ordem tributária permanecem sendo um faz de conta em nosso país. São tipos penais que existem apenas formalmente, eis que não são aplicados de forma concreta, o que impede qualquer análise séria sobre sua utilidade e eficácia.<sup>63</sup> Tais tipos penais necessitam, na verdade, de imunização frente ao boicote a que são sistematicamente submetidos, ora pelo legislador, ora pela jurisprudência. Uma vez efetivados em sua integralidade, aí sim uma conclusão digna de credibilidade poderá ser alcançada.

Aliás, modernos estudos têm defendido que a certeza do sancionamento penal produz considerável efeito dissuasório, sobretudo diante da criminalidade econômica, cujo perfil é sabidamente utilitarista e racional. Nesse aspecto, revela-se adequada a aplicação da chamada teoria dos “3 esses” (em referência à expressão “*short, shock and sharp*”<sup>64</sup>), que preconiza que, sem prejuízo do emprego de sanções pecuniárias e restritivas de direitos para infrações de pequena monta<sup>65</sup>, a pena privativa liberdade mostra-se razoável e adequada no enfrentamento da delinquência econômica de grande porte, desde que a sanção citada seja qualificada pela curta duração, pela irreduzibilidade (descabimento de medidas mitigadoras ou substitutivas) e, acima de tudo, pela inexorabilidade (certeza de sua aplicação).

Sobre o tema, mais uma vez, é inarredável reconhecer a subsistente atualidade do pensamento de Fragoso<sup>66</sup>:

---

63 Daí o descabimento da afirmação de que os crimes contra a ordem tributária têm “pouca utilidade prática”. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

64 Sobre o tema, confira-se: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *O direito penal econômico*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. Número 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 143.

65 ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Crimes contra a ordem tributária*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 57.

66 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*, p. 04. Texto disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em 12/12/2015.

“Tem-se dito, com razão, que os homens de negócio temem particularmente a pena criminal e que, em relação a este tipo de delinquentes, a intimidação da pena seria muito mais eficiente, porque afeta a reputação, e, conseqüentemente, o crédito e a prosperidade dos negócios. A Criminologia Radical tem insistido na necessidade de dirigir o potencial repressivo do Estado precisamente contra os que integram a classe dominante, sendo beneficiários de uma ordem socioeconômica desigual, estabelecida exatamente para protegê-los.”

Por todo o exposto, crê-se que a anistia criminal concedida pelo artigo 5º da Lei n. 13.254/2016 viola o princípio constitucional implícito da razoabilidade-proporcionalidade porque: (1) afronta a vedação à proteção penal deficiente de direitos fundamentais e a vedação de retrocesso na proteção penal a interesses sociais; (2) contribui para a perpetuação da impunidade que privilegia delinquentes do colarinho branco; (3) desestimula cidadãos honestos quanto ao cumprimento de obrigações fiscais e, em última análise, (4) causa descrédito à atuação igualitária e efetiva da Justiça Criminal do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *O planejamento tributário e o direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Crimes contra a ordem tributária*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 52/63.

ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995, p. 155.

\_\_\_\_\_. O direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. N. 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 142/156.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crime organizado e proteção de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. 39 p. Disponível em: <[www.luisroberto-barroso.com.br](http://www.luisroberto-barroso.com.br)>. Acesso em: 12/12/2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. *Evasão de divisas: angústia e solução*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/08/1665062-evasao-de-divisas-angustia-e-solucao.shtml>>. Acesso em: 04/12/2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Direito penal tributário: aspectos relevantes*. Campinas: Bookseller, 2005.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 199.

\_\_\_\_\_. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 831/856.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O novo direito penal tributário e econômico*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/pareceres/85-artigos-e-pareceres.html>>. Acesso em: 04/12/2015.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em: 12/12/2015.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal*. V. I: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*. In: *Novos Rumos do direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. SCHMIDT, Andrei Zenkner Schmidt (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 401/426.

GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 151/172.

\_\_\_\_\_. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 173/206.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: *A efetividade dos direitos sociais*. GARCIA, Emerson (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MASI, Carlo Velho. *Criminalidade econômica e repatriação de capitais: um estudo à luz da política criminal brasileira*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 07/20.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: IBDT, 1976.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PEÑA CABRERA, Raul. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 36/49.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Proposta para repatriação de dinheiro acompanha tendência mundial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/renato-silveira-repatriacao-dinheiro-acompanha-tendencia-mundial>>. Acesso em: 04/12/2015.

\_\_\_\_\_; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 104.410/Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar

Mendes. DJ 06/03/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/07/2017.

TOLEDO, Suzana Barros de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação da Capacidade Contributiva e dos Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 430/456.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1999.

# Da Resolução dos Contratos de Promessa de Compra e Venda de Imóveis na Planta: Comentários Acerca da Lei nº 13.786/2018

**Bruno Magalhães de Mattos**

*Doutor e Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Fórum Permanente de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.*

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade apresentar as principais inovações trazidas pela Lei nº 13.786/18, que disciplinou a resolução dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta firmados com incorporadoras imobiliárias. A lei em questão, que entrou em vigor no final de 2018, apresenta pontos polêmicos, uma vez que se mostra contrária à jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, e pontos nebulosos, tendo em vista diversas lacunas surgidas a partir do texto legal. Assim sendo, o trabalho tem ainda por finalidade apontar os pontos polêmicos e, sem querer ser definitivo, oferecer soluções para as lacunas apresentadas.

**Palavra-chave:** Resolução; compra e venda; imóveis na planta; Lei nº 13.786/18

**Abstract:** Abstract: This study has the purpose to show the major innovations introduced by the Law No. 13.786/18, which disciplines the dissolution of Preliminary Sale and Purchase Agreement in cases where the purchase of properties happens with real estate development on the Project stage.

Despite the fact that the law came in to force at the end of last year, it presents some points that are controversial to the judicial precedent of Brazilian Superior Justice Courte and has unclear topics, emerged after several shortcomings in the law.

Therefore, the study also has the purpose to discuss sticking points trying not to be definitive providing solutions to the presented gaps.

**Keywords:** Dissolution; Sale and Purchase; properties on the project stage; Law n° 13.786/18

## INTRODUÇÃO:

No final do ano de 2018, entrou em vigor a Lei n° 13.786, que, dentre outros temas, disciplinou a resolução de contratos de promessa de compra e venda de imóveis submetidos à incorporação imobiliária.

Diante de diversos pedidos extrajudiciais ou judiciais de extinção desses contratos, a lei veio à baila, segundo os seus idealizadores, para trazer segurança jurídica ao mercado imobiliário, que precisava de critérios claros (tanto econômicos como jurídicos) para extinguir uma promessa de compra e venda de imóvel na planta.

Conforme é sabido, a crise financeira que assolou o país no meio da presente década fez com que diversos consumidores não mais conseguissem honrar os contratos de promessa de compra e venda assinados com incorporadoras e com construtoras imobiliárias, sendo certo que o consumidor, ao expressar a vontade de pôr fim ao contrato, pleiteava junto ao promitente alienante a devolução dos valores pagos, com o que o mesmo não concordava.

A consequência dessa desavença, como dito, foi um elevado número de demandas processuais que bateram à porta do Judiciário nacional. Em razão da instabilidade jurídica provocada por essas demandas, o Superior Tribunal de Justiça, com base no Código de Defesa do Consumidor, passou a entender que a irretroatividade da promessa de compra e venda, nesses contratos,

seria cláusula abusiva, assim como a cláusula de decaimento. Para tanto, editou a Súmula nº 543 , que assim dispõe:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJE 31/08/2015).

E, a partir do entendimento sumulado, o STJ alinhou a jurisprudência e passou a determinar também que o montante de retenção máximo pelas construtoras e incorporadoras seria de 25% (vinte e cinco por cento) do total despendido pelo adquirente.

Ocorre que as construtoras e as incorporadoras, por infinitas razões, sempre se colocaram contrárias ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e se recusavam a distratar as promessas até então em vigor, inviabilizando a paz social querida pela jurisprudência.

O cenário ainda hoje é de incerteza econômica e jurídica para todos os envolvidos, com um número cada vez maior de demandas judiciais, o que , além de onerar ainda mais o Judiciário já sobrecarregado por outras questões jurídicas, mantém a insegurança a respeito do tema.

O legislador , ciente desse imbróglio jurídico, econômico e social, resolveu então regulamentar a questão, com o intuito, como dito, de pacificá-la. Todavia, o que se observa, a princípio, da Lei nº 13.876/18, que inseriu alguns dispositivos na Lei nº 4.591/64, é que ela não se mostra apta, por si só, a apresentar uma solução definitiva para tal insegurança que se observa, sendo certo que parte da doutrina acredita que essa insegurança tende a se intensificar , principalmente em razão das lacunas que a lei apresenta, e que serão nesse estudo abordadas.

## 1. DA ABRANGÊNCIA DA LEI

Antes de avançar para os comentários acerca dos principais dispositivos da Lei nº 13.786/18, é preciso entender o universo jurídico que lei disciplina e no qual atua.

E, com base no artigo primeiro da lei, pode-se afirmar que ela regulamenta os contratos firmados em sede de incorporação imobiliária, cujas unidades autônomas são vendidas na planta.

Segundo o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64, considera-se incorporação imobiliária “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.”

A atividade em questão somente pode ser desenvolvida pelo incorporador, seja ela “pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno, objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.”

Logo, pode-se afirmar, a partir do dispositivo em questão, que os imóveis que se sujeitam à presente lei são futuros e de responsabilidade do incorporador, e que vão integrar um condomínio edilício.

Portanto, se uma pessoa natural deseja vender seu imóvel por meio de uma promessa de compra e venda para um terceiro, cujo pagamento será parcelado no tempo, o rompimento desse contrato não passa pela tutela da Lei nº 13.786/18, mas sim do Código Civil de 2002.

Ou ainda, se uma construtora, sem a qualidade de incorporadora, resolve construir um imóvel futuro para, posteriormente, vender suas unidades autônomas em parcelas diferidas no tempo, o contrato firmado entre as partes também não se submete

à presente lei, mas, igualmente, ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor.

E não é só, além da necessidade de haver um incorporador para operar esse contrato, a lei somente é aplicável aos contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão, ou promessa de cessão de unidades autônomas em condomínio edilício e cuja resolução ocorra na via judicial.

Assim sendo, a presente lei não se aplica aos contratos de compra de unidades autônomas submetidos ao regime de alienação fiduciária em garantia (Lei nº 9514/17), uma vez que, para esse contrato, há procedimento específico de extinção regulado por legislação própria.

Note-se também que, além da restrição legal quanto à espécie contratual e aos sujeitos do contrato, a nova lei somente se aplica às hipóteses de resolução contratual, espécie do gênero extinção dos contratos, o que, conseqüentemente, restringe demasiadamente seu campo de abrangência.

Dessa forma, seria oportuno o legislador ter feito menção à extinção do contrato e não à espécie de cessação, isto porque um dos temas mais nebulosos do direito contratual é o da nomenclatura correta para as hipóteses de extinção do vínculo jurídico, em que a lei e a doutrina não são uníssonas quanto a essas terminologias.

Nesse sentido adverte Marco Aurélio Bezerra de Melo que

Grassa insuperável controvérsia doutrinária no que se refere à nomenclatura utilizada para determinadas situações que acarretam o desfazimento do contrato. Há renomados autores que chamam de rescisão o que a lei chama de resolução e até de resilição, assim como esse termo, por vezes, é utilizado no lugar de revogação. Existindo, ainda, quem afirma ser este último termo o mesmo que invalidade. (MELO, 2018, p. 272)

Apesar da notória controvérsia sobre o tema, pode-se afirmar que, segundo os ensinamentos doutrinários e a partir do que

dispõe o Código Civil, a extinção dos contratos pode se submeter à resilição bilateral, conhecida também como distrato, e que se dá quando as partes de comum acordo resolvem extinguir o vínculo jurídico. Nessa hipótese, há vontade de ambas as partes de pôr fim ao contrato por meio de um acordo de vontades, na forma do artigo 472 do CC.

Já a resilição unilateral, prevista no artigo 473 do CC, como o próprio nome sugere, se dá quando a vontade de por fim ao contrato é manifestada por apenas uma das partes contratantes, quando, então, se examina também culpa e a possibilidade de incidência de perdas e danos ou de cláusula penal prevista em contrato. Nas hipóteses em que não há culpa dos contratantes, o contrato se extingue por falta de objeto ou de interesse, e as partes retornam ao *status quo ante*.

Ainda na forma do Código Civil, há a hipótese de extinção do contrato pela cláusula resolutiva, que pode ser expressa ou tácita, e que é arguida a partir do inadimplemento contratual provocado por uma das partes.

Quanto a essa terminologia, ensina Flávio Tartuce que

A partir dos entendimentos doutrinários referenciados no início do capítulo, pode-se afirmar que a rescisão (que é o gênero) possui as seguintes espécies: resolução (extinção do contrato por descumprimento) e resilição (dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo). Todas as situações envolvem o plano da eficácia do contrato, ou seja, o terceiro degrau da Escada Ponteaniana. (TARTUCE, 2018, p. 256)

Logo, nas hipóteses em que o consumidor não está inadimplente, mas busca a extinção do contrato por não ter mais capacidade financeira de honrar com os valores pactuados, esse consumidor não poderia buscar resguardo na lei em comento e evitar prejuízos futuros, uma vez que a mesma somente se aplicaria às hipóteses de inadimplemento culposos da obrigação.

Por isso é que não se deve trabalhar com a restrição aparentemente imposta pela lei, pois, seguindo a interpretação sugerida por esta, os consumidores se manteriam inertes e, conseqüentemente, inadimplentes, esperando o fornecedor de produtos ou serviços ingressar com a demanda de extinção contratual por resolução contratual, quando então esses consumidores teriam a proteção da lei e o direito de devolução parcial do montante pago.

Com efeito, ao reconhecer a limitação terminológica legal, seria possível defender a cláusula de decaimento, uma vez que a lei nova não abarcaria as hipóteses de rescisão unilateral requerida pelo promitente comprador.

Hipoteticamente, o consumidor tenta extrajudicialmente o distrato, o que não é aceito pela incorporadora; logo, precisa ingressar com demanda de extinção contratual, e, como não está inadimplente, mas visa a mitigar seus próprios prejuízos, propõe uma demanda de rescisão unilateral, e a consequência dessa arguição pode vir na linha acima aduzida (da perda integral dos valores pagos), o que é inclusive defendido judicialmente pelas incorporadoras quando o consumidor busca em juízo a proteção dos seus interesses na Súmula 543 do STJ.

Todavia, o que deve ser examinado, a partir da Lei e da própria Súmula nº 543 do STJ, embrionária da vontade legislativa e que também se refere ao termo resolução, é simplesmente a culpa dos contratantes. Se a culpa para a extinção do contrato for do consumidor, a devolução é parcial, se do fornecedor, a devolução é integral.

Note-se que, no caso presente, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, o disposto no artigo 53 do aludido diploma legal, que trata a cláusula de decaimento como abusiva. Ademais, o contrato em questão é de adesão, o que autoriza a rescisão unilateral, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor.

Quanto aos contratos celebrados à luz do Código de Defesa do Consumidor, acrescenta Sylvio Capanema que:

Também já se reconhece o direito de o promitente comprador, havendo relação de consumo, pedir a resolução do contrato, diante de sua onerosidade excessiva, quando verificado que não mais pode ele adimplir as prestações, por causas supervenientes, reclamando, em decorrência, a devolução das parcelas já pagas. (SOUZA; 2018, p. 392)

Ou seja, a resolução do contrato também poderia ser arguida por aquele que se encontra inadimplente, à luz dos princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor, da vedação ao enriquecimento sem causa e do direito da parte de reduzir seus próprios prejuízos.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, editor da Súmula nº 543, não entra na celeuma dos termos técnicos para a extinção dos contratos quando o assunto é a devolução dos valores pagos, senão vejamos o Recurso Especial nº 1.300.418/SC:

É antiga a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de que o promitente comprador de imóvel pode pedir a resolução do contrato sob alegação de insuportabilidade da prestação devida:

PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO.

- O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte. (REsp. 59870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002, p. 281)

Na verdade, a questão relativa à culpa pelo desfazimento da pactuação resolve-se na calibragem do valor

a ser restituído ao comprador e não pela forma ou prazo de devolução.

É assente o entendimento de que a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel por culpa (ou por pedido imotivado) do consumidor gera o direito de retenção, pelo fornecedor, de parte do valor pago, isso para recompor eventuais perdas e custos inerentes ao empreendimento, sem prejuízo de outros valores decorrentes, por exemplo, da prévia ocupação do imóvel pelo consumidor.<sup>1</sup>

Portanto, pode-se afirmar que a Lei nº 13.786/18 aplica-se às hipóteses de extinção contratual *lato sensu*, pois o que se observa para a devolução de percentual do montante pago é a natureza do contrato convencionado, a vedação ao enriquecimento sem causa e a vedação à cláusula de decaimento, sendo certo que a culpa é o fato determinante para sopesar os valores que serão retidos na forma da nova lei.

## 2. DAS REGRAS PREVISTAS NA LEI Nº 13.786/18 PARA O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA

O artigo 2º da nova Lei, que interessa ao presente trabalho, introduziu na Lei nº 4591/64 os artigos 35-A, 43-A, 67-A sem, contudo, extinguir as dúvidas e lacunas que se faziam presentes ao tema antes da sua entrada em vigor. E mais, teve o “mérito” de introduzir outras lacunas até então inimagináveis, o que impõe, nesse momento, um exame cuidadoso sobre elas.

### 2.1 Do quadro resumo

No que tange ao artigo 35-A, o legislador impôs que todos os contratos de compra e venda de imóvel na planta, negociados por incorporadoras imobiliárias, deverão ser iniciados por um quadro-resumo.

<sup>1</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.300.418/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 13/11/2013. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> > Acesso em: 15/08/2019

Já era prática no mercado imobiliário introduzir no contrato esse quadro-resumo; todavia, ante a falta de legislação específica sobre o tema, cada incorporadora introduzia o quadro-resumo conforme as suas necessidades, ou seja, não havia uniformidade quanto a tal elaboração. Com a nova lei, a ausência de quaisquer das informações arroladas nos incisos do artigo 35-A caracterizará justa causa para a rescisão contratual por parte do adquirente; para tanto, deverá o adquirente, primeiro, identificá-las e, a partir de então, conceder ao alienante um prazo de 30 (trinta) dias para o aditamento do contrato e saneamento das omissões.

Apesar da lacuna legislativa, essa comunicação ao alienante deverá ser realizada via notificação extrajudicial, inclusive por meios eletrônicos, por analogia ao entendimento do STJ, que já manifestou a regularidade desse meio de comunicação em outros contratos privados.

A função do quadro-resumo é informar ao adquirente do imóvel, de maneira mais dinâmica, os principais direitos e obrigações contraídas pelo mesmo, o que, na visão do legislador, gera maior transparência e segurança para os envolvidos no processo aquisitivo, até porque o adquirente está diante de um contrato de adesão e não tem a plena liberdade de discutir as cláusulas contratuais já previamente estabelecidas pelo incorporador.

Todavia, não se pode negar que o artigo 35-A trouxe para o quadro-resumo um rol acentuado de informações que dele deverão constar, o que pode gerar certo entrave na hora de redigir o contrato, ou seja, aquilo que era para ser resumido, na verdade engloba praticamente quase todo o contrato, e a informação que era para ser dinâmica acaba perdendo tal finalidade.

## 2.2. Do período de tolerância

Já o artigo 43-A confere ao alienante a possibilidade de atrasar a entrega da coisa em até 180 dias, a contar da data pactuada para a entrega do imóvel, desde que assim seja expressamente pactuado, de forma clara e destacada no contrato. Valendo-se o alienante do prazo legal e cumprido os requisitos para tanto, não

poderá o adquirente buscar a resolução contratual nem eventual indenização por perdas e danos que, por ventura, venha a experimentar dentro do prazo dilatatório.

Na verdade, o artigo em questão nada mais é do que a regulamentação do posicionamento pacificado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

O STJ entendeu que a previsão do prazo dilatatório de 180 dias previstos antecipadamente no contrato não configura cláusula abusiva, por mais que se postergasse unilateralmente a entrega da coisa ao adquirente e cuja previsão estivesse em um contrato de adesão<sup>2</sup>.

Na visão do tribunal da cidadania, o contrato em questão é extremamente complexo e depende de fatores autônomos para a sua realização e conclusão, o que transcende a vontade do alienante, uma vez que esses fatores não são manejáveis pela incorporadora justamente por envolver fornecedores externos de produtos e serviços para o empreendimento, fatores naturais (climáticos), econômicos (crise financeira) e sociais (falta de mão de obra qualificada). Assim sendo, o prazo de tolerância de 180 dias seria totalmente razoável para essa espécie contratual.

Agora, se a entrega ultrapassar o prazo de 180 dias previstos em lei, não tendo o adquirente dado causa ao atraso, poderá ser promovida a resolução do contrato sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até sessenta dias corridos da resolução, corrigidos nos termos do §8º do art. 67-A da Lei.

---

2 AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LUCROS CESSANTES. FIXAÇÃO DE VALOR DO PREJUÍZO PELA NÃO FRUIÇÃO. VALOR DO LOCATIVO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA DURANTE A MORA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83 DO STJ. 1. A conclusão do acórdão recorrido acerca do critério para se chegar ao real valor do locativo observou a jurisprudência adotada neste Superior Tribunal de Justiça. 2. A jurisprudência desta Corte reconhece a validade da cláusula de tolerância, desde que observado o direito de informação ao consumidor. 3. É devida a incidência de correção monetária sobre o saldo devedor de imóvel comprado na planta durante a mora da construtora, porque apenas recompõe o valor da moeda, sem representar vantagem à parte inadimplente. 4. Agravo interno a que se nega provimento. AgInt no REsp 1698519/SP AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2017/0237058-0, Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data do Julgamento: 20/09/2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1698519&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1698519&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)> Acesso em: 15/08/2019

Entretanto, se o adquirente ainda tiver interesse no imóvel, poderá renunciar à cláusula resolutiva e aguardar a entrega da coisa, mas será devido ao mesmo uma indenização de 1% (um por cento), calculada sobre o valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente conforme o índice estipulado em contrato.

Note-se que a multa em questão se dá em favor do adquirente do imóvel. Dessa forma, defende-se, independentemente de previsão contratual, por estarmos em um contrato de adesão, que, além da multa legalmente estabelecida, o comprador teria o direito de buscar indenização suplementar por perdas e danos, mesmo porque pode acontecer, dependendo do montante até então pago, que a multa não se mostre compatível com os prejuízos até então experimentados, analogia que se extrai do artigo 416 do Código Civil.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou tese no sentido de não ser possível cumular a cláusula penal moratória com pedido posterior de lucros cessantes para os casos de atraso na entrega do imóvel por parte da construtora, sob o seguinte fundamento:

A tese, portanto, do recurso repetitivo, é a seguinte: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.<sup>3</sup>

Com efeito, a tese em questão se firmou para os casos em que os valores previstos na cláusula penal moratória se mostram compatíveis com o valor locativo do imóvel adquirido.

Todavia, o art. 43-A, §2º da nova Lei, que estabelece a cláusula penal moratória para as hipóteses de atraso na entrega da coisa, utiliza como base de cálculo não o valor do contrato, ou seja, o valor da obrigação principal, mas sim o montante até então pago pelo adquirente, o que, como acima salientado, pode

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.498.484/DF, Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Data do Julgamento: 22/05/2019. Disponível em; < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93462552&num\\_registro=201403066349&data=20190625&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93462552&num_registro=201403066349&data=20190625&tipo=91&formato=PDF)> acesso em: 14/08/2019

não ter um caráter significativo, o que ,consequentemente, influenciará negativamente no valor da multa.

Verifica-se que a tese firmada pelo pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a cumulação da cláusula penal moratória com os lucros cessantes observou o valor do imóvel, e não os valores pagos pelo adquirente, donde pode-se concluir que, em razão do disposto na nova Lei, a cumulação da cláusula penal com os lucros cessantes deverá ser examinada caso a caso.

No caso concreto, a cláusula penal moratória avençada pelas partes prevê a incidência de multa no percentual de 1% do preço do imóvel (estabelecido no contrato) por mês de mora, a toda evidência suficiente à reparação dos danos patrimoniais, razão pela qual nego provimento ao recurso especial.<sup>4</sup>

## 2.3 Do direito de retenção dos valores pagos pelo promitente comprador

### 2.3.1 Da Comissão de corretagem

No caso de desfazimento do contrato, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto da obrigação pelo adquirente, dispõe o artigo 67-A da Lei que este fará *jus* à restituição das quantias quitadas que tiver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas sendo deduzidas cumulativamente a integralidade da comissão de corretagem e a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga, além de outras verbas que serão mais a frente estudadas.

No que tange à comissão de corretagem, o legislador atendeu ao pleito das incorporadoras , que defendiam em sede judicial que tal verba deveria ser de responsabilidade do adquirente. O fundamento aduzido pelas incorporadoras estava no fato de a

---

<sup>4</sup> Idem.

ruptura contratual decorrer da culpa do promitente comprador que, unilateralmente, deixava de arcar com as parcelas previstas no contrato, bem como por ser a verba tão somente remuneratória do serviço de corretagem, sem, contudo, integrar o patrimônio das incorporadoras ou o patrimônio de afetação do empreendimento.

As alegações que sensibilizaram o legislador são razoáveis, mas ferem as normas de defesa do consumidor, isto porque o contrato de corretagem é pactuado entre a incorporadora e a empresa de corretagem, inclusive quanto aos valores a serem pagos, e beneficia exclusivamente a incorporadora, uma vez que otimiza o processo de vendas das unidades. Conforme é sabido, no local do empreendimento é montado um espaço de vendas, onde o corretor recebe potenciais compradores e os incentivam a adquirir as unidades. Não há qualquer contraprestação desse serviço em favor do consumidor, que acredita, inclusive, estar lidando com preposto da própria alienante. Portanto, não há razão para exigir que o consumidor ou simplesmente o adquirente assumam o pagamento da corretagem, até porque não lhe é possibilitado (não se tem notícias disso) adquirir o imóvel diretamente da incorporadora, o que, conseqüentemente, remete à hipótese de venda casada<sup>5</sup>, pois, para comprar a unidade, é necessário adquirir o serviço de corretagem.

Ademais, no cálculo da corretagem, se considera o valor integral do imóvel e, muitas das vezes em que há ruptura contratual, o promitente comprador ainda não efetuou sequer o pagamento da metade do preço total. Dessa forma, assumindo integralmente a corretagem, o promitente adquirente pode ficar sem receber o percentual legal de restituição dos valores pagos e, dependendo do contexto, pode se manter devedor da empresa de corretagem, o que novamente fere, diretamente, o Código de Defesa do Consumidor.

Malgrado o acima relatado, a retenção da comissão de corretagem prevista na nova lei é, tão somente, a regulamentação

5 Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; (...) Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)> Acesso em: 09/07/2018.

do posicionamento jurisprudencial que já vinha sendo adotado pelos tribunais superiores. Isto porque o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de ser legítima a cobrança da comissão de corretagem do promitente adquirente desde que haja prévia informação acerca do preço total da aquisição da unidade autônoma e destaque do valor da comissão de corretagem no contrato.<sup>6</sup>

Como, pela nova Lei, o valor referente à corretagem, suas condições de pagamento e a indicação do seu beneficiário devem constar do quadro-resumo do contrato, esta poderá ser exigida do promitente comprador do imóvel que, por outro lado, continuará a ter a liberdade de firmar ou não o negócio jurídico.

Entretanto, defende-se a possibilidade de o comprador adquirir a unidade autônoma diretamente da incorporadora, sem ter que se submeter às consequências do contrato de corretagem, uma vez que essa aquisição não necessita peremptoriamente de tal serviço para produzir efeitos, bem como também em razão dos princípios básicos do direito do consumidor, que inadmitte venda casada. A possibilidade de se adquirir diretamente da incorporadora deve ser informada ao comprador, que decidirá sobre a aquisição, se de forma direta ou assistida pelo corretor.

Não obstante a previsibilidade do pagamento da comissão de corretagem, outras verbas, como, por exemplo, as arras, o seguro prestamista e custos com o leilão, que eram questionadas pelas incorporadoras como não devolutivas, não poderão mais ser retidas pelas empresas, pois não integram o rol previsto no artigo 67-A da nova Lei. Desse modo, tal artigo deve ser interpretado como taxativo, uma vez que tutela direitos básicos dos consumidores, redigidos em um contrato de adesão.

---

6 RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA. I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.(...) REsp 1599511 SP. Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento: 24/08/2016

### 2.3.2. Da Cláusula Penal legal

No que tange à penalidade legal de 25% (vinte e cinco por cento) de retenção sobre os valores pagos para as hipóteses de resolução do contrato por inadimplemento do adquirente, o legislador da Lei nº 13.786/18, novamente, utiliza como base para a sua fixação o posicionamento jurisprudencial que já estava consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

Por se tratar de uma cláusula penal compensatória, não há necessidade de a incorporadora demonstrar o prejuízo; todavia, diferentemente do que estipulava a jurisprudência do STJ, que previa a restituição imediata dos valores pagos, no caso 75% (setenta e cinco por cento) do total pago, a Lei nº 13.786/2018 autoriza a incorporadora a devolver os valores, tão somente, 180 (cento e oitenta) dias após a extinção do contrato, o que é amplamente prejudicial ao adquirente, pois, além de não ter a disponibilidade do dinheiro para dar azo a outras finalidades econômicas, não incidem durante o período de carência juros e correção monetária.

Note-se que a nova Lei também concedeu prazo para as hipóteses de culpa da incorporadora pelo rompimento contratual, o que gera uma dupla penalidade para o adquirente que não deu azo ao inadimplemento, quais sejam: ficar sem o imóvel e só receber os valores pagos após sessenta dias da extinção do vínculo jurídico.

Ou seja, tanto em um caso como em outro, a Lei nº 13.786/18 protege demasiadamente o patrimônio da incorporadora, esquecendo-se que do outro lado da relação há um ser humano frustrado e sem recursos financeiros para dar continuidade aos seus projetos de vida.

O prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto na Lei para a devolução dos valores pagos será reduzido para 30 (trinta) dias quando ocorrer a revenda da unidade dentro do prazo de tolerância, e, nessa hipótese, o valor remanescente será atualizado com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel.

Contudo, apesar de a norma aparentemente proteger o adquirente da unidade imóvel, esta necessita ser interpretada à luz da boa-fé objetiva e da função social dos contratos para não chegar prejuízos futuros.

Ou seja, deve-se entender que o prazo máximo para o pagamento não deve ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias, tenha ocorrido ou não a venda da coisa ao terceiro adquirente nesse interregno de tempo.

Assim, se defende o adquirente, tendo em vista que poderia surgir o posicionamento no sentido de que se a revenda, por exemplo, ocorresse no centésimo septuagésimo dia, a incorporadora ainda teria 30 (trinta) dias para efetuar a devolução dos valores pagos. Em tal hipótese, seriam contabilizados um total de 200 (duzentos) dias contados da extinção do contrato para a efetuação do pagamento, o que, além de ser contrário aos prazos legais, não se mostra nem um pouco razoável.

Ainda no que diz respeito aos percentuais de retenção, aduz o legislador que, nas hipóteses em que a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos no artigo 67-A da Lei e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nesse caso, que a pena convencional prevista em lei seja majorada em até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.

Por patrimônio de afetação pode-se entender aquele que se manterá apartado do patrimônio do incorporador, destinando-se à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. Assim sendo, o patrimônio de afetação não se comunica com os outros bens, com os direitos e com as obrigações do patrimônio geral do incorporador e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

De uma maneira geral, pode-se afirmar que o ponto positivo da previsibilidade do patrimônio de afetação está no fato de que os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal, por exemplo: o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação – ou seja, há uma proteção maior ao patrimônio dos adquirentes de unidades em condomínio edilício, o que gera segurança jurídica quanto a entrega das unidades, evitando-se prejuízos reais.<sup>7</sup>

Todavia, esse é o dispositivo legal que mais sofre críticas (e com razão) por parte daqueles que enxergam na presente norma uma violação direta aos princípios e direitos norteadores do Código de Defesa do Consumidor, da boa-fé e da função social dos contratos. Primeiramente, porque o percentual previsto em lei se afasta completamente daquele pacificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, independentemente da qualidade da incorporação desenvolvida, atribuiu uma retenção máxima de 25% (vinte e cinco por cento) do total pago pelo adquirente. Em segundo lugar, a crítica se faz pertinente por incluir o legislador nesse cálculo a comissão de corretagem e a taxa de ocupação, o que provavelmente fulminará qualquer direito de devolução pelos valores pagos, o que, por vias transversas, legitima a cláusula de decaimento proibida pelo próprio CDC. Em terceiro lugar, se existir alguma quantia a ser restituída ao adquirente, esta somente será paga após o habite-se, ou seja, se estabelece um prazo indeterminado, que muitas das vezes escapa do poder de coordenação da própria incorporadora, gerando uma incompreensível insegurança jurídica e econômica para o adquirente. E por fim, o patamar estabelecido é fonte de enriquecimento sem causa, uma vez o imóvel será alienado em leilão pela incorporadora e pelo preço de mercado.

---

7 No Brasil, um dos motivos que levaram à criação do patrimônio de afetação foi a falência de uma das maiores empresas da construção civil nacional, a Encol. Em seu auge, a empresa fora a maior e mais importante construtora do país, faturava quase 2 bilhões de reais por ano (em valores atualizados), empregava 23 mil pessoas e construiu mais de 100 mil apartamentos. Sua falência foi o mais duro golpe na credibilidade do mercado imobiliário brasileiro devido a sua consequência mais sombria: o abandono a própria sorte de 42 mil clientes que estavam pagando e aguardando por seus apartamentos. Disponível em: <http://www.marketingimob.com/2012/02/o-caso-encol-grande-licao-para-o.html>. Acesso em: 29/07/2019.

Entretanto, apesar do patamar previsto em lei saltar aos olhos, a penalidade em questão nada mais é do que uma cláusula penal compensatória e que pode ser pactuada em até 50% (cinquenta por cento) sobre o valor pago, ou seja, o percentual é variável, e diante do dispõe o artigo 413 do Código Civil, a penalidade em questão deverá ser reduzida equitativamente pelo magistrado quando a obrigação principal tiver sido cumprida parcialmente, ou quando o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio jurídico.

Nesse sentido, defende Marco Aurélio Bezerra de Melo que

A nosso ver, enquanto não houver o reconhecimento da inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 67-A da Lei nº 4.591/64, com a redação conferida pela Lei nº 13.786/18, para esclarecer que a regra somente se aplica em incorporações imobiliárias, cujo adquirente não seja consumidor, o correto será a aplicação deste artigo com o tempero, no âmbito da legalidade, dos artigos 413 do Código Civil e do artigo 53 da Lei nº 8.078/90. (MELO, 2019, p. 402)

Dessa forma, por mais que o contrato faça a previsão da multa sobre 50% (cinquenta por cento) do montante pago, o magistrado, respeitado os critérios legais, poderá reduzir seu montante, cabendo à incorporadora provar o motivo que a levou a praticar, perante aquele adquirente, o teto da multa, sob pena de restar configurado o abuso do direito.

Com efeito, para que as multas previstas na lei possam ter eficácia, é necessário que estejam previstas de forma negritada no quadro-resumo do contrato e que ainda haja anuência prévia e específica do adquirente a seu respeito, mediante assinatura junto a essas cláusulas, que deverão ser redigidas conforme o disposto no §4º do art. 54 do CDC. Todavia, por mais que exista tal cautela legal, a aquisição se desenvolve por meio de um contrato de adesão e os vícios na manifestação de vontade poderão ser apurados pelo magistrado, ou seja, o fato de haver

a assinatura do adquirente ao lado da cláusula penal, isto, por si só, não gera presunção absoluta de concordância quanto aos seus termos.

As multas em questão também perderão efeito se o adquirente que deu causa ao desfazimento do contrato encontrar um comprador substituto que o sub-rogue nos direitos e obrigações originalmente assumidos, desde que haja a devida anuência do incorporador e a aprovação dos cadastros e da capacidade financeira e econômica do comprador substituto.

Apesar de haver o silêncio da lei, entende-se que, à luz dos princípios que cercam as relações contratuais, principalmente no que tange à boa-fé objetiva e à função social dos contratos, a recusa do incorporador ao novo adquirente deverá ser justificada, sob pena de novamente restar caracterizado o abuso do direito previsto no artigo 187 do Código Civil.

No caso de inércia ou recusa sem motivo, caberá ao magistrado suprir a outorga a partir de requerimento suscitado em juízo pelo comprador originário.

### 2.3.3. Da taxa de ocupação

Dando sequência às penalidades previstas em lei para a ruptura culposa do contrato, além da comissão de corretagem e da multa convencional, o legislador impõe ainda ao adquirente que romper o contrato a responsabilidade de arcar com a taxa de ocupação do imóvel, que será calculada levando-se em consideração o período em que o comprador esteve na posse direta da coisa. A responsabilidade do adquirente se estende ainda aos demais encargos incidentes sobre o imóvel e às despesas do contrato.

No que tange à taxa de ocupação, a lei estipula uma alíquota máxima a ser cobrada pelo incorporador. Segundo a lei, o valor correspondente à fruição do imóvel será equivalente a 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato *pro rata die*<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Já a expressão *Pro Rata Die* tem o sentido de “proporcional ao dia”, como o caso de cobrança de juros expressa em valores diários, do tipo 0,5% ao dia, por exemplo. (...) Se em um serviço os juros por atraso no

Algumas questões precisam ser examinadas em razão da simplicidade legislativa, pois, enquanto estiver vigente o contrato, o adquirente é um possuidor justo e de boa-fé e, assim sendo, goza de proteção jurídica e social.

Note-se que, em razão do que dispõe o artigo 63 da Lei nº 4.591/64, o contrato somente poderá extinto por inadimplemento do adquirente quando este deixar de efetuar o pagamento de pelo menos três prestações do preço da construção e, após ser notificado, não pagar a mora, no prazo máximo de 10 dias.

Todavia, apesar do comando legal acima citado, para os contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis, tendo em vista a repercussão socioeconômica que os mesmos produzem, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que a cláusula resolutiva expressa não possui efeito automático com relação à posse derivada desse contrato, uma vez que deve ser observado o princípio da boa-fé objetiva. Logo, deve-se apurar se o inadimplemento do promitente comprador se deu por sua culpa exclusiva ou se foi resultado de alguma cláusula abusiva prevista no contrato de adesão, o que afastaria a culpa pelo inadimplemento.

Observa-se que o art. 67-A, §2º, III, da nova Lei dispõe que o percentual previsto no dispositivo em questão será aplicado levando-se em consideração o período de fruição sobre o imóvel. Entretanto, o dispositivo precisa ser interpretado à luz da vedação ao enriquecimento sem causa.

Defende-se que o taxa de fruição somente será exigível a partir do momento em que a posse do promitente comprador se tornar injusta e de má-fé, pois, durante o período adimplente, não há que se falar em tal cobrança, até porque as parcelas referentes à aquisição do imóvel estavam sendo adimplidas.

Pensar diferentemente é punir acentuadamente aquele que pagava as prestações do imóvel corretamente e, muita das vezes, ingressa com a demanda buscando a rescisão unilateral, por

---

pagamento são de 4,5% ao mês, é possível calcular os juros *pro rata die* fazendo:  $4,5\% / 30 \text{ dias} = 0,15\%$  ao dia. Caso algum cliente atrase seu pagamento por 10 dias, deverá pagar, em multa por atraso, o proporcional de 1,5% da dívida em causa. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/o-que-e-pro-rata/>> Acesso em 11/07/2019

não ter mais condições financeiras de continuar a honrar com as prestações pactuadas, ou ainda aquele que pagou grande parte do contrato e veio a perder a coisa em razão de poucas parcelas do contrato em aberto.

Fala-se em punir acentuadamente porque o promitente comprador que já pagou parcela considerável do contrato sofrerá a perda de até 50% do montante pago com a resolução do mesmo, e ainda lhe impor taxa de ocupação pelo período em que estava adimplente é fomentar o enriquecimento sem causa e a possibilidade de transcender ao valor da obrigação principal, uma vez que a taxa é calculada sobre o valor do contrato atualizado e não sobre o valor de mercado do imóvel.

Por outro lado, ao se manter a cumulação da cobrança da cláusula penal compensatória, que incide sobre o montante adimplido pelo promitente comprador, e da taxa de ocupação pelo período de inadimplência, restará homenageado tão somente o pretense adquirente que nada pagou pelo contrato. Isto porque, se nada ou quase nada pagou pelo imóvel, o montante de 50% de retenção incidirá sobre esse valor e a perda patrimonial desse devedor será irrisória, frente àquele que adimpliu parcelas consideráveis do contrato.

Adverte-se então que a taxa de ocupação somente se faz justa quando busca punir aquele que não arcou com as parcelas contratuais e exerceu posse graciosa até a resolução contratual. Ou seja, a taxa de ocupação, na verdade, compensa o período de inadimplência, período esse em que a multa contratual, em razão dos baixos valores pagos pelo então promitente comprador, não se fez coercitiva aos fins pelas quais foi idealizada.

Isto posto, a taxa de ocupação, apesar da omissão legislativa, não deve ser calculada sobre o período de inadimplência contratual, mas tão somente sobre o período de caracterização da posse injusta e de má-fé, que se dá a partir do inadimplemento contratual.

Note-se ainda que a lei também não contempla as benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias introduzidas na coisa pelo

possuidor de boa-fé. Diante da omissão legislativa, deve-se aplicar, por analogia, a regra prevista para o possuidor autônomo de boa ou má-fé, prevista nos artigos 1219 e 1220 do Código Civil.

Assim sendo, no caso do possuidor de boa-fé, devem ser indenizadas as benfeitorias necessárias e úteis realizadas na coisa, bem como deve ser conferido ao possuidor o direito de levantar as voluptuárias. Caso não seja possível levantar as benfeitorias voluptuárias, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa, deve o incorporador por elas pagar, sendo certo ainda que se estende ao possuidor de boa-fé o direito de retenção da coisa, enquanto não lhe forem pagas as benfeitorias úteis e necessárias nela introduzidas.

A título de exemplo, se o possuidor ainda adimplente introduziu na coisa móveis planejados e ar-condicionado central, o que valoriza consideravelmente o imóvel, os valores referentes a essas obras deverão ser indenizadas ao possuidor de boa-fé pela incorporadora.

Já no que tange ao possuidor de má-fé, compete a este tão somente ser indenizado pelas benfeitorias necessárias realizadas na coisa, contudo sem direito de retenção da mesma.

#### **2.4. Do direito de arrependimento**

A lei nova, seguindo regra disposta no Código de Defesa do Consumidor, confere ao comprador o direito ao arrependimento contratual. Isso será possível quando os contratos forem firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador; todavia, o adquirente deverá manifestar o arrependimento no prazo máximo e improrrogável de 7 (sete) dias, quando então serão devolvidos todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem.

Para tanto, caberá ao adquirente demonstrar o exercício tempestivo do direito de arrependimento por meio de carta registrada, com aviso de recebimento, sendo considerada a data da postagem como a data inicial da contagem do prazo a que se refere o §10º do artigo 67-A.

Apesar de o legislador impor o procedimento em questão para fins de segurança jurídica, acredita-se que, se por outros

meios lícitos se der ciência ao incorporador, não há porque o direito ao arrependimento não produzir efeitos.

No entanto, transcorrido o prazo de 7 (sete) dias a que se refere o § 10º em questão, sem que tenha sido exercido o direito de arrependimento, será observada a irretratabilidade do contrato de incorporação imobiliária, conforme o disposto no § 2º do artigo 32 da Lei nº 4591/64.

Portanto, a nova lei impõe a irretratabilidade da promessa de compra e venda quando ultrapassado o período de arrependimento e o faz com base no disposto na lei de condomínios e incorporação imobiliária.

Ocorre que, quando o promitente comprador for consumidor, deve ser aplicado ao caso o Código de Defesa do Consumidor, o qual considera a cláusula de irretratabilidade abusiva, tendo em vista ter sido ela elaborada em um contrato de adesão.

Ademais, à luz do disposto na Lei nº 4.591/64, a cláusula de irretratabilidade existe em benefício do comprador, e não do incorporador. Tal conclusão se extrai a partir da redação originária do artigo 32 da lei em comento<sup>9</sup>, que trazia enorme insegurança jurídica para aqueles que adquiriam imóveis cujo pagamento se dava de forma parcelada. Isto porque, independentemente do pagamento estar sendo efetuado e da averbação do contrato aquisitivo na matrícula do imóvel, o promitente alienante poderia extinguir o contrato a partir de um desejo unilateral, sendo certo que, para tanto, bastava o pagamento das perdas e danos ou da multa resolutória prevista no pacto, frustrando, consequentemente, os interesses do comprador.

Com efeito, a alteração legislativa ocorrida por meio da Medida Provisória nº 2.221/01 (e, posteriormente confirmada pela Lei nº 10.931/04), que trouxe à baila a cláusula de irretratabilidade, teve por finalidade impedir a alternativa potestativa que a redação originária do artigo 32 da Lei 4591/64 conferia ao alienante.

Outrossim, a modificação do texto originário também se fazia pertinente tendo em vista a mudança de paradigma pro-

<sup>9</sup> Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas, serão também averbáveis à margem do registro de que trata este artigo.

duzida pelos textos legais que entraram em vigor após a Constituição Federal de 1988, tais como o CDC e o próprio Código Civil de 2002, que não compartilhavam a ideia de ruptura unilateral imotivada da promessa de compra e venda pelo promitente alienante.<sup>10</sup>

Ademais, a partir da leitura da parte final do atual parágrafo segundo (que, frise-se, é de 2004), também se observa que a irretratabilidade é imposta ao incorporador, e não ao promitente comprador, quando a lei dispõe que, a partir da irretratabilidade e do registro da promessa, atribui-se “direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.”

Nesse sentido, explica Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves que

Com essa justa e ponderada inovação, a cláusula de retratação fica restrita às transações entre adquirentes dos imóveis incorporados e os futuros compradores das unidades imobiliárias, negócios jurídicos nos quais a assimetria das partes não é acentuada, e o princípio da autonomia privada prevalecerá sem maiores restrições. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 843)

Ora, a partir das palavras dos autores, pode-se afirmar que a cláusula de irretratabilidade beneficia o consumidor vulnerável, que não se encontra em condições paritárias junto ao incorporador.

Portanto, a cláusula de irretratabilidade prevista em um contrato de adesão submetido ao sistema do Código de Defesa do Consumidor e em benefício da incorporadora é cláusula abusiva, até porque o próprio CDC autoriza desistência unilateral do consumidor em contratos de adesão.

Na mesma linha está o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se observa do julgado proferido pela 23ª Câmara Cível

<sup>10</sup> A Medida Provisória n 2221/01 foi revogada pela Lei 10.931/04, que manteve a mesma redação proposta pela medida de urgência.

Apelação cível. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel firmado sob o regime de construção por administração. Empreendimento Frame Residência - vila da mídia. Pleito de rescisão em razão de falta de condições financeiras para arcar com as parcelas do contrato. Sentença que decretou a resolução do contrato e condenou a ré à devolução da quantia paga pela autora, com a dedução do percentual de 20%. Apelação exclusiva da ré. Regime de construção por administração, regido pela Lei n. 4.591/64, que restou descaracterizado. Administração da obra e recebimento de valores ficou ao encargo da ré. Aplicação do CDC ao caso concreto. Cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. Abusividade. Art. 54 do CDC. A resolução contratual é direito subjetivo dos consumidores. Inadimplemento e desistência do negócio. Prerrogativa admitida de forma consolidada pela jurisprudência. Precedentes do STJ. Verbete sumular 543 do STJ. Arras de natureza confirmatória, utilizadas como princípio de pagamento, que passaram a incorporar o montante de quitação do saldo devedor, não havendo que se falar em sua retenção. Devolução de parcela significativa do valor pago que se impõe, sob pena de enriquecimento ilícito. Percentual de retenção fixado em 20% pelo juízo de primeiro grau que está em consonância com os valores arbitrados pelo STJ em casos análogos. Juros que devem incidir a contar do trânsito em julgado. Parcial provimento do recurso.<sup>11</sup>

Portanto, o direito ao arrependimento é quanto ao contrato, quando então os valores serão integralmente devolvidos ao aderente. Ultrapassado o prazo de arrependimento, o contrato e as multas convencionais tornam-se plenamente eficazes e serão aplicadas para as hipóteses de inadimplemento contratual ou rescisão unilateral.

---

<sup>11</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Civil nº 0004648-35.2016.8.19.0203, 23ª Câmara Civil. Des(a). Marcos André Chut. Julgamento: 03/07/2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.4.1>> Acesso em 15/08/2019

Logo, o § 14º do artigo 67-A da nova Lei deve ser interpretado no sentido acima aduzido, sob pena de burla ao Código de Defesa do Consumidor, aos princípios oriundos da boa-fé e da função social dos contratos.

### 3. DA APLICABILIDADE DA NOVA LEI

Por fim, uma última questão que merece destaque é saber sobre a aplicabilidade imediata ou não da nova lei sobre os contratos em vigor.

Supunha-se que, no caso de um adquirente cujo contrato foi firmado em 2017 e que vem a se tornar inadimplente nos dias de hoje, relativamente a um imóvel adquirido em um empreendimento sujeito ao patrimônio de afetação, poderia o incorporador, no caso de pedido judicial de resolução do aludido contrato, reter 50% dos valores pagos? Ou a esse contrato, assinado em 2017, aplicar-se-ia o posicionamento consolidado do STJ?

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” No mesmo sentido dispõem as Normas de Introdução ao Direito Brasileiro, em seu artigo 6º, que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Assim sendo, pode-se afirmar, a princípio, que a lei civil no Brasil não retroage; logo, seus efeitos são futuros e não pretéritos.<sup>12</sup> Trata-se de direito fundamental do cidadão, que se traduz em segurança jurídica e respeito à manifestação da vontade das partes.

Todavia, há autores, como Paul Roubier, que defendem que a lei nova incide sobre os efeitos futuros do ato jurídico anterior, o que seria chamado de retroatividade mínima, que, na verdade, é tão somente a aplicação imediata da nova lei aos pactos em vigor.

Paulo Nader explica a posição de Paul Roubier

Diante da relação entre a lei nova e os fatos praticados sob a égide de lei anterior, o jurista pode adotar uma

---

12 Súmula 285 do STJ: Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista

das seguintes posições: a) a de atribuir efeito retroativo tanto ao negócio, ato ou situação, bem como em relação aos seus efeitos; b) a de negar, em termos absolutos, a retroatividade a qualquer uma daquelas hipóteses; c) a intermediária, “consistente em submeter à lei antiga os efeitos já adquiridos dos atos, fatos ou situações envolvidos e à lei nova seus efeitos vindouros”. Esta última opção foi acolhida por Paul Roubier em sua teoria do efeito imediato da nova lei.

Embora a repercussão alcançada pela concepção de Bonnecase, a teoria de Paul Roubier, entre as que consideram a situação jurídica, foi a que mais prestígio obteve. O jurista partiu da distinção fundamental entre efeito retroativo e efeito imediato da lei. Em face de uma situação jurídica já constituída antes da lei nova, os efeitos anteriores ao advento desta continuarão regidos pelas normas antigas. Todavia, se os efeitos se prolongarem durante a vigência da lei nova ficarão subordinados a esta última. Tal orientação foi aproveitada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme referências neste capítulo. (NADER, 2018, p. 2018)

Quando essa controvérsia intertemporal recai na Lei nº 13.786/18, Marco Aurélio Bezerra de Melo sinaliza que

Por fim, entendemos que a lei nova não pode ser aplicada nos contratos celebrados anteriormente a ela, sob pena de vulneração do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, critério que fora utilizado por ocasião da edição do verbete 285 do Superior Tribunal de Justiça, o qual estabeleceu que “nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista.”. Ressalte-se que não se levaram em consideração os planos de abordagem do negócio jurídico com a ideia de que, como a mora se dá no momento da eficácia, a submissão do contrato à nova lei não representaria retroatividade proibida, mas sim

incidência imediata da norma jurídica (também chamada de retroatividade mínima). Entretanto, tal situação não nos parece de grande relevo, pois, como dito, na maioria das situações contratuais tratadas na lei, há tão somente uma positivação da orientação jurisprudencial já estabelecida com a exceção acima assinalada e criticada de penalidade abusiva. (MELO, op. cit., p. 403)

Para a ministra Nancy Andriighi, independentemente da lei em questão, não há que se falar em retroatividade de leis no tempo, senão vejamos

Desse modo, é cediço que, quando da entrada em vigor de uma lei que venha a revogar ou modificar outra, sua aplicação é para o presente e para o futuro, porque não seria compreensível que o legislador, ao instituir uma norma, fizesse-o com os olhos voltados para o pretérito e pretendesse ordenar o comportamento para o decorrido. Assim sendo, toda a matéria de direito intertemporal tem de partir de um conceito fundamentalmente estruturado na essência do próprio ordenamento jurídico, qual seja: o princípio da irretroatividade das leis. No Brasil, o princípio da não retroatividade é assentado com cunho notadamente rígido, porquanto revestido com o caráter cogente de uma norma de natureza constitucional. O art. 6º da LICC determina que a lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitando sempre o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Nesse contexto, o ato jurídico perfeito é entendido como aquele já consumado segundo a norma vigente ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido. É, pois, o ato plenamente constituído, cujos requisitos se cumpriram na pendência da lei anterior. (ANDRIGHI, 2003, p. 3-4)

Recentemente, quanto aos contratos que estão sob exame judicial, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão em sede de recurso repetitivo, tema 970

Inicialmente cumpre salientar que a Lei n. 13.786/2018 não será aplicada para a solução dos casos em julgamento, de modo a trazer segurança e evitar que os jurisdicionados que firmaram contratos anteriores sejam surpreendidos, ao arrepio do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.<sup>13</sup>

Abstraindo-se das correntes doutrinárias favoráveis ou não à retroatividade da lei civil, a Lei n° 13.786/18 é dotada de certas peculiaridades que afastam a celeuma em questão.

Isto porque, tomando como exemplo a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista em lei, esta, necessariamente, para ser eficaz, deve ter a sua previsão no quadro-resumo do contrato, cuja redação deve obedecer ao disposto no artigo 54,§4°, do CDC e, ainda, ao lado da cláusula que a impôs, deve constar a assinatura do promitente adquirente.

Com efeito, o contrato redigido na forma da legislação pretérita não cumpre tais requisitos; logo, por inviabilidade formal, não se tem como exigir a multa de 50% de retenção sobre os valores pagos nesses contratos. Nesse caso, prevalece o ato jurídico perfeito e a multa contratual nele previsto, que, caso seja abusiva, ou na ausência de sua previsão, se submete à pacífica jurisprudência do STJ, que impõe uma retenção máxima de 25% dos valores pagos.

Por outro lado, se o contrato pretérito obedecer aos requisitos da atual legislação (o que é muito difícil) e possuir uma cláusula de retenção de valores pagos no patamar entre 25% e 50%, acredita-se que não haveria a incidência da Jurisprudência do STJ, que entende que tais percentuais seriam abusivos. Isso porque, na verdade, a Lei nova convalidou o vício até então apontado pela jurisprudência para esses contratos.

Por fim, ainda quanto ao direito intertemporal, entende-se que o disposto no artigo 43-A da nova Lei, que autoriza a prorrogação da entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta dias), pos-

13 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.498.484-DF, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção. Data do Julgamento: 22/05/2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> Acesso em: 14/08/2019.

sa incidir sobre os contratos pretéritos, por mais que não houvesse nesses contratos o período de tolerância. Isso porque, para os contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta, a jurisprudência consolidada do STJ já autorizava a prorrogação por até 180 (cento e oitenta) dias contados da data da entrega da coisa, por entender que não se tratava de cláusula abusiva, como acima já foi explicado. Assim sendo, tal discussão se torna inócua, o mesmo podendo ser dito para a taxa de ocupação (também reconhecida pela jurisprudência com cláusula válida), sendo certo que, nesse caso, o magistrado poderá utilizar o percentual da nova Lei como parâmetro para a fixação da aludida taxa.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, apesar da jurisprudência consolidada acerca do desfazimento dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta, o legislador nacional entendeu por bem regulamentar a matéria em questão.

O projeto de lei do deputado federal de São Paulo Celso Russomanno, convertido na lei em exame, tinha por finalidade gerar segurança jurídica para o mercado imobiliário, uma vez que propunha um percentual definitivo de retenção dos valores pagos – que, na época da proposta do projeto, era de 10% (dez por cento) do valor total despendido.<sup>14</sup>

A regulamentação efetuada pela Lei nº 13.786/18 visou tão somente às hipóteses de resolução de contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, bem como abrangeu ainda as resoluções referentes ao parcelamento do solo, regulado pela Lei nº 6.766/79, que não foi objeto de estudo do presente trabalho.

Todavia, como defendido neste texto, conclui-se que é possível estender os efeitos da presente lei às hipóteses de rescisão

---

14 Entretanto, foram apensados outros projetos de lei ao projeto do deputado Russomanno e o patamar proposto pelo Relator da Comissão de Defesa do Consumidor na Câmara dos Deputados, deputado José Stédile, foi de 25% (vinte e cinco por cento), que seguia o patamar até então praticado pela jurisprudência do STJ. Ocorre que, um ano após esse posicionamento, o relator, atendendo a outros substitutivos, elevou a multa para 50% quando o empreendimento estivesse submetido ao patrimônio de afetação.

unilateral, tendo em vista que, tanto para a jurisprudência sobre o tema como pelo conteúdo da própria lei, o que se examina para saber se a devolução dos valores pagos será integral ou não é a culpa das partes envolvidas quanto ao desfazimento do vínculo jurídico, e não as hipóteses de extinção contratual.

Pode-se também afirmar, apesar da omissão legislativa sobre os sujeitos do contrato, que a lei abrange apenas consumidores qualificados na forma da Lei n.º 8.078/90, e não potenciais investidores que encontram nessas aquisições de imóveis na planta um meio de enriquecimento patrimonial. Isso porque devem se submeter aos riscos do negócio, como ocorre em outras hipóteses de investimento no mercado nacional ou internacional. As razões para se chegar a essa conclusão estão nas origens da nova Lei, que é oriunda da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e que não admitia a devolução dos valores pagos aos investidores profissionais<sup>15</sup>.

Cumpra mencionar que, embora a Lei em comento tenha tido por finalidade garantir a segurança jurídica dos consumidores e incorporadores, conforme se desenhou linhas acima, o texto aprovado e sancionado pelo Presidente da República apresenta diversas lacunas jurídicas que afastam a segurança pretendida, tendo se transformado em um instrumento de proteção exclusiva das incorporadoras do país, que, apesar do importante papel social que desenvolvem para a sociedade brasileira, não necessitavam de um texto tão protetor, com multas elevadíssimas para o consumidor e prazos para pagamento do percentual a ser restituído a perder de vista para as incorporadoras.

---

15 Nesse sentido é o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1785802 de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em julgamento proferido no dia 19/02/2019, senão vejamos: (...) O adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário final do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista com base na teoria finalista mitigada se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo evidente a sua vulnerabilidade. Em outras palavras, o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional (figura do consumidor investidor), não abrangendo em seu âmbito de proteção aquele que desenvolve a atividade de investimento de maneira reiterada e profissional(...). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PROMESSA+E+COMPRA+E+VENDA+E+INVESTIDOR&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 22/07/2019

Por outro lado, pode-se pensar que as lacunas apresentadas na lei e trabalhadas no presente artigo, por não imobilizarem o texto legal, tornam-se um importante instrumento de defesa dos consumidores, que ainda poderão buscar justiça e equidade por meio do Poder Judiciário, que terá a responsabilidade de sanar essas lacunas criadas pela nova Lei, aplicando-se aos casos o Código de Defesa do Consumidor, bem como os artigos 113, 422 e 423 do Código Civil.

Ademais, não apenas em razão das lacunas apontadas, o montante da penalidade imposta pela lei, e a critério da incorporadora, poderá também contribuir para um esvaziamento ainda maior do mercado imobiliário, pois o consumidor, ciente de que perderá, no caso de resolução do contrato por inadimplemento, 50% (cinquenta por cento) do valor pago, acrescido da comissão de corretagem e da taxa de ocupação, poderá vir a entender que é mais interessante alugar um imóvel ou ainda comprar, via financiamento direto, um imóvel já pronto.

Enfim, a lei é nova, os comentários embrionários dos doutrinadores e os apontamentos jurisprudenciais conclusivos sobre a nova lei ainda vão demorar a surgir. Para o momento (e somente o tempo poderá confirmar ou não), as previsões, no nosso sentir, são pessimistas quanto ao sucesso da Lei nº 13.786/18, seja pelo montante da multa ou pelas lacunas da lei, o que invariavelmente é muito ruim para o fomento à moradia, para a economia e para a geração de empregos – o que a nova Lei, na sua origem idealizada, buscou defender.

## REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Aplicação do novo código civil: Direito Intertemporal*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9057-9056-1-PB.pdf>

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Reais*. Salvador: Jus Podivm, 2014

MATTOS e SILVA, Bruno; DE OLIVEIRA, Carlos E. Elias. *A recente lei do distrato (Lei nº 13.786/2018): O novo cenário dos*

*contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária ou de loteamento (parte 1)*. Disponível em: <http://www.genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense. 2018

\_\_\_\_\_. *Reais*. Rio de Janeiro: Forense. 2019

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

SOUZA, Sylvio Capanema de; VASI WERNER, José Guilherme; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

# A Corrupção Violadora dos Direitos Humanos: Educação e Prevenção com Base em Emmanuel Levinas

**Inajara Piedade da Silva**

*Doutoranda pela Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal. Professora do Campus Porto Alegre do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul.*

**João Welligton Figueredo de Assis**

*Doutorando em Relações Internacionais: Geopolítica e Geoeconomia pela Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal. Mestre em Direito pela Universidade Iguazu. Mestre em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército Brasileiro. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho.*

## RESUMO

O presente trabalho busca responder questões acerca da inevitabilidade da corrupção no comportamento humano. Seria a corrupção gerada pelo meio externo? E nesse caso, é possível afirmar, conforme John Locke, que o homem nasce vazio? Ou a corrupção é inerente ao caráter humano, que a desenvolve independentemente do meio social? Como a educação pode auxiliar no processo anticorrupção? Para desenvolver essa questão, optou-se por utilizar a pesquisa teórica, na tentativa de decifrar em que momento a corrupção surge no caráter humano e como os direitos humanos podem ser aplicados na esfera educacional para combater a corrupção. O método aplicado é o dedutivo,

utilizando como base o pensamento de Emmanuel Levinas, sem deixar de dialogar com outros autores nacionais e estrangeiros e também com outras áreas do conhecimento.

O estudo apresenta indícios, por meio de comparativos e de experiências, de que a corrupção nasce com o homem, bem como em algumas outras espécies animais, citando, por exemplo, o caso dos macacos-verdes que emitem um grito próprio para avisar que um predador se aproxima. Uma dessas experiências mostrou que um falso alarme era emitido quando outro macaco encontrava bananas. Com isso, o “mentiroso” conseguia afastar o concorrente para ficar com o alimento.

Por outro lado, a pesquisa perpassa o conceito naturalista pelo qual o ser humano é contagiado e, portanto, produto do meio social. A corrupção na sociedade moderna se tornou fractal<sup>1</sup>, o que torna mais complexa a rede que envolve o homem. O estudo busca em autores como Voltaire, Goethe, Maquiavel, Eckermann, Empédocles, Demócrito, Epicuro, Lucrecio, Darwin, Provine, entre outros, os argumentos de autoridade para lastrear a investigação.

Em um segundo momento, com base na perspectiva levinasiana, aborda-se a educação e o encontro com os direitos humanos, trazendo a forma de expor o conhecimento por uma pedagogia da alteridade, própria de Emmanuel Levinas. Assim, do encontro entre diferentes (e não entre indiferentes), emerge a qualidade da educação. E como o saber incorporado por meio da educação aflora em uma sociedade mais humanizada.

Finaliza-se o estudo demonstrando, como resultado obtido, que a linguagem padronizada é imprópria para a humanidade. Esta necessita de um olhar individualizado e uma abordagem multidisciplinar para nortear soluções no combate à corrupção, que necessariamente passa pelo caminho da educação.

## PALAVRAS-CHAVES

Alteridade; Corrupção; Direitos humanos; Educação; Emmanuel Levinas.

---

<sup>1</sup> Estrutura geométrica complexa cujas propriedades, em geral, repetem-se em qualquer escala.

## ABSTRACT

The present paper seeks to answer about the inevitability of corruption in human behavior. It would be corruption generated by the external environment? And in this case is it possible to say, as John Locke, that the man is born empty? Or is corruption inherent in human character, which develops it independently of the social environment? How education can help in the process against corruption? In order to develop this issue, we have chosen to use theoretical research, in an attempt to decipher at what point corruption arises in human character and how human rights can be applied in the educational sphere to fight corruption. It was applied the deductive method using as basis the thought of Emmanuel Levinas, without ceasing to engage in dialog with other national and foreign authors and also with other areas of knowledge.

The study presents evidence, by means of comparative and experiences, that corruption is born with the man, as well as in some other animal species, citing, for example, the case of the green monkeys that emit a cry myself to warn to the group that a predator is approaching. One of these experiments showed that a false alarm was emitted when another monkey found bananas. So the "liar" could move away the competitor to stay with the food.

On the other hand, the research permeates the naturalistic concept by which the human being is attained and, therefore, product of the social environment. Corruption in modern society has become everyday truth, which makes more complex the network that involves the human being. The study seeks in authors such as Voltaire, Goethe, Machiavelli, Eckermann, Empedocles, Democritus, Epicurus, Lucretius, Darwin, Provine among others, the arguments of authority to back up the investigation.

In a second moment, based on the perspective of Levinas, it approach education and the encounter with human rights, bringing the form to expose the knowledge by a pedagogy of otherness, own of Emmanuel Levinas. Thus, from the encounter between different (and not between indifferent), the quality

of education comes out. And with the knowledge incorporated through education raise a more humanized society.

The study concludes by demonstrating, as a result, that a standardized vision of the problem is unfit for mankind. This requires an individualized look and a multidisciplinary approach to guide solutions in the fight against corruption, which necessarily goes through the path of education.

## KEYWORDS

Otherness; Corruption; Human rights; Education; Emmanuel Levinas

## INTRODUÇÃO

A corrupção e os direitos humanos, embora possuam origens distintas, encontram nos dias atuais laços de conexão. Enquanto a corrupção despontou com o surgimento do homem, os direitos humanos divergem os doutrinadores quanto ao momento em que foram identificados e como tal tratados.

A história da corrupção é antiga. Harari aponta que a corrupção está implícita na natureza humana. O autor traça um comparativo entre o governo que desvia dinheiro da defesa para a educação e os humanos que desviam energia do bíceps para os neurônios<sup>2</sup>.

No pensamento de Voltaire, o meio corrompe o homem. Diz o filósofo que “É preciso admitir que os homens corromperam até certo ponto a natureza, porque não nasceram lobos, e lobos se fizeram.”<sup>3</sup>

O artigo buscou fundamento em Emmanuel Levinas, filósofo judeu, que viveu entre 1906 e 1995. Nascido em Kovno, Lituânia, onde permaneceu até 1915, ocasião em que de lá foram expulsos os judeus. Em 1923, estabeleceu-se na França e, cinco anos mais tarde, foi estudar na Alemanha, marco de sua história,

---

2 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016. p.17.

3 VOLTAIRE. *Cândido ou o otimismo*. Traduzido do Alemão Do Sr. Dr. Ralph, com acréscimos encontrados no bolso do Dr., por ocasião de sua morte em Minde no Ano da Graça de 1759. Tradução para português Miécio Tati. Rio de Janeiro: Ediouro S.A.1995. p.39.

pois foi nessa época que conheceu a fenomenologia<sup>4</sup>, por intermédio de Heidegger, que passaria a influenciá-lo até o final da vida, em seus pensamentos e escritos. Foi preso pelos alemães durante a II Guerra Mundial, tendo permanecido em cárcere por cinco anos. Nesse período, desenvolveu boa parte de suas reflexões filosóficas, convertidas em escritos no livro *De l'Existence à l'Existant*, publicado em 1947.

Até a data de sua morte, contribuiu para a sociedade com diversas obras que traduzem seu pensamento humanista, tendo se destacado por conferir significado ao sentido de alteridade, ao estabelecer uma responsabilidade do Eu para com o Outro.

O presente trabalho objetiva realizar uma análise da corrupção como fonte de violação dos direitos humanos e procura estabelecer de que forma a educação e a prevenção podem ser empregadas em prol da sociedade, utilizando os ensinamentos de Emmanuel Levinas.

A problematização reside no aspecto devastador do processo evolutivo da corrupção, que precisa ser interrompido.

Foi utilizado como método de trabalho o indutivo.

Inicialmente, o trabalho aborda os direitos humanos, para logo em seguida tratar da definição de corrupção. Posteriormente, demonstra o impacto da corrupção sobre os direitos humanos, e, ao final, conclui que a educação e prevenção podem auxiliar para redução da corrupção.

## 1. OS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos humanos estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, por serem direitos fundamentais para que a pessoa possa se desenvolver e viver com condições mínimas existenciais. Nesse sentido, preceitua Dallari que 'direitos humanos' é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana<sup>5</sup>.

---

4 A fenomenologia nasceu como um movimento. "O seu ponto de partida são os dados imediatos da consciência, os fenômenos, isto é, aquilo que é pensado, percebido, enunciado, desprendendo-se das condições a priori do conhecimento". (COSTA 2000:61)

5 DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna. 1999. p.7.

Clovis Gorczewski e Gionara Tauchen completam o conceito trazido por Dallari.

‘Direitos Humanos’ é uma forma abreviada e genérica de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos. Superiores porque anteriores ao Estado, porque não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da própria natureza humana e da dignidade que lhe é inerente, e são fundamentais, porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar plenamente da vida, e são universais, porque exigíveis de qualquer autoridade política, em qualquer lugar. Eles representam as condições mínimas necessárias para uma vida digna.<sup>6</sup>

Nessa linha, é possível afirmar que os direitos humanos entabulam a proteção à pessoa humana da mesma forma que permitem o fomento por sua dignidade.

## 2. A DEFINIÇÃO DE CORRUPÇÃO

A mídia a todo o momento relata casos de corrupção; estamos sempre na posição de espectador. Nesse contexto, a corrupção é por nós vista como algo que está arraigado na sociedade, mas da qual não fazemos parte. Será? O que é corrupção? Quando ela surge?

Definir corrupção é uma tarefa árdua, considerando sua amplitude significativa que impede que se estabeleça um conceito fechado. Entretanto, mesmo correndo o risco de ser falho, é possível conceituar corrupção como atitude violadora de direitos e deveres estabelecidos por uma sociedade.

Trata-se de um conceito aberto, sob o prisma da percepção social temporal, porquanto é necessário atentar para a época e a sociedade ao qual se aplica. A corrupção tem a ver com atos recriados pelo grupo social em determinado momento histórico, ainda que sejam aceitáveis em outro tempo ou sociedade.

---

<sup>6</sup> GORCZEWSKI, Clovis. TAUCHEN, Gionara. Educação em Direitos Humanos: para uma cultura de paz. Educação. Porto Alegre. v.31 , n.1, 2008, p. 66.

A corrupção é inerente do homem ou o homem sofre influência do meio? O que o torna corruptível?

Os naturalistas, como Empédocles, Demócrito, Epicuro, Lucrecio, Darwin e Provine, entendem que o meio corrompe o homem, e que este não é essencialmente mau. Servem as palavras de Eckermann para demonstrar o pensamento naturalista de forma poética:

Logo que um poeta quer atuar como político, tem de se filiar a um partido e então está perdido como poeta; há que renunciar à liberdade de espírito, à independência de visão, e, terá de meter na cabeça até às orelhas, o barrete da intolerância e do ódio cego<sup>7</sup>.

Ao contrário, a fábula do sapo e do escorpião ilustra a essência humana, que conduz a corrupção; o mal nasce com o homem.

Na fábula, havia um enorme incêndio na floresta, os animais tentavam escapar a todo custo. Em certo momento, se depararam com um rio, e os animais que sabiam nadar atravessaram o curso d'água e se salvaram. Aqueles que não tinham tal habilidade permaneceram na beira do rio em desespero. Entre esses animais, lá estava o escorpião, que pediu ao sapo que lhe ajudasse a fugir da morte horrenda. O sapo negou-se, pois temia que o escorpião lhe desse uma ferroadada. Ante a negativa, o escorpião prometeu que não o faria e argumentou que isso iria gerar também sua própria morte. O sapo, convencido pela retórica do escorpião, resolveu ajudá-lo na travessia. Quando estavam na metade do rio, o sapo sentiu uma imensa ferroadada. Olhou para o escorpião e perguntou: Por quê? O escorpião respondeu: sei que vamos morrer, mas o que acabo de fazer é de minha natureza.

### 3. UM PASSEIO PELA SUPERFÍCIE DO IMPACTO DA CORRUPÇÃO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Recentes pesquisas demonstram a preocupação de boa parte da população brasileira com a problemática da corrupção e

<sup>7</sup> ECKERMANN, Johann Peter. Conversações com Goethe – 1823-1832. Tradução Marina Leivas Bastian Pinto. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores. 1950. p.365.

seus efeitos deletérios. Levinas expõe que “A crise do humanismo em nossa época tem, sem dúvida, sua fonte na experiência da ineficácia humana posta em acusação pela própria abundância de nossas ambições.”<sup>8</sup>

A corrupção, ao impactar os direitos humanos, atinge tudo e todos. Dados demonstram que a corrupção mata milhões de pessoas todo ano. Entretanto, necessário se faz que pensemos na existência de uma macro e microestrutura de corrupção.

A grande corrupção mata e está direta ou indiretamente ligada a agentes políticos. Por outro lado, existe a pequena corrupção, que muitas vezes não é identificada pela pessoa que a pratica.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha<sup>9</sup> nos primeiros dias de agosto de 2009 fornece dados do comportamento social e enumera atos de corrupção típicos da população. Por essa pesquisa, apurou-se uma miríade de condutas consideradas normais no cotidiano, que não eram identificadas como forma de corrupção, entre as quais: colar na prova; comprar CDs, DVDs e programa de computador piratas; comprar produtos contrabandeados; receber troco a maior e não devolver; ultrapassar sinal vermelho; comprar ingresso de cambista; pagar para alguém fazer trabalho escolar; fazer ligação clandestina (popularmente conhecido como gato); apresentar atestado médico falso; oferecer gratificação a funcionário público; comprar diploma; comer no interior de supermercado sem pagar pelo produto.

A pesquisa concluiu que a maioria dos entrevistados associa a corrupção a atos do governo.

Ao se monetizar atos de pequenas corrupções cotidianas e grandes corrupções, verifica-se que as corrupções em pequena escala custam muito a sociedade. No documentário *(Dis)Honesty: The Truth About Lies*<sup>10</sup>, foi aplicado um teste que mediu essa relação de causa e efeito entre grandes e pequenas mentiras.

---

8 LEVINAS, Emmanuel. Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo. Tradução João Gama. Lisboa: Edições 70. 1982. p.82.

9 Data Folha Instituto de Pesquisas <datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2009/10-1225525-83-dos-brasileiros-admitem-já-ter-cometido-pelo-menos-uma-pratica-ilegitima.shtml> acesso em 28 de setembro de 2017.

10 MELAMEDE, YAEL. *(Dis)Honesty: The Truth About Lies*. Disponível em Netflix. Acesso em 25 de agosto de 2017.

Dan Ariely, cientista comportamental, detectou o quão nocivas podem ser as corrupções em microescala. O teste consistia em responder a uma série de problemas matemáticos, e cada acerto era premiado com um dólar. As pessoas que participavam do teste após responder ao requerido contavam quantos acertos haviam feito e colocavam em um triturador a folha do teste. O que não sabiam era que o equipamento triturava apenas as bordas da folha, mantendo intacta a parte de que constavam as respostas.

Nessa pesquisa, Dan Ariely verificou que 20 pessoas mentiram dizendo que haviam acertado todas as questões; elas custaram à pesquisa 400 dólares. As demais pessoas, 28.000, mentiram que haviam acertado um pouco mais do que realmente haviam conseguido e custaram US\$ 50.000,00.

Bobbio, quando trata da corrupção política, afirma que muito dela vem da falta de amor pela coisa pública.<sup>11</sup> Levinas dirá que vem da falta de amor pelo Outro.

#### 4. (DES)CONECTANDO A CORRUPÇÃO AO DIREITO HUMANO: EDUCAÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), aprovada em 10 de dezembro de 1948, por quarenta e oito dos cinquenta e seis Estados representados na Assembleia Geral das Nações Unidas, é composta por trinta artigos, que tratam dos direitos fundamentais dos seres humanos. Um deles, o artigo 26.1, trata da educação e preceitua: “Todas as pessoas têm direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório”.

Para que se implemente a educação na sua totalidade, devem ser desenvolvidas as habilidades do educando, considerando como referência a vida humana. A educação precisa estar conectada ao outro. De nada adianta conceitos e informações frias e vagas; é necessário que essas informações passem

---

<sup>11</sup> Norberto Bobbio relata no livro *O futuro da democracia*, que “o reino da virtude é a própria democracia, que, entendendo a virtude como amor pela coisa pública (...)”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra S.A., 2000. p.44

a mensagem através de algo que toque o aspecto subjetivo do receptor. Dallari preleciona:

“Educar bem é estimular o uso da inteligência e da crítica, é reconhecer em cada criança uma pessoa humana, essencialmente livre e capaz de raciocinar, necessitada de receber informações sobre as conquistas anteriores da inteligência humana e sobre a melhor forma de utilização de tais informações para a busca de novos conhecimentos.”<sup>12</sup>

Na perspectiva de Paulo Freire, a educação visa à libertação da pessoa, considerada individualmente. É pelo conhecimento que se pode ser livre e, ao mesmo tempo, formar uma sociedade mais humanizada.

É por intermédio da educação que se pode pretender a ruptura de condutas normalizadas pelo costume, eis que a educação é constante ao longo da vida. Não importa a idade, condição social ou intelectual, sempre haverá algo a ser aprendido.

A educação traz implícita a ideia de valores, sendo esse o caminho para transformar os atuais paradigmas e para a formar consensos em torno do bem comum.

Na peça *Fausto*, Goethe mostra pela fala do Macaco o quanto é desejável o ganho fácil e a ilusão de que o dinheiro é a grande solução de todos os problemas.

“Joguemos os dados,  
Deixe-me enriquecer,  
Ganhar sem cuidados!  
Vai mal minha vida,  
Dinheiro alcançar  
É a alma salvar.”<sup>13</sup>

A crença de que o dinheiro é a solução para todos os males faz perpetuar tal paradigma nas novas gerações. Nesse diapasão, a criança de hoje é o adulto disposto a tudo para TER a solução

<sup>12</sup> DALLARI. op.cit. p. 49.

<sup>13</sup> GOETHE, Johann Wolfgang von. FAUSTO. Goethe. Tradução Sílvia Meira. São Paulo: Abril S.A. 1976. p.119.

de todos os problemas. Daí decorre a distorção ética, baseada na célebre frase de Maquiavel “Os fins justificam os meios”. O combate à corrupção se faz nos primórdios da vida humana.

Pelo ensinamento de Levinas, é essencial que a educação parta do princípio de se inserir o SER como figura principal das relações, relegando o TER (materialismo) a uma dimensão de menor importância social.

É bem verdade que não é preciso uma linguagem única<sup>14</sup>, padronizada e fechada, com o fim de implementar uma educação que objetiva coibir atos de corrupção. Por certo, deve ela basear-se no SER, e não no TER. Essa formação ética de Levinas encontra reforço em Kant, que constrói sua noção de ética com base no respeito ao outro. Nesse contexto, poderíamos considerar as pessoas como o fim, e não como o meio para obter-se o desejado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode desconsiderar que a humanidade é repleta de paixões, sentimentos, atitudes e características próprias. De igual modo, é viável admitir a possibilidade de agregar valores, por força de um processo educacional, que permitam sobrelevar a consideração pelo OUTRO com o complemento do EU, segundo a visão de alteridade de Levinas.

O principal caminho para se atingir metas significativas de redução da corrupção está na forma de pensar. Dessa forma, urge atingir um consenso da sociedade sobre tal necessidade, para, logo a seguir (muito logo), programarem-se ações que induzam a um comportamento ético, munidas de sanções com caráter pedagógico, e não somente punitivo. A punibilidade deve ser visível aos olhos da sociedade, e não somente a figura do transgressor.

Para a mudança de valores, é preciso que a sociedade siga um pensamento cosmopolitista<sup>15</sup>. Demócrito de Abdera, filoso-

---

<sup>14</sup> Uma linguagem única gera uma ilusão, Goethe explica que “A linguagem simbólica da Doutrina das Cores faz parte dessa ilusão de que poderíamos ter uma linguagem única sobre as cores. Se ela é opaca, isso não impede que almeje uma transparência, uma universalidade”. GOETHE, Johann Wolfgang von. *Doutrina das Cores*. Tradução Marco Giannotti. São Paulo: Nova Alexandria. 1993. 25p.

<sup>15</sup> “Cosmopolitismo caracteriza-se por ser um pensamento filosófico que despreza fronteiras geográficas impostas pela sociedade, considerando que a humanidade segue as leis do universo”. BALBÉ, Josiane

fo da era pré-socrática, dizia : “É preciso que quem comete atos vergonhosos tenha em primeiro lugar vergonha de si mesmo”<sup>16</sup>. Portanto, é preciso sentir vergonha da corrupção. Mas muito mais , é preciso sentir vergonha quando se é um corrupto ou corruptor, retomar o que Kant chamou de “tribunal interno”<sup>17</sup>.

Hoje , os valores estão de tal forma invertidos que a pessoa não se vê corrupta, o sentimento interno é muito mais de “esperteza”<sup>18</sup>. E esperto é contrário a pateta, obtuso, idiota, imbecil, trouxa, estulto, néscio, mentecapto, ingênuo, lerdo, estúpido, inocente, preguiçoso, ingênuo, mole.<sup>19</sup> Ninguém quer ser pateta!

Nesse grande contexto social, quase que obrigatoriamente ganham força as palavras de Luís Fernando Veríssimo, proferidas na década de 70: “Não existe o Homem Civilizado. Existem projetos. Aspirantes ao título. Dois ou três pretendentes em adiantado estado de refinamento cultural e cirrose hepática. O posto, no entanto, permanece vago e hipotético, talvez inatingível.”<sup>20</sup>

Por isso é que se deve perseguir continuamente a utopia de uma sociedade realmente civilizada, em que palavra ÉTICA seja menos um termo vazio e abstrato para tornar-se um conjunto de ações efetivas.

Que os ensinamentos do mais otimista dos filósofos, Leibniz, ecoe no coração da sociedade : “tudo vai pelo melhor no melhor dos mundos possíveis”. E que o melhor dos mundos seja aquele trazido por Oscar Wilde, o mundo da Utopia.

“Um mapa-múndi em que não figurasse a Utopia não valeria a pena ser olhado, pois nele faltaria o único país em que a Humanidade desembarca diariamente. E ape-

---

Mallet. O ideal cosmopolita. Direito Contemporâneo em Pauta. Organização Mauro Gaglietti e Natália Formagini Gaglietti. Passo Fundo: Passografic. 2012. p. 433.

16 OS PRÉ-SOCRÁTICOS: fragmentos, doxografia e comentários. Supervisão José Cavalcante de Souza. Traduções José Cavalcante de Souza ... (et al.). São Paulo: Abril Cultura, 1978. 327p.

17 KANT. Fondements de la métaphysique des meurs. Paris: Librairie Delagrave, 1974. 113p.

18 A palavra *esperteza* é encontrada no dicionário Aurélio como “qualidade”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2008. p.227.

19 Dicionário de antônimos online. Disponível em: < <https://www.antonimos.com.br/esperteza>> Acesso em 25 de setembro de 2017.

20 VERÍSSIMO, Luís Fernando. O popular: crônicas, ou coisa parecida. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973 21 p.

nas nele, olha para mais além e, divisando uma terra mais bela, torna a virar proa para ela. O progresso não é senão a realização das utopias<sup>21</sup>”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy. 2001. 181p.

BALBÉ, Josiane Mallet. O ideal cosmopolita. Direito Contemporâneo em Pauta. Organização Mauro Gaglietti e Natália Formagini Gaglietti. Passo Fundo: Passografic. 2012. p. 433

BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. 119 p.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

\_\_\_\_\_. O futuro da democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra S.A., 2000. p.44

COSTA, Teresa Gláucia Gurgel Gabriele. A fenomenologia da fenomenologia: a essência do pensamento sartreano em “Entre quatro paredes”. Revista de Humanidades. Ano 15, n. 12. Fortaleza: UNIFOR, 2000. p. 59-65.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna. 1999. 80 p.

DUTRA, Luiz Henrique de A. Naturalismo, Falibilismo e Ceticismo. In Revista do departamento de filosofia da USP. São Paulo: discurso editorial, 1998. p. 15-56.

ECKERMANN, Johann Peter. Conversações com Goethe – 1823-1832. Tradução Marina Leivas Bastian Pinto. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores. 1950.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2008.

FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. Em: O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Afonso

21 WILDE, Oscar. Obra completa: A alma do homem sob o socialismo. Tradução Oscar Mendes. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1995. 1177p.

de Julios Campuzano... [et. al.] org. José Alcebiades de Oliveira Junior. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. p. 271-276.

GORCZEWSKI, Clovis. TAUCHEN, Gionara. Educação em Direitos Humanos: para uma cultura de paz. Educação. Porto Alegre. v.31 , n.1, 2008, p. 66.

GOETHE, Johann Wolfgang von. Doutrina das Cores. Tradução Marco Giannotti. São Paulo: Nova Alexandria. 1993. p. 134.

\_\_\_\_\_. FAUSTO. Goethe. Tradução Sílvio Meira. São Paulo: Abril S.A. 1976. p.119.

GRAY, John. Voltaire. Tradução Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: ENESP, 1999. 56 p.

HABERMAS, Jurgen. Técnica e ciência como “Ideologia”. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. 149 p.

HARARI, Yuval Noah. Sapiens – Uma breve história da humanidade. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016. 459 p.

KANT. Fondements de la métaphysique des meurs. Paris: Librairie Delagrave, 1974. p.111-177.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhem. Novos ensaios sobre o entendimento humano. Tradução Adelino Cardoso. Lisboa: Edições Colibri. 1993. 379 p.

LEVINAS, Emmanuel. Humanismo do outro homem. Tradução Pergentino S. Pivatto e outros. Petrópolis: Vozes. 1993. 131p.

\_\_\_\_\_. Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo. Tradução João Gama. Lisboa: Edições 70. 1982. 116 p.

MONTESQUIEU. Coleção: Os pensadores – História das grandes ideias do mundo ocidental. São Paulo: Victor Civita, 1973. p.95.

OS PRÉ-SOCRÁTICOS: fragmentos, doxografia e comentários. Supervisão José Cavalcante de Souza. Traduções José Cavalcante de Souza ... (et al.). São Paulo: Abril Cultura, 1978. p. 213-243 e 309-355..

PEREIRA, Julio Cesar R. Epistemologia e liberalismo: uma introdução à filosofia de Karl R. Popper. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993. 186 p.

POPPER, Karl Raimund. Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária. São Paulo: Edusp, 1975. 394 p.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 302 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008, p. 31-66.

VERÍSSIMO, Luís Fernando. O popular: crônicas, ou coisa parecida. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973 151 p.

VOLTAIRE. Cândido ou o otimismo. Traduzido do Alemão Do Sr. Dr. Ralph, com acréscimos encontrados no bolso do Dr., por ocasião de sua morte em Minde no Ano da Graça de 1759. Tradução para português Miécio Táti. Rio de Janeiro: Ediouro S.A.1995. 139 p.

WILDE, Oscar. Obra completa: A alma do homem sob o socialismo. Tradução Oscar Mendes. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1995. p. 1164-1193.

# A Propriedade Industrial no Novo Processo Civil

**Marcelo Mazzola**

*Doutorando e Mestre em Processo Civil pela UERJ.  
Professor de Processo Civil da EMERJ. Coordenador  
de Processo Civil da ESA/RJ. Advogado.*

**Resumo:** O artigo aborda alguns impactos do novo Código de Processo Civil no campo da propriedade industrial.

**Abstract:** The paper analyses some impacts of the new Civil Procedure Code in the industrial property field.

**Palavras-chave:** processo civil – propriedade industrial

**Keywords:** civil procedure – industrial property

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O dever de fundamentação no NCPC. 3. Dever de cooperação no NCPC: uma mudança de paradigma. 4. Os negócios jurídicos processuais nas ações envolvendo propriedade industrial. 5. Mediação na Administração Pública: reflexões sobre o posicionamento da Advocacia-Geral da União nas ações de propriedade industrial. 6. A sustentação oral no agravo de instrumento. 7. Intimação de advogado por advogado. 8. Considerações sobre a estabilização da tutela em ações de propriedade industrial. 9. O sistema brasileiro de precedentes e seus reflexos na área da propriedade industrial. 10. O impacto do IRDR nas ações de propriedade industrial. 11. A possibilidade de julgamento parcial do mérito de ações repetitivas suspensas pelo IRDR. 12. Conclusão. 13. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

As garantias e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são verdadeiros cânones da relação entre o Estado e os indivíduos.

Nesse particular, destaca-se o artigo 5º, XXIX, da Carta Magna, que assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

No plano infraconstitucional, a Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) – que celebrou 20 anos recentemente – regula direitos e obrigações nesse complexo segmento mercadológico.

De uma maneira geral, a lei especial valoriza temas relacionados ao direito material (patentes de invenção e modelos de utilidade; desenho industrial; marcas; repressão às falsas indicações geográficas, à concorrência desleal e etc.), mas não confere um tratamento mais detalhado em relação aos aspectos processuais.

Note-se que, embora a Lei nº 9.279/96 assim não mencione, aplicam-se, subsidiariamente, aos litígios de propriedade industrial os dispositivos do Código de Processo Civil, o que, aliás, se deduz da própria redação do artigo 207 da lei especial.

Em vigor desde 18 de março de 2016, o novo Código de Processo Civil (NCPC) trouxe profundas alterações e inovações que irão impactar diretamente as ações de propriedade industrial.

A proposta deste trabalho, portanto, é explorar alguns temas relevantes do NCPC, que conferem maior segurança e proteção aos direitos de propriedade industrial.

## 2. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO NCPC

Como se sabe, o artigo 93, X, da Constituição Federal estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

O referido comando constitucional foi literalmente reproduzido pelo legislador do NCPC (art. 11), que também reforçou o dever de fundamentação, catalogando no artigo 489, § 1º algumas hipóteses em que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”.

Vale registrar que o artigo 489 da Lei de Ritos foi alvo de críticas de algumas associações de magistrados,<sup>1</sup> mas permaneceu hígido e não foi alterado com a Lei nº 13.256/16.

Em linhas gerais, o dispositivo estabelece uma espécie de *script* a ser seguido pelos juízes no momento de fundamentação da decisão judicial. É que a fundamentação da decisão deve refletir os motivos que justificam, juridicamente, a conclusão<sup>2</sup>. Afinal, uma decisão sem fundamentação é como um corpo sem coração.

A partir de agora – embora isso já devesse ser a regra –, caso os magistrados não queiram ver suas decisões anuladas por falta de fundamentação, deverão observar o roteiro delineado no art. 489, § 1º c/c incisos I a VI, do NCPC.

A propósito, não será considerada fundamentada a decisão judicial que a) se limitar a indicar determinado artigo de lei sem fazer a correlação com o caso concreto; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo de sua incidência no caso; c) invocar motivos que serviriam para embasar qualquer outra decisão; d) não enfrentar os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar sua pertinência à hipótese em discussão; e f) deixar de seguir enunciado de súmula ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso concreto ou superação do entendimento.

Com isso, não há, em tese, mais espaço para decisões lacônicas (“Diante da presença dos elementos autorizadores da medida, defiro a tutela”) ou embasadas em conceitos jurídicos vagos (“Em nome da ordem pública e da dignidade da pessoa humana, condeno”), e também aquelas claramente padronizadas que serviriam para qualquer ação, sem enfrentamento das peculiaridades do caso concreto.

Ao mesmo tempo, prestigia-se o princípio do contraditório, evitando-se decisões que não levem em consideração os ar-

1 Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

2 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 274.

gumentos das partes e os precedentes invocados, seja para aplicá-los ou não.

A sistemática é interessante e pode impedir decisões superficiais, especialmente em ações de infração e de nulidade de marca, em que a magnitude econômica da discussão, a complexidade do tema e as consequências de eventual ordem de abstenção de uso ou de cancelamento de um registro marcário exigem prudência e uma fundamentação com maior densidade por parte dos julgadores. Até porque, muitas vezes, o maior ativo de uma empresa é a sua própria marca.

Em demandas dessa natureza, algumas ferramentas podem auxiliar os juízes na fundamentação da respectiva decisão, minimizando a possibilidade de sua posterior anulação, por suposta inobservância a uma das hipóteses do artigo 489, § 1º, do NCPC.

Uma dessas ferramentas é o Manual de Marcas do Instituto Nacional de Propriedade Industrial,<sup>3</sup> que estabelece, dentre outras coisas, as diretrizes para a análise de registrabilidade do sinal marcário. Por se tratar de um documento expedido pela própria Autarquia responsável pela concessão de registros marcários, suas disposições, se aplicáveis, podem ser incorporadas na fundamentação das decisões judiciais.

Outra ferramenta valiosa é a metodologia proposta por GAMA CERQUEIRA, já na década de 1980,<sup>4</sup> que sistematizou as diretrizes para análise da possibilidade de confusão de marcas.

Também vale mencionar a parametrização utilizada nos EUA – conhecida como Polaroid Factors<sup>5</sup> –, que traz conceitos interessantes e bastante atuais.

Por fim, merece destaque o Teste 360º de Confusão de Marcas,<sup>6</sup> cuja aplicabilidade já foi reconhecida pelo STJ (AgRg no REsp nº 1.346.089/RJ), que estabelece 7 (sete) critérios a serem

3 Disponível em [http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual\\_de\\_Marcas](http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual_de_Marcas).

4 “A possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas, quando examinadas sucessivamente, sem apurar as suas diferenças, levando-se em conta não só o grau de atenção do consumidor comum e as circunstâncias em que normalmente se adquire o produto, como também a sua natureza e o meio em que o seu consumo é habitual”. CERQUEIRA, Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, 2ª ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.919.

5 Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp, 287 F. 2d 492 (2nd Cir.)

6 MAZZOLA, Marcelo; CABRAL, Filipe Fonteles. O Teste 360º de confusão de marcas. *Revista da EMERJ*, nº 69, junho/julho/agosto de 2015, p. 129-155.

observados no momento de avaliação da possibilidade de confusão entre dois signos distintivos.

Em suma, esperamos que as inovações do NCPC ajudem a aprimorar a qualidade das decisões judiciais, sobretudo em ações de infração e de nulidade de registro de marca, o que, de um lado, pode desestimular a interposição de recursos desnecessários e, de outro, permitirá maior controle das decisões judiciais pelas partes interessadas.

### 3. DEVER DE COOPERAÇÃO: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

Antes mesmo da aprovação do NCPC, doutrinadores já divergiam sobre a efetividade da norma elencada no artigo 6º, que dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Parte da doutrina entende que a referida disposição cria uma situação utópica, pois a expressão “entre si” sugere que autor e réu caminhem de mãos dadas para alcançar a solução final, o que não seria condizente com o espírito bélico dos litigantes e suas posições antagônicas que, invariavelmente, impedem essa solidariedade processual.

Alguns chegam a sustentar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo – ou, no mínimo, a necessidade de uma interpretação conforme, limitando sua incidência.<sup>7</sup>

Porém, como se sabe, não se deve interpretar um dispositivo de forma isolada, ignorando-se o contexto, a essência, a teleologia e a sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, quando o artigo 6º menciona que os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão justa e efetiva, o que deve ser aquilatado é a *ratio essendi* do dispositivo.

Nesse contexto, parece claro que a intenção do legislador tem duas vertentes. A primeira é estimular e incentivar o diálogo

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio?”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. 213, 2012, p. 13.

entre o juiz e as partes. De fato, o magistrado não pode mais ser um mero espectador do conflito e usar sua autoridade para se livrar do imbróglio. Precisa escutar com ouvidos de ouro, enxergar com olhos democráticos, pedir esclarecimentos, dirimir dúvidas, prevenir e dar orientações. Uma espécie de guia do caminho a ser trilhado.<sup>8</sup>

Mais do que isso, o juiz deve tentar aproximar as partes, refletir e inserir os litigantes nessa busca da justa e efetiva solução, não surpreendendo os jurisdicionados com “decisões surpresa”. Por exemplo, não pode indeferir a produção de prova pericial em ação envolvendo patentes e depois julgar improcedente o pedido alegando instrução probatória deficiente. Ou, então, determinar a emenda da petição inicial em ação de marcas, sem esclarecer o que, na sua visão, não estaria adequado (ausência do certificado do registro de marca, por exemplo), e depois indeferir a peça inaugural. Poder-se-ia citar várias situações análogas.

Por outro lado, antes de decidir sobre uma questão não ventilada na lide capaz de influenciar o resultado da causa, o juiz deverá intimar as partes para se manifestarem a respeito, ainda que se trate de matéria que ele deva decidir de ofício.

Da mesma forma, deverá garantir a paridade de armas, distribuir dinamicamente o ônus da prova entre os litigantes, quando necessário, e apontar as deficiências postulatórias das partes, permitindo que elas sejam supridas. Sua participação ativa não fere sua isonomia, pois, na cooperação, os deveres são recíprocos e todos os agentes são protagonistas da própria condução do processo.

Sob outra ótica, o dever de cooperação exige que os litigantes cooperem entre si. Porém, diferentemente do que se possa pensar, não se espera que uma parte forneça munição à outra, reconheça a procedência do direito alheio ou cometa o chamado “sincericídio”. Isso, obviamente, não faria muito sentido. Se fosse assim, um réu, vislumbrando a fragilidade de sua posição, cogitaria ficar revel ao invés de contestar a ação.

<sup>8</sup> Para maior aprofundamento, ver MAZZOLA, Marcelo. *Tutela Jurisdicional Colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. Curitiba: CRV, 2017.

Na verdade, o espírito do NCPC é alçar a ética, a honestidade e a lealdade das partes como *standards* de conduta,<sup>9</sup> facilitando a gestão do processo pelo juiz e permitindo que se chegue à solução mais justa e efetiva.

A cooperação não significa assunção de culpa. O litigante pode até omitir algum acontecimento, mas essa omissão não pode contaminar a narrativa como um todo. Exige-se, na realidade, a boa fé objetiva como comportamento e uma atuação limpa dos litigantes, reprovando-se o uso de artifícios e ardis para distorcer os fatos e retardar a entrega da prestação jurisdicional.

Com isso, o processo deixa de ser um conjunto de despachos e decisões, e passa a ser uma grande atividade cooperativa, na qual cada agente tem sua função e seus interesses próprios, mas ambos caminham com o mesmo foco, almejando um justo e efetivo desfecho para a causa.

Não há dúvidas de que a democratização do processo implica uma total remodelação do papel do juiz na condução da causa, mas a mudança vem em boa hora, pois uma das maiores aflições do jurisdicionado é não ser ouvido, enquanto a do magistrado, talvez, seja a de decidir sem justiça e efetividade.

#### 4. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NAS AÇÕES ENVOLVENDO PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O princípio da cooperação (art. 6º do NCPC) consagra o princípio da autonomia da vontade e reflete a preocupação do legislador em estabelecer no âmbito do Poder Judiciário “*um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos*”.<sup>10</sup>

Nesse contexto, o artigo 190 do NCPC positiva o chamado “negócio jurídico processual”, permitindo que as partes estipulem, nos casos em que se admita autocomposição, mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e con-

<sup>9</sup> MITIDIERO, Daniel. Bases para construção de um Processo Civil cooperativo. Tese de Doutorado na UFRGS, Porto Alegre, 2007. No mesmo sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual REDP*. Volume XII.

<sup>10</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no novo processo civil brasileiro. Disponível em [http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro). Acesso em 20.03.2017.

vencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

É bem verdade que, no passado, as partes já podiam pactuar algumas questões, antes ou durante o processo, como, por exemplo, o foro de eleição em caso de competência territorial (cláusula de eleição de foro), o pedido de suspensão do feito para a tentativa de composição amigável, entre outros.

Porém, a existência de uma cláusula geral no NCPC amplia o leque de possibilidade de novos negócios processuais.<sup>11</sup>

Na área da propriedade industrial, em que a complexidade do tema e a envergadura econômica da discussão dão o tom das demandas, essa possibilidade de customização do litígio traz muitas vantagens.

Nesse particular, ganha especial importância o momento da celebração do contrato, oportunidade em que as partes podem convencionar algumas questões que terão repercussão prática em eventual demanda judicial.

Nessa toada, os contratantes podem ajustar, por exemplo, o foro de eleição, o interesse em métodos alternativos de solução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem), o rateio das despesas processuais, a dispensa de assistentes técnicos, o número máximo de pareceres sobre determinado tema, a impenhorabilidade de algum bem específico etc. Muitos outros negócios jurídicos processuais já foram elencados pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis.<sup>12</sup>

11 TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: notas sobre negócios jurídicos processuais. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044Um+processo+pra+chamar++de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em 12.02.2017.

12 Vide Enunciados n° 19, 20, 21, 135, 262, 403, 490, 580. Transcreve-se, a título ilustrativo, o Enunciado n° 19: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.

Além disso, o NCPC prevê algumas convenções processuais típicas, tais como a redistribuição consensual do ônus da prova, a delimitação consensual do objeto do processo e, principalmente, a escolha do perito pelas partes, o que se trata de um grande avanço.

Na área da propriedade industrial, em que os direitos em discussão são os maiores ativos das empresas, as ações são normalmente complexas e exigem conhecimento técnico especializado, demandando a atuação de um perito com conhecimento na matéria.

Muitas vezes, ainda, as perícias envolvem duas áreas de conhecimento (por exemplo, propriedade industrial e engenharia; propriedade industrial e química), o que torna ainda mais difícil para o juiz a indicação de profissionais adequados.

Dessa forma, a possibilidade de as partes escolherem consensualmente o profissional que atuará no caso traz uma dupla vantagem. De um lado, permite que os litigantes tenham a certeza de que o tema será examinado por alguém que conhece o assunto e, de outro, retira dos ombros do juiz o peso de uma indicação desconectada com a especificidade da matéria, fato recorrente nos dias de hoje.

Outra novidade do NCPC é a possibilidade de as partes ajustarem um “calendário processual” para a prática dos atos do processo (art. 191), o que também se aplica às perícias.

Nesse calendário, que pressupõe a participação do juiz, os prazos legais podem ser dilatados, permitindo que as partes e seus assistentes técnicos tenham tempo hábil para preparar suas manifestações, à luz das especificidades do caso concreto. Uma verdadeira adaptação do procedimento à realidade dos litigantes.

Além disso, com o cronograma definido, tornam-se desnecessárias as intimações via Diário Oficial, o que, de certa forma, alivia o procedimento cartorário.

Vale registrar que, na perícia consensual (art. 471), - que, para todos os efeitos, substitui aquela que seria realizada por perito nomeado pelo juiz -, as partes devem indicar desde logo

seus assistentes técnicos, podendo, inclusive, agendar datas para as fases da perícia e para entrega do laudo pericial, o que gera maior previsibilidade e prestigia a celeridade e a duração razoável do processo.

Em suma, enxergamos com entusiasmo a realização de negócios jurídicos processuais na área da propriedade industrial, como forma de promover uma prestação jurisdicional cooperativa mais justa e eficiente.

## 5. MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NAS AÇÕES DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Em recente ofício expedido pela Advocacia-Geral da União (AGU) e assinado pela Procuradora Regional Federal da 2ª Região, Dra. Lucila Carvalho Medeiros da Rocha, a AGU deixa consignado desde logo o desinteresse do INPI na realização de “audiências prévias” previstas no artigo 334 do NCPC.

Como se sabe, o referido dispositivo legal estabelece que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Cumpre destacar que a audiência só não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando o litígio não admitir a autocomposição (art. 334, § 4º, I e II, do NCPC).

Pois bem, com base no referido ofício, alguns magistrados federais estão determinando diretamente a citação do INPI, deixando de designar audiência de mediação ou conciliação.

Em linhas gerais, a AGU defende que, em âmbito público, a autocomposição somente pode ser realizada quando houver norma expressa autorizando a Administração Pública a assim proceder. Além disso, sustenta que a autonomia do advogado

público federal para transação é limitada pela Lei nº 9.469/1997 e por normas internas, como, por exemplo, a Portaria AGU nº 109/2007 e a Portaria PGF nº 915/2009.

Nada obstante, a AGU pondera que a realização de audiências preliminares sem resultado prático prejudica a celeridade processual e organização do trabalho, “diante da inexistência de procuradores em número suficiente para comparecer às aludidas audiências, e os próprios autores, em sua maioria idosos e enfermos”.

Com todo o respeito, não concordamos com tal orientação, e o tema exige uma maior reflexão.

Primeiramente, vale destacar que o NCPC estabelece, logo em seu capítulo inicial, intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, devendo a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Ou seja, o estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos é regra nuclear do NCPC, que deve ser observada por todos os agentes do processo, sem qualquer distinção. Aliás, os artigos 174 do NCPC e 32 da Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação) preveem expressamente a necessidade de criação de Câmaras de Conciliação/Mediação pelos entes públicos.

Por outro lado, nem todo interesse público é um direito indisponível, sendo certo que os direitos indisponíveis também admitem transação, exigindo-se, nesse caso, a homologação judicial, com a prévia oitiva do Ministério Público (art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/15).

Em sua concepção clássica, a ideia de Estado de Direito estava intimamente vinculada à submissão da Administração Pública à legalidade, porém, no Estado Democrático de Direito, além do respeito à lei e à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada.

A necessidade de conferir maior legitimidade à atuação do Poder Público, no contexto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, leva ao surgimento de novos mecanismos de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas, assim como ao incremento de meios consensuais de atuação administrativa.

A busca pelo consenso acarreta mudanças, inclusive, na mentalidade dos agentes públicos e na estrutura da Administração Pública. Nesse sentido, a própria estrutura orgânica da AGU conta, por exemplo, com a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

A consensualidade administrativa tem sido efetivada pelos acordos administrativos que não colidem com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Em razão da pluralidade de interesses públicos e da necessidade de maior eficiência na ação administrativa, a legitimidade dos atos estatais não está restrita ao cumprimento da letra fria da lei, devendo respeitar o ordenamento jurídico em sua totalidade (juridicidade).

Por essa razão, a ponderação entre os interesses conflitantes justifica a celebração de acordos por parte da Administração Pública, tais como: Termo de Ajustamento de Condutas (TAC): art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985; Termo de Compromisso: art. 11, § 5.º, da Lei 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); Acordos terminativos de processos administrativos: art. 46 da Lei 5.427/2009 (Lei do Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro); Termo do compromisso de cessação de prática e acordo de leniência: arts. 85 e 86 da Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC); Acordo de leniência: art. 16 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); Acordos e conciliação em setores regulados: arts. 93, XV, da Lei nº 9.472/1997 (ANATEL), 43, X, da Lei nº 9.478/1997 (ANP), 29 da Lei 9.656/1998 (ANS), etc.

No tocante à conciliação e mediação em ações judiciais envolvendo a Administração Pública, a autorização legal é expressa no NCPC e na Lei 13.140/2015, cabendo ressaltar que, no

caso específico da Administração federal, a AGU deve adotar as medidas necessárias para efetividade da autocomposição dos conflitos, na forma do art. 4º, VI, da Lei Complementar 73/1993, da Lei 9.469/1997 (alterada pela Lei da Mediação) e do Decreto 7.392/2010.

Especificamente em relação ao INPI, seus procuradores devem incentivar e estimular os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Até porque o próprio INPI, no curso de demandas judiciais, muitas vezes concorda com a própria tese autoral e postula a procedência do pedido formulado na petição inicial.

Mais do que isso, o INPI já vem celebrando acordos judiciais com os litigantes, encerrando as respectivas demandas judiciais. Como exemplo, podemos citar casos em que a Autarquia assinou acordos a) reconhecendo que as patentes de determinada ação de nulidade não eram *mailbox*; b) concordando com o pedido alternativo por ela formulado (para redução do prazo de vigência da patente); c) admitindo que a própria decisão administrativa havia sido equivocada, ficando, nesse caso, a patente mantida com quadro reivindicatório distinto, entre outros.

Na área de marcas, podemos destacar o Parecer Técnico do INPI/CPAPD nº 001/2012, que autoriza a Autarquia a admitir “acordos de coexistência” – ainda que como subsídios ao exame de registrabilidade do sinal requerido como marca ou para fins de eventual recurso contra indeferimento –, desde que não prejudiquem os consumidores e os titulares da marca. Uma interpretação a *contrario sensu*, portanto, revela que a própria Diretoria de Marcas do INPI admite a possibilidade de solução consensual do conflito.

Ademais, cumpre registrar que o INPI, por intermédio da Portaria nº 84/2013, instituiu o Regulamento de Mediação do INPI, expedindo as Instruções Normativas nºs 23 e 28, ambas de 2013, que, em síntese, dispõem sobre o processamento de pedido de mediação administrado pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI (Centro da OMPI), envolvendo controvérsias relativas a direitos marcários apresentadas perante aquela Autarquia.

Até onde se sabe, o projeto não foi para frente, mas não deixa de ser um indicativo de que existe o espírito de cooperação e de incentivo aos métodos alternativos (adequados) de solução de conflitos.

Para arrematar, vale pontuar que eventual déficit de mão de obra não pode ser um álibi para a violação dos princípios norteadores do NCPC, principalmente o estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos e a duração razoável do processo.

Se existe um problema de política pública e orçamentária, esse é um assunto a ser resolvido no campo político e administrativo.<sup>13</sup> O que não se pode é, de antemão, ceifar o direito de autocomposição e sacrificar o direito à razoável duração do processo (arts. 5º, LXXVIII, da Carta Magna e 4º e 6º do NCPC), de forma genérica e abstrata, prejudicando o jurisdicionado.

Aliás, vale lembrar que, se o autor manifestar, na exordial, seu desinteresse na realização de audiência de conciliação/ mediação e o INPI apresentar petição no mesmo sentido até 10 (dez) dias antes da audiência (art. 334, § 5º, do NCPC), o juiz retirará a audiência de pauta e dará prosseguimento ao feito. Ou seja, num juízo de ponderação, não há que se falar em prejuízo à celeridade processual.

Nesse contexto, em vez de manifestar, de forma irrestrita e incondicionada, o seu desinteresse pela não realização das audiências prévias, afastando de plano qualquer tentativa de conciliação ou de mediação, talvez fosse mais adequado a atualização dos regulamentos à luz do NCPC e da Lei 13.140/2015, que, como visto, incentivam a autocomposição no âmbito da Administração Pública, com a fixação de parâmetros para efetivação de acordos e soluções consensuais em litígios envolvendo propriedade industrial.

Em resumo, a posição da AGU materializada no ofício em questão, uma espécie de cartão vermelho preliminar ao consenso,<sup>14</sup> está em total dissintonia com os princípios do NCPC e com o próprio comportamento do INPI ao longo do tempo.

13 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 50-54 e 528-529.

14 MAZZOLA, Marcelo; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Mediação na Administração Pública*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/04/06/mediacao-na-administracao-publica/>. Acesso em 28.03.2017.

## 6. A SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Algumas novidades do NCPC repercutem diretamente na vida dos advogados (contagem dos prazos em dias úteis, suspensão dos prazos processuais no período entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, tarifação dos honorários sucumbenciais nos casos em que a Fazenda Pública for parte, etc.).

Mas existe uma que impacta a rotina e a atuação dos advogados nos tribunais, qual seja, a possibilidade de sustentação oral no agravo de instrumento, o que, aliás, já era admitido por alguns tribunais do país. Com isso, valoriza-se a oratória e maximiza-se a atuação dos advogados.

Convém esclarecer, porém, que, de acordo com o NCPC, a sustentação oral só será admitida no caso de agravo de instrumento interposto contra “decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência” (art. 937, VIII). Ou seja, uma novidade que se aplica a quase todas as ações que envolvem propriedade industrial.

Nesse ponto, cabe uma crítica: o legislador também deveria ter previsto a possibilidade de sustentação oral no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre o mérito do processo, como, por exemplo, o julgamento parcial do mérito (art. 356) e a improcedência liminar parcial (art. 332).

Ora, se foi permitida a sustentação oral em situações de cognição sumária – as tutelas provisórias –, mais razão ainda para autorizá-la quando se tratar de cognição exauriente, isto é, no julgamento parcial do mérito. A velha máxima de que quem pode mais, pode (ou deveria poder) menos.

De qualquer forma, a alteração legislativa em questão veio em boa hora. Como sabemos, muitas vezes as tutelas provisórias ganham contornos de um provimento definitivo.

É o que acontece, por exemplo, nas decisões proferidas em ações de propriedade industrial que determinam a retirada de um produto do mercado ou mesmo a alteração de sua embalagem. Diante da forte concorrência mercadológica, ordens judiciais dessa natureza podem, na prática, ser irreversíveis, pois

que, mesmo sendo revogadas posteriormente, o prejudicado já terá perdido considerável fatia de sua clientela e certamente enfrentará dificuldades para se reposicionar.

Nesse sentido, a sustentação oral no agravo de instrumento certamente propiciará maiores debates sobre a controvérsia e uma análise mais cuidadosa dos riscos da concessão (ou não) da tutela provisória, assegurando o contraditório participativo, um dos princípios norteadores do NCPC.

Em uma sustentação oral, o advogado habilidoso consegue resumir, em poucos minutos, dezenas de laudas e sintetizar dias de trabalho. Os negritos e sublinhados de suas peças ganham sonoridade e as imagens colacionadas, movimento. A posição corporal e o timbre de voz também são importantes. Trata-se de um desfile estático, com sentimento e tecnicidade.

Nessa vereda, os advogados das partes não mais comparecerão às sessões de julgamento para assistir e ouvir passivamente o resultado proclamado pelo colegiado, ou, quando muito, pedir um “pela ordem” para pontuar alguma questão fática, mas sim para defender oralmente os fundamentos e as razões de suas teses.

Nessa toada, é fundamental que os advogados em formação ou em exercício desenvolvam cada vez mais a oratória, uma ferramenta essencial na estratégia de convencimento dos desembargadores, principalmente dos vogais, que normalmente não tiveram acesso aos autos e, quando muito, passaram rapidamente os olhos nos memoriais entregues em gabinete.

Sob outro prisma, a alteração promovida pelo NCPC pode estimular uma postura mais ativa por parte do advogado do réu. Explica-se: se o causídico estiver monitorando informalmente a demanda e detectar a interposição de agravo de instrumento (contra a decisão denegatória da tutela provisória), poderá optar por intervir no feito desde logo, para tentar bloquear a concessão de eventual tutela provisória em sede recursal, sabendo que terá o direito de fazer sustentação oral oportunamente.

A estratégia se torna sedutora quando se verifica que a intervenção do réu, nessa hipótese, não inaugurará automática-

mente seu prazo defensivo. Isso porque, como se sabe, o prazo da contestação no NCPC só começará a fluir depois de encerrada a fase de mediação/conciliação (exceto nos casos em que ambas as partes declaram não ter interesse na composição consensual e naqueles em que não se admite autocomposição, quando, então, o prazo da defesa será contado a partir da juntada do respectivo mandado de citação).

Por fim, cabe registrar uma preocupação. Na vigência do CPC/73, muitas vezes o relator julgava o agravo de instrumento (interposto contra tutela provisória) de forma monocrática, mesmo fora das hipóteses do artigo 557 do CPC de 1973 (art. 932, IV, do NCPC), para prover ou desprover o recurso.<sup>15</sup>

Tal prática não pode mais ser tolerada, pois, além de violar frontalmente a teleologia do dispositivo e o próprio sistema de precedentes delineado pela nova Lei de Ritos, acaba esvaziando a possibilidade de sustentação oral, já que não há previsão legal de sustentação oral no agravo interno – embora o que esteja em julgamento seja o próprio agravo.

Nesse ponto, convém lembrar que o dispositivo do anteprojeto do NCPC que previa a sustentação oral no agravo interno da apelação foi vetado, o que evidencia que não foi a intenção do legislador franquear o uso da palavra em tal hipótese. Menos ainda, portanto, em sede de agravo interno no agravo de instrumento.

Em casos assim, caberá ao advogado interpor agravo interno e tentar anular a decisão monocrática, requerendo o regular prosseguimento do recurso, a fim de que possa fazer a sustentação oral na respectiva sessão de julgamento. Apesar de viável a interposição de Recurso Especial com base no art. 932, IV e V, do NCPC, na prática, a irresignação terá pouca efetividade, pois, quando do desate da questão na Corte Especial, a tutela provisória já terá produzido seus efeitos no tempo.

Assim, entendemos que a alteração promovida pelo NCPC é muito bem-vinda, pois, de um lado, valoriza cada vez mais a parti-

<sup>15</sup> Lembre-se apenas de que, à luz do NCPC, para dar provimento ao recurso em tais hipóteses, o relator deverá primeiro ouvir a parte contrária (art. 932, V).

cipação dos advogados e, de outro, assegura o amplo contraditório, e, ao mesmo tempo, estimula e incentiva o exercício da oratória.

## 7. INTIMAÇÃO DE ADVOGADO POR ADVOGADO

Com a vigência do NCPC, já se ouve nos corredores do Fórum que o advogado será agora quase um oficial de justiça.

Exageros à parte, explica-se: de acordo com o novo diploma legal, caberá ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia e hora da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo (art. 455 do NCPC).

A intimação deverá ser feita por carta com aviso de recebimento (AR), devendo o advogado juntar aos autos, com antecedência mínima de 3 (três) dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.

Da mesma forma, poderá o advogado promover a intimação do advogado da parte contrária por meio do correio, juntando aos autos a cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento (art. 269, § 1º, do NCPC). O ofício de intimação deverá ser instruído com cópia do respectivo provimento jurisdicional. Nessa hipótese, o prazo começará a fluir, para o advogado intimado, a partir da data de juntada aos autos do aviso de recebimento.

Como se vê, longe de invadir a esfera de atuação dos oficiais de justiça, os advogados terão a responsabilidade/possibilidade de promover algumas intimações. No caso das testemunhas, a providência é obrigatória, à exceção das hipóteses previstas no artigo 455, § 4º, incisos I a IV, do NCPC. Já no caso da intimação do advogado da parte contrária, trata-se de mera faculdade, e sua pertinência pode ser avaliada pelo causídico em cada caso concreto.

Examinaremos, então, algumas particularidades da intimação do advogado pelo advogado do *ex adverso*, o que, de certa forma, não chega a ser uma novidade nas ações de propriedade industrial, pois alguns causídicos, maliciosamente ou não, já têm o costume de enviar e-mails para os patronos da parte contrária, anexando a cópia de determinada decisão, na tentativa de acelerar a intimação do adversário.

Em linhas gerais, consideramos que a alteração legislativa é positiva. De um lado, o expediente pode desafogar o trabalho burocrático dos cartórios, pois, uma vez comprovada a intimação do advogado nos autos, não haverá necessidade, a princípio, de se expedirem novas intimações referentes ao mesmo despacho, decisão ou sentença. Por outro lado, a intimação via correios pode ser mais rápida que a própria intimação judicial, inclusive a eletrônica, o que favorece a duração razoável do processo.

Basta pensar, por exemplo, na hipótese de concessão de uma tutela de urgência ou de evidência. Pode ser que o advogado da parte que obteve a tutela não queira aguardar o regular processamento do feito pelo cartório e as providências de praxe, decidindo acelerar desde logo a intimação do advogado da parte contrária, a fim de que o prazo recursal se inicie mais rapidamente.

Isso até pode fazer parte de uma estratégia processual, pois evita que o advogado da parte contrária desfrute daquele prazo de 10 (dez) dias do processo eletrônico para abrir a respectiva intimação (artigo 5º, § 3º, da Lei 11.419/2006 c/c 231, V, do NCPC) e, com isso, tenha mais comodidade para preparar seu recurso.

A primeira dúvida que surge é a seguinte: essa intimação só pode ser feita pelos correios mediante aviso de recebimento?

Entendemos que não. A intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo (art. 269). Embora o NCPC apenas mencione a intimação por correio nessa hipótese específica, sustentamos que, se, de algum outro modo, restar comprovada a ciência do advogado da parte contrária, a intimação terá cumprido seu desiderato.

Assim, por exemplo, se o advogado enviar um e-mail ao advogado da parte contrária, anexando a decisão objeto da intimação, e este responder a mensagem tomando ciência do ato, a intimação terá sido formalizada. Nesse ponto, vale lembrar que a indicação dos endereços eletrônicos dos advogados do autor e do réu passou a ser um requisito da petição inicial (art. 319, II, do NCPC), o que reforça o nosso pensamento. Afinal, a intenção do legislador ao incluir tal providência revela a sua preocupação em

desburocratizar e dar celeridade ao processo, em sintonia com os princípios norteadores da nova Lei de Ritos (dever de cooperação, duração razoável do processo, etc.).

Ressalvamos, porém, que o mero aviso de recebimento do e-mail enviado não é suficiente para caracterizar a intimação. É que não se pode garantir que a mensagem tenha sido efetivamente aberta e lida pelo titular da conta de e-mail.

Como sabemos, muitos advogados compartilham, em períodos de viagem ou férias, o acesso à caixa de e-mails com secretárias e assistentes, o que, na prática, torna muito difícil saber se a mensagem foi efetivamente entregue ao seu destinatário naquele exato momento. Assim como o NCPC impede a prolação de “decisões surpresa”, não devem existir “intimações surpresa”.

E quanto à intimação por correio com aviso de recebimento: como comprovar o conteúdo da correspondência? É difícil acreditar que algum advogado enviaria ao seu colega uma carta sem qualquer conteúdo ou faltando páginas da decisão. Até porque, vale lembrar, todo aquele que participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé (art. 5º do NCPC).

Porém, como não vivemos em um país de apenas bons samaritanos, a situação, de certa forma, preocupa, pois, ainda que o ônus de provar o conteúdo em caso de eventual controvérsia seja do remetente, muitas vezes a discussão envolverá a perda de um prazo processual, o que, por si só, causa tensão.

Para evitar qualquer discussão nesse sentido, sugerimos, em casos mais relevantes, que a intimação do advogado seja feita por cartório de títulos e documentos, valendo-se, assim, da fé pública do tabelião. Em se tratando de correspondência enviada pelo correio, ainda há a possibilidade de lavratura de uma Ata Notarial (art. 384 do NCPC) para atestar o exato conteúdo da comunicação.

Em suma, a possibilidade de intimação do advogado pelo patrono da parte contrária veio em boa hora e pode desburocratizar e acelerar o andamento do processo, mas o expediente exige cuidados especiais e, obviamente, boa-fé e respeito aos princípios positivados pelo novo diploma legal.

## 8. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA EM AÇÕES DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Inspirada no direito francês, a estabilização da tutela antecipada parte da lógica de que, se ambas as partes estão satisfeitas com a decisão antecipatória, não há necessidade de dilação probatória e de se prosseguir em busca de uma decisão exauriente no plano vertical. Um brinde à duração razoável do processo e à efetividade da prestação jurisdicional.

De acordo com o NCPC, se o autor lançar mão do benefício da tutela antecipada em caráter antecedente (art. 303, § 5º), não precisará preparar uma extensa petição inicial, formulando desde logo os pedidos indenizatórios e requerimentos secundários. Bastará requerer a tutela antecipada, demonstrando sucintamente a plausibilidade de seu direito e o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, indicando, ainda, o valor da causa.

Uma vez concedida a tutela, deverá aditar a petição inicial em 15 (quinze) dias ou em prazo maior que o juiz fixar (art. 303, § 1º). Registre-se apenas que, em nossa opinião, não faz sentido o NCPC determinar que o autor adite a petição inicial com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final no prazo acima, uma vez que, se o réu não interpuser o recurso, todo esse trabalho do advogado terá sido em vão. Melhor teria sido postergar esse aditamento para após a notícia da interposição do agravo de instrumento<sup>16</sup> ou, então, adotar a metodologia defendida adiante.

Pois bem, caso a ordem judicial seja concedida e o réu não interponha agravo de instrumento, o processo será julgado extinto e a tutela antecipada se tornará estável (art. 304, *caput* e § 1º, do NCPC). Convém esclarecer, todavia, que qualquer das partes, dentro do prazo de dois anos, pode ajuizar uma ação para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada. Ultrapassado esse pra-

---

16 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada 'estabilização da tutela antecipada'. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n.º 55, 2015, p. 92, nota de rodapé 13. Disponível em [http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj\\_55/files/assets/basic-html/page88.html](http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/page88.html). Acesso em 28.03.2017.

zo, a ordem judicial torna-se estável, porém sem força de coisa julgada (art. 304, § 6º).

A sistemática é interessante e pode ajudar a desafogar o Judiciário (os processos serão encerrados precocemente), mas não devemos fazer uma interpretação literal dos dispositivos, sob pena de nos depararmos com algumas perplexidades jurídicas. Defendemos, assim, a necessidade de uma interpretação sistemática, ilustrando a problemática com exemplos da área da propriedade industrial.

Em litígios dessa natureza, sobretudo nas ações de infração, o autor normalmente formula um pedido de tutela antecipada e também pleiteia indenização pelas violações perpetradas pelos infratores.

Imaginemos então a seguinte situação: se o autor formular um pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, valendo-se do benefício de apresentar uma petição inicial simplificada (sem os pedidos indenizatórios, por exemplo), terá, em tese, que torcer para o réu interpor agravo de instrumento, evitando-se a estabilização da tutela e o conseqüente encerramento prematuro do processo (que, a essa altura, já terá recebido o aditamento da petição inicial). Sim, porque de acordo com a literalidade do art. 304, § 1º, do NCPC, a inércia do réu enseja a extinção do feito.

Com a devida *venia*, essa “extinção” do processo não parece lógica. Obrigar o prejudicado a pagar novas custas judiciais, estender a contratação de seu advogado e propor uma nova ação judicial para buscar o ressarcimento dos valores devidos viola o sincretismo processual e os princípios norteadores do NCPC.

Do ponto de vista do réu, a questão também é inusitada: será ele obrigado a recorrer mesmo não tendo interesse recursal? Imaginemos a hipótese de uma ordem judicial proibindo o réu de utilizar a marca do autor em evento já realizado à época do prazo recursal. Por que ele precisaria pagar custas e arcar com honorários de seu advogado para elaboração de um recurso sem qualquer efeito prático? Não soa razoável. Da mesma forma, qual seria o interesse do réu de recorrer de uma ordem judicial

proferida nos autos de uma ação de infração de patente se ele percebe que no momento de interposição do agravo de instrumento a patente já caiu em domínio público?

Nesse particular, sem embargo de balizadas opiniões em contrário, filiamo-nos à corrente de processualistas que entendem que a estabilização da tutela antecipada não pode resultar simplesmente da não interposição do recurso pelo réu (agravo de instrumento ou agravo interno, caso a tutela seja deferida monocraticamente em sede recursal). Outras medidas poderiam obstaculizar a estabilização, como, por exemplo, eventuais embargos de declaração ou mesmo a apresentação de contestação, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa<sup>17</sup>.

Nesse sentido, sustentamos a necessidade de uma interpretação teleológica, prestigiando a seguinte linha de raciocínio<sup>18</sup>: i) se o autor aditar a petição inicial e o réu agravar ou contestar, não haverá estabilização e o processo prosseguirá normalmente; ii) se o autor aditar a petição inicial e o réu não agravar ou contestar, o autor deverá ser intimado para dizer se pretende prosseguir e buscar uma sentença de mérito (com exame dos demais pleitos) ou desistir da demanda, caso em que a tutela ficará estabilizada e o processo será extinto sem resolução do mérito; iii) se o autor não aditar a petição inicial, o réu pode, mesmo assim, querer agravar ou contestar para impedir a estabilização da tutela, sendo que nessa hipótese o processo será julgado extinto e eventual recurso, declarado prejudicado; e iv) se o autor não aditar a exordial e o réu não agravar ou contestar, ocorrerá a estabilização e o processo será extinto sem resolução de mérito, devendo o juiz declarar estabilizada a tutela.

A compreensão dessa sistemática é fundamental para que haja estímulo ao requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente. Caso contrário, os advogados só farão uso do expediente naquelas hipóteses em que a situação é urgentíssima a

---

17 GRECO, Leonardo - A Tutela da urgência e da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIV.

18 A esquematização é do Desembargador Alexandre Câmara, com adaptações feitas por este autor. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 166.

ponto de inviabilizar o desenvolvimento de uma petição inicial completa ou nos casos em que o prejudicado se satisfaça com eventual ordem de abstenção de uso (para evitar o lançamento de um produto no mercado, por exemplo).

Afinal, ninguém vai querer correr o risco de ser prejudicado pela inércia do réu, se contentando com uma tutela antecipada que, apesar de estável, sequer fará coisa julgada.

## 9. O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES E SEUS RE-FLEXOS NA ÁREA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O NCPC consagrou um sistema de precedentes inspirado na *common law* e adaptado para o *civil law*<sup>19</sup>.

Contudo, essa perspectiva de valorização dos precedentes no NCPC não é inédita e tampouco pode ser considerada uma novidade contemporânea.

Em nosso ordenamento jurídico, o primeiro marco relevante foi a criação da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal em 1963<sup>20</sup>. Embora não tivesse qualquer efeito vinculante, passou a exercer grande influência nos julgamentos.

Em 1990, foi editada a Lei n° 8.038, que autorizava o desprovidimento de recursos perante o STJ e o STF quando “*contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal*” (art. 38).

Posteriormente, a Emenda Constitucional n° 03/1993 passou a conferir efeito vinculante à decisão proferida pelo STF em Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, §2°, da Carta Magna).

Em 2004, a Emenda Constitucional n° 45 incluiu os artigos 102, III, § 3°, <sup>21</sup> e 103-A<sup>22</sup> na Constituição Federal, instituindo a

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 427.

20 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n° 27, 2005.

21 Art. 102, III, § 3°: No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

22 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder

repercussão geral para o recurso extraordinário e a chamada súmula vinculante.

Em 2008, a Lei nº 11.672 acrescentou o artigo 543-C ao CPC/73 e estabeleceu o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Ao longo do tempo, outras reformas legislativas modificaram o CPC/73, incentivando a valorização dos precedentes, com reflexos, por exemplo, na improcedência liminar do pedido (art. 285-A) e no julgamento monocrático (provimento/desprovimento) de recursos que envolvessem matéria sumulada ou objeto de jurisprudência dominante dos tribunais (art. 557).

Nessa toada, o legislador do NCPC, dentro da ótica de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, positivou consagrados princípios constitucionais, tais como a isonomia, a duração razoável do processo, a segurança jurídica e a efetividade, que são verdadeiros cânones do sistema de precedentes.

A ideia é racionalizar a entrega da prestação jurisdicional e impedir que casos semelhantes sejam julgados de forma distinta, evitando a odiosa “justiça lotérica”.

Nesse sentido, o artigo 926 do NCPC dispõe que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”, observando **a)** as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; **b)** os enunciados de súmula vinculante; **c)** os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; **d)** os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e **e)** a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927).

Na área da propriedade industrial, em que normalmente as discussões são técnicas, complexas e envolvem valores expressivos, a sistemática é interessante, pois a ausência de homogeneidade de entendimento causa flagrante insegurança jurídica.

---

Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A propósito, vale registrar que, passados mais de 20 (vinte) anos da Lei nº 9.279/96, a única súmula (não vinculante) sobre a matéria versa sobre o prazo prescricional para a propositura de ação de perdas e danos decorrente de uso de marca.<sup>23</sup> Não existe qualquer súmula vinculante ou julgamento de recursos repetitivos.

Aliás, somente alguns meses atrás o STJ afetou o primeiro caso à sistemática dos recursos repetitivos. No REsp 1.527.232/SP, a Corte decidirá se “*é possível à justiça estadual impor abstenção de uso de marca registrada pelo INPI*”, bem como determinar a abstenção de uso de elementos não registrados no INPI (*trade dress*) em ações de concorrência desleal.

Nesse particular, parece-nos claro que, nos conflitos entre o titular de uma marca registrada e um suposto infrator sem registro concedido pelo INPI, a justiça estadual é competente para decidir a questão. Porém, quando o conflito envolver duas empresas com registros concedidos pelo INPI, a justiça federal será a competente para dirimir a controvérsia. Caso contrário, a justiça estadual estaria, por via oblíqua, esvaziando os efeitos de um registro marcário e usurpando a competência exclusiva da justiça federal.

Quanto ao segundo ponto a ser analisado pelo STJ, entendemos que a justiça estadual é competente para julgar as ações de concorrência desleal com base em *trade dress*, pois a discussão não pressupõe a análise de eventual nulidade dos signos distintivos, mas sim o exame da alegada prática desleal, materializada pela imitação ou reprodução indevida da identidade visual de determinado produto/serviço.

Muitas outras controvérsias na área da propriedade industrial também deveriam ser pacificadas, clareando o horizonte dos litigantes.

Uma delas, por exemplo, versa sobre a regra de competência para as ações de infração de marca com pedido indenizatório. A discussão reside em saber se deve ser aplicada a regra geral do

---

23 Súmula 143 do STJ: Prescreve em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial.

foro do domicílio do réu (art. 94 do CPC/73 – art. 46 do NCPC) ou se pode ser invocado o local do ato ou do fato, ou mesmo o foro de domicílio do autor (art. 100, V, “a”, e § único do CPC/73 – art. 53, IV, “a”, e V, do NCPC).

Depois de algumas decisões conflitantes no âmbito do STJ, o tema foi equalizado no julgamento dos Embargos de Divergência nº 783.280/RS,<sup>24</sup> prevalecendo a regra do foro especial. Porém, como o julgamento não ocorreu sob a sistemática dos recursos repetitivos, não há que se falar em efeito vinculativo do *decisum*, o que ainda abre espaço para decisões contraditórias em casos análogos.

Na área das patentes, a discussão sobre o prazo de vigência das patentes *pipeline* foi equacionada pela Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp nº 731.101/RJ, consignando-se que “a Lei de Propriedade Industrial, em seu art. 230, § 4º, c/c o art. 40, estabelece que a proteção oferecida às patentes estrangeiras, chamadas patentes *pipeline*, vigora ‘pelo prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido’, até o prazo máximo de proteção concedido no Brasil - 20 anos - a contar da data do primeiro depósito no exterior, ainda que posteriormente abandonado”.

Embora o *decisum* possa ser uma diretriz para os magistrados, não foi proferido em sede de recurso repetitivo e, portanto, não é considerado um precedente de observância obrigatória. Além disso, a discussão exige maior reflexão e ampla participação plural da sociedade, não apenas em razão da *mens legis* do legislador da LPI, mas também por conta dos valores constitucionais em jogo, o que justifica a reabertura dos debates.

Outro tema recorrente nos tribunais que merece ser enfrentado envolve o chamado direito de precedência ao registro de marca (art. 129, § 1º, e 158 da LPI). A jurisprudência é vacilante. Existem julgados reconhecendo que o direito de precedência pode ser manifestado judicialmente após a concessão do registro (TRF2 – AC nº 2009.51.01.813202-0), e outros arestos defendendo que o direito de precedência deve ser necessariamente manifes-

<sup>24</sup> Embargos de Divergência nº 783.280/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 19/04/2012.

tado antes da concessão do registro de terceiro (TRF2 – AC nº 0029525-38.2012.4.02.5101).

Antes de encerrar, um último comentário: consideramos que a valorização dos precedentes não fomenta o chamado imobilismo jurisprudencial. Isso porque existem técnicas – importadas da *common law* – de superação dos entendimentos (***overruling*** e ***overriding***) e de confronto do paradigma com caso concreto (***distinguishing***), que podem ser invocadas pelas partes e pelos julgadores, sempre de forma fundamentada.

Ou seja, nessa escalada histórica dos precedentes, o NCPC cria uma parametrização que pode racionalizar a entrega da prestação jurisdicional, garantindo a isonomia, a efetividade e a duração razoável do processo.

## 10. O IMPACTO DO IRDR NAS AÇÕES DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Uma das maiores novidades do NCPC é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no artigo 976 e seguintes. Inspirado no *Musterverfahren* alemão, no *Pilot Judgement* da Corte Europeia de Direitos Humanos e no *Group Litigation Order* da Inglaterra, o IRDR surge para dar concretude ao sonho dos juristas de garantir uma decisão de mérito em tempo razoável.

De fato, a preocupação com o tempo e a duração razoável do processo é uma tônica do novo código, o que, aliás, está evidenciado logo no capítulo inicial intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, especialmente nos artigos 4º e 6º.

Em linhas gerais, o IRDR tem como objetivo garantir a isonomia das decisões judiciais e a segurança jurídica toda vez que existir uma multiplicidade de causas que versem sobre a mesma questão de direito.

O incidente pode ser instaurado de ofício pelo juiz ou pelo relator, ou por meio de petição pelas partes, assim como pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

Funcionará assim: o pedido ou o ofício será endereçado ao tribunal com os documentos necessários à demonstração do pre-

enchimento dos pressupostos legais. Em seguida, o presidente do tribunal encaminhará o pleito ao órgão competente. Sorteado o relator, será feito o juízo de admissibilidade. Uma vez admitido o incidente, todos os processos que versam sobre a mesma questão de direito serão suspensos. Após ouvidas as partes e o Ministério Público, além de eventuais interessados (art. 983 do NCPC), o relator levará o feito a julgamento. Definida a questão de direito no prazo máximo de um ano (art. 980 do NCPC), a tese será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região, bem como aos casos futuros que envolvam idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

Contra a referida decisão, é possível a interposição dos recursos especial e extraordinário, que, excepcionalmente, são dotados de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional debatida. Esse pronunciamento das cortes superiores, embora não obrigatório, é importante para permitir a uniformização do tema em nível nacional, com efeitos *erga omnes*.

Na área da propriedade industrial, assim como em outros ramos do direito, existem temas que se repetem em múltiplas demandas. São matérias de densidade infraconstitucional e constitucional que ainda não foram pacificadas e causam grande insegurança jurídica à comunidade empresarial.

Como já salientado, nenhuma dessas teses foi apreciada em sede de julgamentos de casos repetitivos e tampouco é objeto de súmula vinculante, o que demonstra a inexistência de efeito vinculativo das decisões.

A consequência disso são decisões discrepantes, inclusive dentro do mesmo tribunal, causando instabilidade e insegurança jurídica.

Nessa toada, o IRDR será fundamental para o processo de consolidação da jurisprudência na área da propriedade industrial.

O espaço é limitado para maiores aprofundamentos, mas citaremos alguns exemplos práticos de possível instauração do IRDR.

Na área de marcas, por exemplo, persiste a discussão se a indenização por dano material depende da comprovação dos prejuízos ou se é mera consequência do ato ilícito (REsp 1174098/MG x AgRg no AREsp 111842/SP). A questão ainda não está pacificada.

No segmento das patentes, merece registro a distribuição de centenas de ações de nulidade pelo INPI em relação às chamadas patentes *mailbox*, que visam a proteger produtos farmacêuticos e produtos agroquímicos, cuja discussão gira em torno do respectivo prazo de validade dessas patentes.

Esses breves exemplos demonstram que relevantes questões de direito na área da propriedade industrial podem ser objeto do IRDR, acelerando a formação de precedentes e garantindo a isonomia das decisões e a segurança jurídica, e ainda contribuindo – torcemos – para a duração razoável do processo.

## 11. A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PARCIAL DO MÉRITO DE AÇÕES REPETITIVAS SUSPENSAS PELO IRDR

Como visto, o IRDR poderá ser instaurado sempre que existir uma repetição de processos que versem sobre a mesma questão de direito e houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Tais requisitos são cumulativos e devem estar demonstrados no pedido de instauração do incidente.

Nesse momento de sedimentação do incidente, surgem muitas dúvidas, e o NCPC não traz uma resposta precisa para todas elas. Por exemplo, quantos processos sobre a mesma questão de direito são suficientes para caracterizar a “efetiva repetição de processos”? A matéria de direito pode compreender questões de direito processual ou apenas de cunho material? Para que esteja configurado o “risco à isonomia e à segurança jurídica”, é necessário que várias demandas já tenham sido julgadas em sentido conflitante ou basta a possibilidade de decisões contraditórias? É preciso que já exista um recurso pendente no tribunal para que

seja admitido o IRDR? É recorrível a decisão do órgão colegiado que rejeitar a instauração do IRDR? Pode o juiz solicitar a instauração do IRDR em processo ainda não decidido ou somente quando da remessa do respectivo feito ao tribunal por força de recurso ou reexame necessário? Apenas os legitimados do art. 977, II e III (partes, MP e Defensoria) podem requerer ao STJ ou STF a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos repetitivos (art. 982, § 3º), ou também os demais interessados, inclusive o *amicus curiae*?

Algumas dessas questões e outras controvérsias estão sendo debatidas pelos processualistas, e posicionamentos já foram assentados.<sup>25</sup>

Poderíamos enfrentar cada um dos questionamentos acima, mas, diante da reduzida dimensão deste artigo, iremos examinar uma situação muito relevante que diz respeito aos efeitos da suspensão das ações repetitivas por força da decisão de admissão do IRDR.

De acordo com NCPC, os processos ficam suspensos pelo prazo de 1 (um) ano e, após esse prazo, voltam a correr normalmente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 980 e seu § único).

Surgem então novas indagações. O processo fica totalmente paralisado nesse prazo de 1 (um) ano? O que pode ser apreciado pelo juiz da causa suspensa? Ele pode julgar um dos pedidos não relacionados ou que não sejam prejudiciais à matéria objeto do IRDR?

Pois bem, inicialmente vale registrar que o próprio NCPC ressalva que, durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência será dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (art. 982, § 2º). Claro, não seria razoável permitir que uma situação de urgência capaz de causar dano ou lesão a direito não fosse tutelada pelo Estado (art. 5º, XXXV, da CF).

Entendemos que a decisão do relator que determina a suspensão das ações repetitivas não é um sopro górgono<sup>26</sup> capaz

<sup>25</sup> Vide os Enunciados n.ºs 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 206, 342, 343, 345, 347, 349, 473, 481, 556, 605 e 606 do FPPC.

<sup>26</sup> Górgona é uma criatura da mitologia grega que tinha o poder de transformar todos que olhassem para

de petrificar o processo. Este não fica congelado e adormecido (Enunciado n° 205 do FPPC).

Na verdade, além das tutelas de urgência, o juiz pode, por exemplo, homologar o pedido de desistência da ação, o que, porém, não impedirá o exame de mérito do incidente (art. 976, § 1°).

Nada obstante, o juiz pode dar andamento ao feito, determinando providências necessárias e avançando na instrução probatória em relação às demais matérias de direito e de fato que não tenham relação ou subordinação com o tema do IRDR.

Mais do que isso: sustentamos que o juiz pode julgar parcialmente o mérito (art. 356), providência que tem cabimento quando um ou mais dos pedidos formulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento (desnecessidade de novas provas ou o réu for revel e não houver protestado pela produção de prova).

Imaginemos a hipótese de o autor, que ainda não tem uma marca registrada no INPI, ajuizar uma demanda com base em dois fundamentos distintos: infração de marca e violação de direito autoral, formulando os respectivos pedidos indenizatórios. Pode ser que o tema marcário não possa ser julgado desde logo (por força de eventual IRDR em que se decidirá, por exemplo, se depositante de um pedido de registro de marca pode compelir alguém a se abster de usar o sinal depositado; ou se a indenização por dano material decorre da infração em si ou demanda a comprovação dos prejuízos).

Nesse exemplo ilustrativo, nada obsta que o juiz, verificando que o processo não demanda a produção de outras provas e se encontra em condições de imediato julgamento, enfrente e decida a alegada violação de direito autoral e o respectivo pedido indenizatório, não adentrando na questão marcária. Caberá agravo contra tal decisão (art. 356, § 5°).

Sem dúvida que a flexibilização da regra de suspensão das ações repetitivas será um grande avanço,<sup>27</sup> prestigiando a celeri-

---

ela em pedra. Conta-se que existiam três górgonas: as três filhas de Fórcis e Ceto. Seus nomes eram Medusa, “a impetuosa”, Esteno, “a que oprime” e Euriale, “a que está ao largo”.

27 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repe-

dade e a duração razoável do processo (parte da causa será decidida desde logo), a economia processual (o autor optou por cumular os pedidos ao invés de propor duas demandas), a efetividade (permitir a realização dos direitos em menor tempo) e a segurança jurídica (eliminação de incertezas), todos princípios norteadores do NCPC.

Nesse contexto, propõe-se uma interpretação sistemática, a fim de que os efeitos da mencionada suspensão dos processos repetitivos se restrinjam às matérias relacionadas ou prejudiciais ao tema de direito objeto do IRDR, não impedindo, porém, o julgamento parcial do mérito em relação às questões não vinculadas ou afetadas pelo incidente.

## 12. CONCLUSÃO

O NCPC trouxe importantes alterações, que podem impactar diretamente os litígios na área da propriedade industrial.

Ainda não sabemos como os tribunais irão se posicionar em muitas das questões aqui levantadas, mas as novidades são bem-vindas e podem contribuir para um processo mais ético e célere, com respeito à isonomia e à segurança jurídica.

Esperamos que a bússola interpretativa de nossos tribunais esteja calibrada para equacionar as controvérsias, à luz dos princípios norteadores do novo processo civil, e consolidar, com brevidade, entendimentos jurisprudenciais, especialmente na área da propriedade industrial.

## 13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 27, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

---

titivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 243, maio/2015, p.283-331.

CERQUEIRA, Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, 2ª ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no novo processo civil brasileiro. Disponível em [http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro). Acesso em 15.12.16.

GRECO, Leonardo. A Tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIV.

MAZZOLA, Marcelo. *Tutela Jurisdicional Colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. Curitiba: CRV, 2017  
\_\_\_\_\_; CABRAL, Filipe Fonteles. O Teste 360º de confusão de marcas. *Revista da EMERJ*, nº 69, jun./jul./ago./2015.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Mediação na Administração Pública*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/04/06/mediacao-na-administracao-publica/>. Acesso em 28.03.2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 243, maio/2015.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo*. Tese de Doutorado na UFRGS. Porto Alegre, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro: uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual REDP*. Volume XII. Rio de Janeiro.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. nº 55, 2015. Disponível em [http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj\\_55/files/assets/basic-html/page88.html](http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/page88.html). Acesso em 15.12.16.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio?” *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. 213, 2012.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: notas sobre negócios jurídicos processuais. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em 28.03.2017.

# Perfil da Empresa no Século XXI: Interface entre a Atuação Estatal e os Agentes Econômicos. Uma Análise Econômica do Direito

**Carla Izolda Fiuza Costa Marshall**

*Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho.*

*Professora Titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ.*

## RESUMO:

O presente artigo pretende analisar o novo perfil das organizações no século XXI, a partir da identificação dos componentes do século XX, que representou grandes avanços para o Estado e, na mesma proporção, para as corporações, independentemente de seu porte. O fomento à empresa intentado pelo constituinte, em especial na Constituição Econômica, se deu com o intuito de propiciar o desenvolvimento econômico. Desde então, houve uma série de mudanças no modo de atuação estatal em relação aos agentes econômicos e, a fim de dimensionar tal sistemática, a doutrina do *Law & Economics* manifesta-se como instrumento imprescindível.

**Palavras-chave:** Atuação estatal; Desenvolvimento Econômico; Constituição Econômica.

## ABSTRACT:

The present paper intends to analyse the new profile of organizations in the XXI century, since the identification of components from the past century has represented a great advance to the State,

as well as, to corporations, regardless of the size of their business. Corporative promotion was a sensible objective of constituent assembly, since an economic chapter was introduced in the constitutional charter, in order to achieve a solid economic development. Since then, there were several changes in the way that the State deal with economic actors and the *Law & Economics* doctrine shows itself as an imperative parameter to size this landscape.

**Key words:** State intervention; Economic development; Economic constitution

## INTRODUÇÃO

O século XXI tem se mostrado fértil na experimentação de novas alternativas para a concretização de dispositivos constitucionais e legais no que concerne aos agentes econômicos.

O fomento à empresa determinado constitucionalmente na economia de mercado se consolida com intuito de promoção do desenvolvimento econômico, que é a meta, entendendo-se, aqui, fomento como forma de incentivo estatal às atividades da iniciativa privada, que visam ao desenvolvimento do país.

A Intervenção do Estado no domínio econômico vem sendo a tônica das civilizações, a partir dos diversos regimes adotados pelos governos, em alguns casos verdadeira intervenção propriamente dita e em outros apenas a condução de políticas econômicas de incentivo.

Indiscutivelmente, a atuação do Estado consiste em um dos fatores determinantes nas políticas públicas implementadas, uma vez que dele partirá o modelo que deverá reger as relações econômicas na sociedade, apesar da vigência do princípio da livre iniciativa.

Obviamente que o Estado irá atuar em sintonia com os apelos do mercado, seja ele interno ou externo, tendo como linha condutora o horizonte econômico, que irá permitir o almejado desenvolvimento.

O tema desenvolvimento econômico se perpetua como instituto que ainda merece ser abordado e implementado face à economia de mercado.

## 1. ATUAÇÃO ESTATAL E AGENTES ECONÔMICOS

Em linha com este paradigma, faz-se necessário um estudo mais detido sobre a interface Direito, Economia e Empresas.

A discussão que avalia e estuda a integração dessas três unidades de pensamento, embora já remonte a épocas pretéritas em termos de Europa e Estados Unidos, ainda não se esgotou em solo brasileiro, daí a pertinência de seu estudo.

A Teoria desenvolvida por Ronald Coese<sup>1</sup> trouxe à baila o debate, inarredável. Na verdade, urge a reflexão e implementação de soluções para a realidade enfrentada pela sociedade contemporânea em sintonia, em especial sob o aspecto jurídico, com a questão da avaliação de custos envolvidos, diante das alternativas de formatações corporativas no mercado.

Empresas, em sentido amplo, e mercado têm custos para funcionar e se constituem em pilares de sustentação da Economia, e, por óbvio, do próprio Estado, que terá que cumprir sua missão de garantir as instituições e gerar condições de funcionamento aos mercados, espaço de atuação das empresas.

Para que, na atualidade, o Brasil pudesse alcançar desenvolvimento de mercado, identifica-se como contribuição significativa a Carta Política de 1988, que consolida e legitima a ação do Estado, atuando na economia e prevendo ações de cunho estatal no domínio econômico nacional, por intermédio de múltiplas formas, tais como: o planejamento<sup>2</sup>, do fomento e do poder de polícia.

Crê-se que o planejamento seja a pedra angular da atuação estatal, pois:

*Desta forma, torna-se imprescindível a adoção de um planejamento econômico que poderá conduzir, de modo racional e coerente, à consecução da política adotada (...). Portanto, sem um planejamento comprometido com os aspectos sociais não se alcançarão os objetivos desejados.*<sup>3</sup>

<sup>1</sup> COASE, Ronald. *The nature of the firm*. *Economica*, n.4, 1937, reimpresso em WILLIAMSON O. E e WINTER, S, eds., *The Nature of firm: Origin, Evolution, Development*. Oxford University Press, 1991.

<sup>2</sup> Ver mais profundamente em SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2a. ed., 2000.

<sup>3</sup> MARSHALL, Carla. Desafios da Empresa na Constituição de 1988 in AZAR FILHO, Celso, OLIVEIRA,

A Constituição Econômica, de modo geral, configura-se como indispensável para o entendimento do processo de atuação estatal, sendo que ela impõe “limites ao poder do Estado”<sup>4</sup>, à vista da previsão contida no art. 170 e seguintes da atual Carta constitucional.

A questão econômica, historicamente falando, esteve intimamente ligada aos aspectos jurídico-políticos. Evidentemente, não há como cindir-se o ramo do direito denominado constitucional do inegável elo com os aspectos econômicos que estiveram presentes ao longo da história.

Atualmente a previsão Da Ordem Econômica e Social, na Carta Política, pode expressar aquilo que Washington Peluso<sup>5</sup> pretende como sendo “a consagração da justiça e das necessidades da vida nacional, de modo que possibilitem a todos existência digna e que funcionem como limites à garantia da liberdade econômica”.

Tais inovações serviram para demonstrar a racionalidade da expressão contida nos textos de modo sistemático, muito embora, conforme identifica Eros Roberto Grau<sup>6</sup>, a ordem jurídica, como sistema que congrega princípios e regras de natureza jurídica, “compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social”. Dessa forma, ambas, ordem econômica e ordem social, estão contidas numa ordem maior, que consiste na ordem jurídica, apesar das imensas controvérsias que cercam a expressão “ordem”.

Na verdade, há maiores críticas quando se agrega a Ordem Econômica à Ordem Social, no contexto constitucional de sistema democrata<sup>7</sup>. A utilização das duas ordens, indicadas na Constituição de 1988, reflete de modo bastante nítido a afetação ideológica

---

Fábio Corrêa e Souza e FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Direito Constitucional no Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010, p. 67.

4 MARSHALL, Carla. Direito Constitucional – Aspectos Constitucionais do Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 153.

5 PELUSO DE SOUZA, Washington Albino. Primeiras Linhas de Direito Econômico. São Paulo: LTr, 1994, p. 44.

6 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 41.

7 Não é objeto da presente discussão e análise o teor político-ideológico da democracia ou mesmo do capitalismo.

da expressão. O que se extrai da leitura dos textos constitucionais, despida de senso crítico, é o fato de que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter social.

Ressalte-se o destaque a ser conferido à expressão “livre iniciativa”, que, muito embora tenha sido inserida no *caput* do supracitado artigo, não se reduz à iniciativa econômica. O art. 1º, IV, da Carta Magna também a identifica, mas desta vez como fundamento, e não princípio, ao lado dos valores sociais do trabalho.

Todavia, tem-se por certo que a livre iniciativa apontada pelo art. 170 está intimamente ligada à liberdade de empresa, abrangendo todos os modos de produção, ou, como expressa Grau<sup>8</sup>: “uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”. Nesse sentido, a empresa, entendida como atividade econômica com fins lucrativos, está associada à valorização do trabalho livre, que é concebido numa sociedade onde primam a liberdade e o pluralismo.

Algumas novas questões, no campo do direito, se destacam e sintetizam bem esse perfil, como, por exemplo: a promulgação do Código Civil em 2002, podendo-se dizer, inclusive, que sua elaboração se deu em linha com os sistemas mais arrojados de mudança e aperfeiçoamento da ordem legal, tendo trazido algumas alterações significativas, especialmente no que tange à inserção, no contexto legal, da Teoria da Empresa.

Resgatando-se esse fato, pode-se dizer que a inserção da Teoria da Empresa no universo legal se deu em função do fato de que já era uma realidade jurisprudencial e doutrinária, não havendo mais justificativas para a manutenção da vetusta teoria dos atos de comércio. Em realidade, a teoria dos atos de comércio já estava tão ultrapassada quanto a legalmente prevista dissolução total de unidades econômicas, muito embora a realidade apontasse para plausível aplicação da dissolução parcial.

De qualquer modo, o universo empresarial, a partir de então, adotou outro paradigma para o agente econômico, na medi-

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 224.

da em que a feição do empresário passou a ter outros contornos, mais em sintonia com as tendências do mercado mundial.

Acresça-se a isso a promulgação da denominada Lei de Recuperação e Falências, que também despontou no século XXI e inaugurou uma nova era para as corporações, independentemente do seu porte, e consolidou, de modo incontestado, a função social da empresa, em especial, em seu artigo 47.

Introduziu, em definitivo, a Teoria dos *Stakeholders*, alcançando-a a condição legal, reconhecimento adequado numa economia de mercado. Sobre essa teoria, assim se posiciona Boaventura *et alli*<sup>9</sup>:

*A (característica) da teoria dos stakeholders é seu caráter relacional. Neste sentido Pesquex e Damak-Ayadi (2005)<sup>10</sup> explicam que a teoria dos stakeholders apresenta-se como uma teoria das organizações que propõe um modelo relacional, interligando indivíduos, grupo, comunidade, empresa, instituições e o Estado. (sic)*

Destaque-se que ao lado da Teoria dos *Stakeholders*, muito embora essa seja a mais utilizada, há a Teoria dos *Shareholders*, que segundo Boaventura:

*A título de ilustração pode-se citar Smith (2003)<sup>11</sup>, quem esclarece que de acordo com a teoria dos shareholders, estes adiantam o capital para que os gestores o empreguem apenas naquilo em que autorizaram, enquanto que na teoria dos stakeholders os gestores têm obrigações para com tanto shareholders como stakeholders, devendo a ambos prover benefícios. (sic)*

Na verdade, adequada é a visão dos *shareholders* para efeito de corporações de modelo anônimo, pois não seria o caso de uma sociedade limitada, que possui grande relevo na economia bra-

9 BOAVENTURA, João Maurício Gama, CARDOSO, Fernando Rodrigues, SILVA, Edison Simoni da, SILVA, Ralph Santos da e DONAIRE, Denis. Teoria dos Stakeholders e Teoria da Firma: um Estudo sobre a Hierarquização das Funções-Objetivo em Empresas Brasileiras. <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/FIN-B1387.pdf>, acesso em 23/03/2018.

10 PESQUEUX, Yvon; DAMAK-AYADI, Salma. *Stakeholder Theory in Perspective. Corporate Governance*. Bradford, 2005, v.5, n.2, p.5-22.

11 SMITH, H. Jeff, *The Shareholders vs. Stakeholders Debate. Sloan Management Review. Cambridge, Summer 2003*, v.44, n.4, p. 85-106.

sileira, e tanto isso é verdade, que a Lei Complementar 123, veio, num primeiro momento, para cumprir a determinação constitucional de incentivo ao segmento de micro e pequenas empresas, haja vista a parcela significativa no mercado nacional. Em função de adequação ao contexto econômico, sofreu alterações, sendo que outras ainda são objeto de mudanças na denominada Lei do Super Simples. Enfim, muito há que se fazer.

### 3. ECONOMIA E DIREITO

A interseção Direito e Economia revigora ambas as áreas do conhecimento, pois concede ao Direito caráter menos legalista e mais em linha com as exigências do mercado, e à Economia, um importante campo para aplicação dos cenários.

De acordo com Wald, é preciso que a economia de mercado seja inspirada junto ao direito, e um direito que considere as regras do mercado na exata medida, pois “se houver um mercado sem direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tiver um direito sem o funcionamento do mercado, haverá a paralisação do país, e não haverá desenvolvimento”<sup>12</sup>. Isso tudo porque, assim como o Direito está para a Economia, esta sem aquele se torna uma desordem. Nesse aspecto, portanto, um dos papéis do Direito é organizar e garantir um bom funcionamento de mercado para o desenvolvimento da economia.

A estabilidade econômica, por sua vez, é imprescindível para que haja um sistema legal eficiente, pois, como pano de fundo da estabilidade das normas e do respeito aos contratos, a consolidação dos investimentos são imprescindíveis, em termos nacionais e internacionais, impulsionando o desenvolvimento econômico das nações.

A segurança jurídica que normas estáveis fornecem ao país, em linha com um Judiciário que se mantém apto a aplicá-las, conduz à credibilidade no mercado local, trazendo investimentos externos diretos que elevem a condição do país a patamares superiores em termos econômicos e jurídicos.

---

12 PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.5.

O estudo mais moderno de *Law & Economics* vem a ser, praticamente, uma imposição à realidade do mercado. Historicamente, surgiu com a inserção de disciplinas de cunho econômico nos cursos de Direito, tendo sido reconhecido o seu valor e seus benefícios. Num segundo momento, demonstrou-se eficiente, pois os futuros advogados perceberam a necessidade de adequação de seu perfil ao novo contexto mercadológico.

Segundo Castellar e Saddi<sup>13</sup>:

*Claro que o chamado “advogado de direito empresarial” não é exatamente um profissional de economia; no entanto, é inegável que, à medida que um operador do direito consiga entender a lógica e o racional econômico que norteiam a atividade empresarial, sua tarefa se simplifica. Todas as áreas do chamado “direito empresarial” têm óbvios fundamentos econômicos, daí as vantagens de se conhecer a sua inspiração.*

Mais uma vez trazendo à baila as teorias de Ronald Coase<sup>14</sup> para destacar a importância da Economia no Direito, que chama a atenção para o fato de que a política econômica nada mais é do que a escolha de regras e procedimentos legais e estruturas administrativas com o objetivo de maximizar o bem-estar social. Para ele, a política econômica consiste na escolha entre instituições sociais alternativas, e estas são criadas por lei ou dela dependem.

Para esse autor, a política econômica vem a ser o elemento a partir do qual as leis implementam as atividades de natureza econômica, identificando, portanto, quatro funções, a saber: protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras para a negociação e alienação desses direitos, entre agentes privados e entre eles e o Estado; definem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição; e regulam tanto a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólios ou baixa concorrência.<sup>15</sup>

13 PINHEIRO, Armando Castellar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.10-11

14 ganhador do Prêmio Nobel de Economia. Professor de Economia da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, desempenhou importante papel para a Economia e para o Direito, ao desenvolver seus Teoremas, que se aplicam em ambos os universos, criando a regra do custo de transação. Autor de diversas obras, dentre elas: Firms, Organizações e Contratos - um leitor em Organização Industrial. Oxford: Oxford University Press, 1996.

15 Ver mais profundamente em PINHEIRO, Armando Castellar e SADDI, Jairo. op. cit., p.12 e 13.

Evidente o benefício a ser alcançado pelas organizações e, por via de consequência, para o mercado, decorrente da transdisciplinaridade das duas áreas do conhecimento.

#### 4. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SÉCULO XXI

Indispensável para uma análise mais aguçada dos desafios da empresa no século XXI consiste na concorrência entre os agentes econômicos, mas, antes de adentrar nessa seara, é indispensável que se considere sua evolução, não só em termos nacionais como internacionais, desde a sua gênese.

Ao analisar a história e a evolução da defesa da economia brasileira, tendo como base casos concretos, é possível constatar a gradual implementação das leis que regem e regulam o mercado.

Exemplos importantes são a intervenção do Estado, a queda do paternalismo, as reformas liberalizantes, a criação do CADE<sup>16</sup>, dentre outros acontecimentos que, ao longo do tempo, contribuíram para que o país ocupasse um lugar de destaque na economia mundial. Na verdade, todas essas transformações ocorreram nos últimos setenta anos, portanto, de meados do século passado ao atual.

A defesa da concorrência no Brasil teve forte influência americana em seu início, principalmente de regulamentos como *Sherman Act*. Analogamente a este, existiu o *Federal Trade Comitiion*, que funcionava como um tribunal administrativo cujo objetivo era garantir as liberdades individuais e, conseqüentemente, a democracia representativa. Esse período, final do século XIX, foi marcado por grandes corporações causando desequilíbrio no cenário econômico e político. Sobre o contexto de nosso padrão histórico, já nos debruçamos anteriormente<sup>17</sup>:

---

16 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137/62 e transformado em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994. Atualmente vige a Lei 12.529/11, que alterou algumas estruturas do Super Cade, especialmente as orgânicas, concedendo atribuições a antigos integrantes do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência e criando órgãos que não havia na antiga Lei Antitruste, tais como a Superintendência e o Tribunal. Enfim, permanece como órgão judicante, tendo a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e da repressão a tais abusos e, ainda, em casos de atos de concentração.

17 MARSHALL, Carla. Algumas Reflexões preliminares sobre o novo marco legal da defesa da concorrência: Lei 12.529/11 in CURY, Ieda Tatiana (idealizadora). Lições de Direito de Propriedade Intelectual e

*A primeira regulamentação sobre defesa da concorrência se deu nos Estados Unidos, com o Sherman Act, que é considerada a primeira legislação antitruste conhecida, embora de natureza bastante vaga, em 1890.*

*Em 1914, surge o Clayton Act e o Federal Trade Commission Act, sendo que este último criou o aparato institucional responsável pela execução da política antitruste americana, o Federal Trade Commission (FTC), órgão ligado ao Poder Legislativo, para acompanhar e intervir - juntamente com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, ligado ao Poder Executivo - em condutas consideradas anti-competitivas e análises de atos de concentração econômica.*

*Merece destaque a identificação de que no Sherman Act vigia a regra da ilegalidade per se, ou seja, uma visão estrita da atuação dos agentes econômicos de então. Na verdade, seu rigorosismo e ausência de flexibilidade para outras apreciações contextuais, levaram, posteriormente, à assunção de outra doutrina na decisão da Standard Oil, em 1911, a rule of reasons, também conhecida como regra da razoabilidade, que veio abrandar a interpretação estrita do art. 1º. da Sherman Act.*

*Em 1950, surgiu o Celler Act, em 1976, o Hart-Scott-Rodino Act, logo após o Robinson-Partman Act e, em 1982, o Export Trading Company Act. Em 1984, por sua vez, surgiu o National Cooperative Research Act, cada um deles com uma determinação específica, em função das experiências e necessidades observadas no contexto do mercado americano.*

No Brasil, a preocupação com o abuso do poder existe desde o Estado Novo em 1946. Contudo, a Lei 4.137 foi promulgada somente em 1962, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O que se pretendia era reprimir e apurar o aumento dos preços pelo exercício exacerbado de poder. Nos anos 70, houve, porém, incentivo à concentração empresarial,<sup>18</sup> pois nessa época acreditava-se que a concentração levava a

---

Concorrencial. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016, p. 383-4.

<sup>18</sup> Na verdade, nessa mesma época, houve a implementação de política econômica voltada a incentivos de natureza fiscal e empréstimos de recursos públicos para o setor privado, sem que houvesse a devida prestação de contas.

maior eficiência e fortalecimento do empresariado brasileiro, estimulando a economia de escala. Desse modo, não se percebia o mal causado pela concentração para a economia interna e, em especial, para o consumidor<sup>19</sup>.

Apesar da inclinação do Estado para defender o mercado, a atuação do CADE foi praticamente ineficaz, tendo em vista que todas as suas decisões foram anuladas pelo Judiciário. A explicação para esse fato é que não seria possível defender a economia tendo em vista que o objetivo desta era concentração; e ao mesmo tempo, não seria possível defender o livre mercado se este era controlado pelo Estado. Acresça-se a isso o fato de que havia forte componente de intervenção estatal na economia, ainda com caráter protecionista, expresso pelo controle de preços, por meio do tabelamento e o controle exercido pela SUNAB, que esvaziavam o exercício das funções do CADE.

Até 1988, o que se constatou foi paternalismo do Estado sobre a economia. Com a Constituição de 1988, instaurou-se outro cenário econômico e político no país, o que resultou na elevação da livre concorrência e da defesa do consumidor a princípios da ordem econômica. Essa mudança pode ser percebida na diferença entre o texto do II PND dos anos 70 e o artigo 173, §4º da Constituição Federal de 88.

*II PND: Nessas condições, uma política de fusão de empresas nacionais - e o que se tem estimulado é exatamente isso, para adquirir escala econômica - significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do País e aumentar o grau de competição daquele mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, em vez de enfraquecê-la.*

*Art. 173, Constituição da República- Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

---

19 A expressão "consumidor" só se consolidou no Brasil a partir da sua inserção na CRFB/88.

*§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

O mesmo constituinte deu tratamento diferenciado ao mercado, pois o integrou ao Patrimônio Nacional em seu artigo 219, devendo ser “incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos da lei.”

Nesse diapasão, o constituinte impôs ao Estado não só a asunção do mercado interno como bem jurídico a ele pertencente como também incentivador de seu desenvolvimento, portanto, cabendo a ele tutelá-lo.

Com o advento da Constituição de 1988, o ambiente institucional mudou de feição, em especial, com as medidas liberalizantes do governo Collor, que geraram a necessidade de atuação da defesa da economia perante o abuso de poder. Nesse período foi promulgada a Lei 8.158/91, que criou a SNDE, que posteriormente se tornaria SDE - para a qual foi transferida parte da competência do CADE. A mudança do marco regulatório foi encarada como uma necessidade de modernização da política de defesa da economia. Porém o que se viu foi uma sobreposição dos órgãos, que resultou no seu fracasso. Além do bastante discutível recurso hierárquico para o Ministro da Justiça.

Marcos como o Plano Real e a globalização exigiram atualização da regulação existente e eliminação de barreiras. O mercado tornou-se competitivo e cada vez mais se viu a necessidade de uma legislação moderna, a exemplo de modelos estrangeiros bem-sucedidos. Transformar o CADE em autarquia, conceder mandato aos seus membros, estabelecer procuradores no Judiciário e dar instrumentos efetivos para a defesa da concorrência foram os principais pontos da Lei 8.884/94, que resultaram na maior independência dessa instituição frente ao Estado.

As agências reguladoras, por sua vez, surgiram de um cenário político-econômico de privatizações dos serviços públicos e da necessidade de inserir o mercado brasileiro num ambien-

te externo. Nesse ambiente, a Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe reformulação do Aparato Estatal, introduzindo as Agências Reguladoras, na condição de agentes executivos da política gestada pelos níveis estatais superiores.

Na esteira da criação das Agências Reguladoras, deu-se a necessidade de interpretação dos espaços por elas ocupados e o do CADE, com vistas a evitar superposição e conflito no âmbito de ação e atribuição de cada um.

A regulação passou a ser o centro das reflexões e dos estudos, não podendo ser comparada à concorrência, ainda que haja competição entre os agentes regulados.

Destaque-se que<sup>20</sup>:

*A função regulatória, para além de expressar a imposição de normas, o faz de forma diversa das leis em sentido estrito. A técnica da regulação visa ao equilíbrio do setor específico ao qual se destina, pois, de acordo com a gênese da expressão, “regular” é harmonizar o ambiente econômico, portanto, as regras elaboradas em virtude dessa função não possuem o caráter geral de imposição a todos os segmentos da sociedade, mas tão-somente àqueles que se identificam com o setor específico.*

Feitas essas considerações e voltando à defesa da concorrência e ao CADE, a Lei 8.884/94 englobou as funções preventiva e repressiva, transformando-o em órgão judicante e ainda podendo centralizar os poderes anteriormente dispersos.

Todas as modificações instituídas pela Lei 8.884/94 vieram para tornar mais claras as “regras do jogo”, gerando maior eficácia às decisões e à consecução das atribuições do CADE, que, ao lado das funções preventivas e repressivas, também desempenha outras de natureza educativa.

A função preventiva tem por objetivo a averiguação e a previsão futura de possíveis concentrações que visem ao domínio do mercado; já com a repressiva, o que se pretende é um controle das condutas abusivas daqueles que tendem a exercer o domínio

---

20 MARSHALL, Carla. Direito constitucional – Aspectos Constitucionais do Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 207.

do mercado. Atualmente, a atuação repressiva surge com frequência em decorrência das práticas de cartel. Já a função educativa se faz presente na propagação da cultura de respeito e fomento de uma concorrência equilibrada<sup>21</sup>.

Após dois anos de sua afirmação como autarquia, o CADE, em 1996, se deparou com o caso Kolynos-Colgate. O caso foi marcante, pois introduziu conceitos básicos de análise de mercado, a saber: mercado relevante, estrutura de mercado, barreiras à entrada de outras empresas, concorrência potencial, possibilidade de entrada de novos produtos e diferenciação de produtos. A solução proferida pelo CADE, além de vanguardista, teve eficácia constatada ao longo dos anos. A decisão exigiu a retirada da pasta dental da marca Kolynos do mercado, em prol de uma nova marca, a Sorriso, que seria distribuída às regiões menos favorecidas, ou seja, áreas que não eram de interesse das empresas, pois não havia apelo econômico e onde o consumo era infinitamente menor ou, mesmo insignificante, se comparado a outras regiões. Tal imposição se deu, inclusive, no que tange ao valor do produto, no caso pasta dental, a ser ofertado àqueles “consumidores” por preço menor, visando ao acesso desse público, bem menos abastado.

Outro pronunciamento de extrema importância foi relacionado ao caso Ambev. Inicialmente, o que se pretendia era a fusão entre Antarctica e Brahma, apesar da concentração de mais de 70% do mercado de cerveja. O CADE aceitou, com restrições, tendo sido assinado um termo de compromisso cuja observância era obrigatória. Dentre as imposições, pode-se destacar a alienação da marca Bavaria, dentro de um leque de quinze determinações.

Até então o que se constatou foi um grande progresso na atuação do CADE. Porém foi com o caso Nestlé-Garoto que ficou evidente uma maior rigidez quanto à eficácia de suas decisões. Pela primeira vez, foi negado, de maneira integral, o provimento referente à fusão de duas grandes empresas. Até hoje o caso

---

21 Concorrência equilibrada aqui não é sinônimo de concorrência perfeita, pois essa inexistente de fato, uma vez que ao Estado cumpre estabelecer regras que coíbam práticas espontâneas dos agentes econômicos, que, por lhes ser da essência, terão a tendência de agir de maneira a obter o máximo possível de espaço no mercado.

tramita no Judiciário, com possibilidade de anulação da decisão. Um fato gerador de polêmica em relação a esse caso foi a demora de seu julgamento, o que acarretou, com sua negação, prejuízo para os agentes econômicos, tendo em vista que além da perda econômica, estes sofrem com a burocracia para o desfazimento das operações já realizadas.

Outro exemplo que merece destaque se deu em 2009, quando foi analisado o polêmico caso Perdigão-Sadia. A proposta de fusão gerou inúmeras discussões quanto à defesa da concorrência, trazendo de volta ao debate conceitos de direito econômico já discutidos em casos anteriores. Para evitar a demora e driblar a burocracia de uma possível negação, foi assinado um termo de reversibilidade das operações, APRO – Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação, evitando maiores prejuízos, visto que não seria concretizada a operação antes da decisão final do CADE. Assim como no caso Kolynos-Colgate e Ambev, a proposta de fusão esbarrou no alto grau de concentração em mercados relevantes, sendo possível antecipar uma solução similar ao caso.

Conforme análise, retirada do Valor Econômico<sup>22</sup>:

*Nos casos das fusões consideradas complexas, a SDE tradicionalmente faz uma análise própria, que é diferente da Seae. No caso da união entre a Brahma e a Antarctica na AmBev, por exemplo, a Seae sugeriu a venda da marca Skol. Já a SDE concluiu que deveria ser vendida uma entre três marcas: Antarctica, Brahma ou Skol. Ao fim, o Cade determinou a venda da Bavária.*

Pode-se perceber que a autonomia do CADE é fator de destaque, pois não seguiu nem o Parecer da SDE – Secretaria de Direito Econômico - nem o da SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico -, a primeira, do Ministério da Justiça, e a segunda, do Ministério da Fazenda.

Porém o que se viu foi inovador. A decisão de setembro de 2009 dispôs que a fusão seria autorizada para operações no mer-

---

22 BASILE, Juliano. SDE segue parecer e mantém restrições à criação da BRF. Valor Econômico on line, 05/07/2010.

cado externo, porém, internamente, as duas empresas continuariam atuando separadamente até julgamento final. A BR Foods foi criada para ser o agente econômico, em nível internacional, das duas organizações. Nessa ocasião, um componente político de destaque foi a crise financeira americana, que se iniciou em 2008 e se propagou para o restante do planeta. Tal fator deve ter sido considerado, até mesmo pelo fato de que, caso não houvesse a fusão entre a Perdigão e a Sadia, essa última iria perecer, destacando-se a utilização da teoria do *Failing Firm Defense*.

Segundo Roberta Ribeiro Fernandes:

*Failing firm defense é uma teoria que surgiu no direito antitruste americano na década de 1930, aplicada ao caso International Shoe Co. versus FTC<sup>4</sup>. A Suprema Corte Americana entendeu que não haveria violação da seção 7 do Clayton Act se a empresa adquirida estava em crise e sem possibilidade de recuperação. Destarte, esta teoria descreve uma defesa a uma notificação de um ato de concentração entre concorrentes no caso de a empresa a ser adquirida se encontrar em situação de crise financeira e se for inevitável a saída dos seus ativos do mercado, caso não haja a aprovação do ato<sup>23</sup>.*

No Brasil, essa teoria foi invocada poucas vezes, mas certamente foi lembrada na ocasião de julgamento da fusão, pelo CADE, das empresas Perdigão e Sadia.

Apesar dos exemplos anteriormente citados, ao longo dos anos, foi sendo observada a necessidade de uma reforma para atualizar a legislação que rege o CADE. Em 2011, foi promulgada a Lei 12.529, que entrou em vigor em 29/05/2012 e trouxe algumas mudanças importantes, tanto no que tange à estrutura orgânica quanto a aspectos processuais, sem falar na identificação da abrangência da concentração.

A partir disso, afirma-se que, apesar da grande evolução do direito de concorrência no Brasil nos últimos anos, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que se possa alcançar

<sup>23</sup> FERNANDES, Roberta Ribeiro. *Failing Firm Defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?* <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013>, acesso em 23/03/2018.

verdadeira modernidade, em comparação com outros países. Os casos apresentados colaboraram para percepção da evolução e da defasagem dos preceitos que norteiam a economia interna. É em momentos de crise que são quebrados paradigmas e, assim, são dinamizados conceitos, normas e decisões.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve a pretensão de trazer à baila os principais aspectos das corporações, bem como sua relação com os modelos de intervenção do Estado, que, a partir de fins do século XX até o presente momento, ocuparam o universo jurídico e econômico.

A partir de paradigmas constitucionais e legais, as transformações e adequações do ambiente do mercado à evolução da própria sociedade e suas necessidades apontaram para o nível de complementariedade que a economia e o direito representam, podendo-se, inclusive, ousar dizer que a sociedade terá muito mais a ganhar se houver a possibilidade de avaliação de custos e consequentes benefícios a serem auferidos.

Os agentes econômicos, independentemente de seu porte, devem atuar de modo a cumprir sua função social, uma vez que, ao ser incentivada a sua criação e manutenção no mercado, colaboram de modo decisivo para o desenvolvimento econômico nacional.

## 6. REFERÊNCIAS

BASILE, Juliano. SDE segue parecer e mantém restrições à criação da BRF. Valor Econômico *on line*, 05/07/2010.

BOAVENTURA, João Maurício Gama, CARDOSO, Fernando Rodrigues, SILVA, Edison Simoni da, SILVA, Ralph Santos da e DONAIRE, Denis. Teoria dos Stakeholders e Teoria da Firma: um Estudo sobre a Hierarquização das Funções-Objetivo em Empresas Brasileiras. <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/FIN-B1387.pdf>, acesso em 23/03/2018.

COASE, Ronald. *The nature of the firm*. *Economica*, n.4, 1937, reimpresso em WILLIAMSON O. E e WINTER, S, eds., *The*

*Nature of firm: Origin, Evolution, Development. Oxford University Press, 1991.*

\_\_\_\_\_. *The problem of social cost. Journal of Law and Economics*, n. 3, 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial. São Paulo : Saraiva, 1990.*

\_\_\_\_\_. *Direito Empresarial Estudos e Pareceres. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995.*

FERNANDES, Roberta Ribeiro. *Failing Firm Defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?* <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013>, acesso em 23/03/2018.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.*

MARSHALL, Carla. *Algumas Reflexões preliminares sobre o novo marco legal da defesa da concorrência: Lei 12.529/11 in CURY, Ieda Tatiana (idealizadora). Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016.*

MARSHALL, Carla. *Desafios da Empresa na Constituição de 1988 in AZAR FILHO, Celso, OLIVEIRA, Fábio Corrêa e Souza e FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Direito Constitucional no Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010.*

MARSHALL, Carla C. *Direito Constitucional: Aspectos Constitucionais do Direito Econômico. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.*

PELUSO DE SOUZA, Washington Albino. *Primeiras Linhas de Direito Econômico. São Paulo: LTr, 1994.*

PESQUEUX, Yvon; DAMAK-AYADI, Salma. *Stakeholder Theory in Perspective. Corporate Governance. Bradford, 2005.*

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.*

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law. Little, Brown and Company. 1995.*

\_\_\_\_\_. *Antitrust Law*. University of Chicago Press. 1976.

\_\_\_\_\_. O Novo Direito Societário. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SMITH, H. Jeff, *The Shareholders vs. Stakeholders Debate*. Sloan Management Review. Cambridge, Summer 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

WILLIAMSON. O E *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*. *Administrative Science Quarterly*, 36. 1991.

# A Versão e a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor

**Cássio Benvenuti de Castro**

*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2013). Doutorando em Direito pela UFRGS (2017). Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.*

**Sumário:** Introdução. 1 O primado da tutela dos direitos e a decorrente adequação da técnica processual. 2 Os tipos presuntivos, o “vertimento legislado” do ônus da prova e o desvio de normalidade legal-narrativa como vértice da inversão judicial do ônus da prova no CDC. Conclusão. Referências

**Summary:** Introduction. 1 The primacy of the protection of rights and the dialog between procedural technics. 2 The presumptions, the “law disposition” about the burden of proof, and the anormal narratives as the cause to the judge reverse the burden of proof in the consumer law. Conclusion. References

**Resumo:** O Código de Defesa do Consumidor estabelece um sistema à parte, embora conectado, em relação ao processo civil. Tanto que o CDC pautava normas de direito e de processo de maneira peculiar. A leitura do contexto do código surpreende uma grande maioria de normas presuntivas ou de implicações-tipo, o que denota o vertimento ou atribuição do ônus da prova algo diferente do CPC, uma atribuição ou vertimento supostos pelo próprio legislador. A inversão do ônus da prova, propriamente dita, somente ocorre em caso expressamente previsto (art. 14, §4º, do CDC), hipótese em que, *ope judicis*, conforme o art. 6º, VIII, o julgador deverá inverter o ônus de provar. Uma sistemática que rebaixa o ônus argumentativo do consumidor afeta-lhe o standard da prova para ratificar a suficiência da “evidence” e torna dispensável, aos operadores, que requeiram – para qual-

quer caso – a inversão do ônus da prova, porque o legislador já verteu o ônus tal como o requerido.

**Abstract:** The Consumer Defense Code establishes a special system, although connected, in relation to civil procedure law. So much that the CDC rules material rights and process rights on a peculiar way. The reading of the context of the code surprises a great majority of presumptive norms of standard implications, which denotes the verification or attribution the burden of proof something different from the CPC, an attribution are supposed by the legislator itself. The reverse of the burden of proof, properly so-called, only occurs in an expressly case (article 14, §4, of the CDC), in which case, *ope judicis*, according to art. 6, VIII, the judge must reverse the burden of proving. A system that lowers the consumer's argumentative burden, affects the standard of evidence to ratify the sufficiency of evidence, and makes it unnecessary for traders to require, in any case, the reversal of the burden of proof. Because the legislator had already positioned the burden as required.

**Palavras-chave:** processo civil; ônus da prova; standard; consumidor

**Keywords:** procedure law; burden of proof; standard; consumer

## INTRODUÇÃO

Em avassaladora maioria de demandas referentes ao Código de Defesa do Consumidor, um tópico levantado pelos operadores do Direito é referente à “inversão do ônus da prova”. Também pudera, de maneira inédita, o CDC positivou o art. 6º, VIII, em seu texto, prevendo a inversão do ônus da prova para amplificar a tutela da posição jurídica do consumidor.

A questão é que o texto do dispositivo não pode ser apreendido isoladamente, na medida em que o próprio conjunto do CDC já predispõe – explicitamente – uma nova “versão” do ônus da prova, diferente do que acontece nas regras gerais do Código de Processo Civil.

Assim, será que é necessário que os operadores tanto insistam na inversão do ônus da prova? Qual é o interesse em “inverter o que já está vertido”?

O presente estudo apresenta essa sorte de reflexões, através de uma metodologia mais descritiva que crítica. Porque o texto do Código de Defesa do Consumidor é assertivo, basta que se analise um sistema jurídico (a proteção do consumidor) como um sistema diferenciado das regras gerais do CPC.

## 1 O PRIMADO DA TUTELA DOS DIREITOS E A DECORRENTE ADEQUAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL

A tutela jurisdicional do consumidor remete a um desdobramento institucional da defesa do consumidor enquanto direito fundamental (art. 5º, XXXV e XXXII, da CF). Por isso a inafastabilidade da lesão ou da ameaça a direito do consumidor, ou seja, a proteção da posição jurídica do consumidor, em um sentido amplo, torna-se um imperativo para que o Estado elabore técnicas que estruturam essa solução de compromisso, o que sobremaneira repercute no standard do convencimento judicial e na “versão” do ônus da prova – em decorrência.

A tutela implica-se na técnica, pois o processo está impregnado pelo direito material.

Desde a Constituição, ocorre um *continuum* normativo para a proteção do consumidor, que está positivado no texto de disposições sobre as posições jurídicas, tanto na seara do direito material, como na administrativa e jurisdicional<sup>1</sup>. Em especial,

---

1 A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão que pode ser observada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano negativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, reclamam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade, em direito penal (a ser refletido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva voracidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também implicam medidas eficazes para a proteção dos anseios dos ofendidos e, assim, promovem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e vítima. Ele conclui: “a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (übermassverbot). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com uma de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela de-

a proteção do consumidor entregue pela jurisdição consiste na tutela jurisdicional, que é o resultado do processo, um produto que encerra a imperatividade e a deontologia preordenada pelo Estado-juiz e que, portanto, subentende a organização de mecanismos eficientes em busca desse alvitre.

A tutela jurisdicional é o valor que decorre do provimento jurisdicional, um somatório de forças que enseja a tutela do direito, pois ela ratifica a densidade normativa da tutela abstratamente prevista pelo legislador. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira resume que “a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo material) – ressarcitória, restituitória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restituitória, de remoção do ilícito etc.), deve corresponder, no plano processual, de modo concreto, uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias desse plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu*)”<sup>2</sup>.

A efetividade da tutela jurisdicional (CRFB, art. 5, XXXV) “é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”<sup>3</sup>.

Logo, a tutela jurisdicional efetiva é uma resposta qualificada a ser prestada pela jurisdição, sendo mais preciso, ou

---

correr, ao lado da proibição de excesso, a proibição de infraproteção ou de proteção deficiente (üntermasverbot) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. A defesa do consumidor, além do aspecto negativo, também se desdobra positivamente. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 98 e 108, respectivamente.

2 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

quição incisivo, falar-se em acesso à tutela jurisdicional<sup>4</sup> que falar em acesso à justiça ou, ainda, falar em acesso à jurisdição<sup>5</sup>. Isso enfatiza a colocação da tutela jurisdicional no epicentro da teoria do processo. A efetividade da tutela jurisdicional é um valor, um gênero, do qual são desdobramentos: a adequação da tutela jurisdicional (ponderação entre princípio da efetividade e princípio da segurança jurídica), a especificidade da tutela jurisdicional (integridade, identidade e integralidade), e tempesividade da tutela jurisdicional.

Não adiantaria prever direitos e posições jurídicas, abstratamente, se a tutela não fosse alcançável no plano concreto da vida das pessoas. Assim, a tutela jurisdicional qualificada projeta uma crescente acessibilidade<sup>6</sup> institucional, por intermédio de técnicas judiciais e extrajudiciais, que harmonizam as necessidades sociais e econômicas do consumidor, daí promovendo a igualdade material entre os agentes do mercado. A gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIV da CF e Lei 1.060/50) e o reaparelhamento da Defensoria Pública (art. 134, §2º, da CF pela EC 45/2004) encerram um conjunto de perspectivas que permitem que o consumidor, economicamente débil, reclame perante os órgãos do Judiciário.

---

4 O acesso à justiça encerra duas perspectivas: o aspecto formal, com a possibilidade instrumental do acesso a órgãos judiciários, e o aspecto substancial, que afirma uma “série de providências ao encargo do Estado visando a contemplar e a superar a situação de hipossuficiência do consumidor, assegurando a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados, de modo a equilibrar a posição das partes no processo em vista de uma decisão justa”. MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 651/2.

5 A diferença é sublinhar o epicentro da teoria do processo – a tutela jurisdicional, e não mais a jurisdição.

6 A doutrina de Cappelletti inaugurou a preocupação da maior acessibilidade à justiça, demonstrando que a humanização do processo reclama a organização de institutos que amplifiquem o ingresso de demandas cujo foco é a pacificação social e com a justiça do direito material. Uma frente de trabalho que também é avistada em Cristina Rapisarda, que praticamente seguiu os três passos outrora definidos por Cappelletti – a questão da assistência judiciária, a transindividualização da tutela e a proposta de meios alternativos para resolução de conflitos –, com a diferença de que Rapisarda parece enfatizar uma reforma institucional “desde dentro” do processo, mesmo com a utilização de parâmetros e procedimentos que aproximam o direito material do processo e resultam num modo-de-ser do formalismo, tanto que a doutrina de Rapisarda influenciou nitidamente autores brasileiros como Dinamarco e Marinoni. Ver CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça: conclusão de um projeto internacional de investigação jurídico-sociológica. Trad. Hermes Zaneti Jr. *Processo, ideologias e sociedade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 76/7; e RAPISARDA, Cristina. *Tecniche Giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 36. Padova: Cedam, 1981, p. 685/721. Talvez por ser um civilista ou, talvez, porque não aborda mais diretamente figuras institucionais, apesar de sinceramente utilizar uma sistematização de remédios processuais como conectários das previsões do direito material (também desde fora do processo e bem à semelhança da *common law*), a doutrina brasileira não utiliza (como deveria) assumidamente os ensinamentos de Adolfo di Majo. Ver *La tutela civile dei diritti*, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

Essas técnicas, que antecedem o ajuizamento da demanda, possuem conexões à *maneira-de-ser* do processo, porque a tutela jurisdicional *adequada* organiza o formalismo do processo de acordo com as finalidades a serem atingidas, daí sopesando internamente os princípios da efetividade (ou efetividade no sentido estrito<sup>7</sup>) e da segurança jurídica. Com efeito, um consumidor economicamente frágil reclama uma resposta mais rápida que uma resposta segura, uma resposta mais célere que uma resposta exauriente. Vale dizer que quanto maior a efetividade, acaba sendo menor o nível de segurança<sup>8</sup>, e vice-versa, uma polaridade assimétrica que expressa o postulado da ponderação entre esses sobreprincípios do formalismo processual.

Duas baixas colaterais figuram ao lado da justiça gratuita e da pontual preponderância da celeridade sobre a segurança – a gratuidade impulsiona o *overload* de demandas na jurisdição, e quanto mais demandas, menos tempo para o juiz analisar a individualidade dos casos.

A massificação é característica do mercado de consumo e resulta em uma resposta jurisdicional que intensifica ou procura amplificar a defesa do consumidor, sendo que o compromisso pelas soluções céleres internalizam o fator *erro judicial* como uma margem absorvida pelo recursionismo e por mecanismos integracionistas de unificação de entendimentos jurisprudenciais (súmulas, recurso repetitivo e repercussão geral).

Consoante as imposições valorativas do sistema, portanto, na ponderação dos princípios que convivem para organizar o formalismo interno do processo, hoje, as reformas legislativas apreendem que prepondera a efetividade em detrimento da segurança jurídica, jogando a um segundo momento a possibilidade de controlar o erro, como um *solve et repete* processual. Note-se que a efetividade, aqui, é tratada como um princípio que dialoga

---

7 A efetividade no sentido estrito é um princípio endoprocessual que dialoga com o princípio da segurança jurídica, mesmo internamente ao processo, o que enseja uma solução de adequação que, de resto, atende à efetividade como um valor. Ou seja, a efetividade da tutela jurisdicional é um princípio, mas também consiste em um valor, desde que observada a funcionalização do formalismo no sentido de realizar a justiça e a pacificação, daí, desde fora do processo.

8 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria, op. cit.*, p. 145.

com a segurança jurídica e, assim, elas conformam a adequação da tutela jurisdicional.

Assentada essa questão, fácil constatar que o juiz elabora a decisão com base nas narrativas processuais e nas provas apresentadas, e somente em um segundo momento é que o sistema empresta outras técnicas jurídicas que surpreendam uma solução de reversibilidade da decisão, de alguma forma, solução ancorada através da repetição dos julgamentos – o que de comum acontece, o que repete em termos de demandas e sentenças.

Basta analisar o grau de reversibilidade de julgamentos em recurso repetitivo, para concluir que a sistematicidade dos casos é que leva a medidas recursais ou cassacionais. Afinal, a vulnerabilidade econômica do consumidor pode ser irreversível ou, ainda, pode ser reputada mais irreversível que a situação do fornecedor.

A adequação<sup>9</sup> da tutela jurisdicional firma uma moldura interna do formalismo para atender as necessidades do direito material. No caso do direito do consumidor, isso acontece quando a norma elabora procedimentos diferenciados e que se valem de técnicas de sumarização que internalizam os próprios riscos que remetem ao reforço na reversibilidade extroversa<sup>10</sup>.

A tutela jurisdicional também deve ser *específica*, o que resulta no ponto de estrangulamento máximo entre processo e direito material. A especificidade é sintetizada pela teoria dos três “is” – identidade, integridade e integralidade da tutela jurisdicional para com o direito material<sup>11</sup>.

A especificidade da tutela jurisdicional afirma o dever de prestação da tutela concreta o mais similar possível àquilo que

<sup>9</sup> O processo está impregnado do direito material. Ou seja, o nexó teleológico será para satisfazer o direito material no plano da realidade. Todavia, alguns aspectos da tutela genericamente chamada efetiva tocam ao direito material, no desdobramento do processo, como a adequação, e outros tocam ao direito material em linha de chegada, como a especificidade. Um resultado de gênero pode ser sintetizado na efetividade, mas o cenário analítico permite separar o fio condutor ao ponto vertical, já que a tutela jurisdicional efetua a ligação entre o processo e o direito.

<sup>10</sup> A reversibilidade introversa (ou introspectiva) reflete a clássica percepção da mudança de orientação pelo próprio julgador, quando ele *aprofunda* a cognição. Isso é juridicamente possível, mas pragmaticamente contingente – basta observar as demandas correntes nos tribunais e refletir sobre quantas vezes um juiz *muda* de posição em seus julgamentos correntes. A reversibilidade que possivelmente melhor atende as rotinas é extroversa, porquanto firmada em estruturas recursais e cassacionais, e que, de resto, preserva a celeridade da prestação jurisdicional.

<sup>11</sup> CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação anulatória*: de acordo com o CPC/73 e o Projeto no Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2014, p. 130.

seria proporcionado pela normatividade do direito material. Marinoni<sup>12</sup> refere como uma proteção da norma<sup>13</sup>, não com a velha dicotomia entre direito e processo, antes com a projeção de toda a dinâmica processual para satisfazer as necessidades do direito material no plano da realidade, proporcionando modalidades que concretizem o direito. O histórico dualismo entre direito e processo é redimensionado desde fora do processo, sendo que as necessidades do direito material polarizam o sentido das técnicas que os institutos processuais especializam<sup>14</sup>.

A integridade da tutela jurisdicional determina que seja entregue ao jurisdicionado nada mais que essa necessidade do direito material. Finalmente, a integralidade da tutela jurisdicional orienta que seja prestado ao jurisdicionado tudo o que seria previsto pelo direito material. Considerada a complexidade e a fragmentariedade de significativo acervo das relações em direito do consumidor – retratos da própria massificação, em que o volume numérico dos negócios encerra o lucro na contrapartida de preços individuais que não estimulam o custo e o tempo da demanda individual –, a integridade e a integralidade funcionam técnicas processuais transindividuais.

A tutela transindividual (arts. 91 e seguintes do CDC e Lei 7.347/85) produz o efeito de englobar a cifra de consumidores que normalmente não reclamariam em juízo, bem como evita decisões individuais contraditórias e economiza o próprio serviço

---

12 *Técnica, op. cit.*, p. 22 e 114.

13 Proteção das normas, no sentido de tendente universalização, e a busca por uma igualdade material. Provável que o próprio Marinoni não tenha imaginado uma proteção da norma no sentido jakobiano, cuja teoria funcional exacerbada, em direito penal, faz antecipar a tutela para o fator da punição, daí que acabam sendo considerados crimes os ilícitos formais ou de mera conduta, independente do resultado material – por exemplo, punir o porte de arma antes mesmo da prática do roubo; punir a embriaguez ao volante antes mesmo de um acidente culposo ou doloso. Não que o direito civil não produza esse tipo de modalidade, inclusive, porque a figura das presunções e ficções legais é onipresente, em direito. Ocorre que a segurança de foro jakobiana é de uma rigidez que não comporta as flexibilidades ou adequações concretistas que Marinoni repetidamente defende, e que parece ser assimilada à proteção do preceito, que também é referenciada na doutrina italiana. Ver RABITTI, Maddalena; BELLELLI, Alessandra; DINACCI, Giampiero. I remedi fra tutela individuale, tutela collettiva e tutele alternative. In CARLEO, Liliána Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 215. Pelo menos, aparentemente interpretando o diálogo entre os autores. Ver JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 10/13.

14 “Non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, e con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate”. Adolfo di Majo, *Tutela, op. cit.*, p. 07.

judiciário. Dentre outras consequências estimáveis, o foco é assinalar as seguintes repercussões paradigmáticas dessa técnica.

Quer dizer, é verdade que a tutela transindividual pode ser reputada ressarcitória, porém, mesmo quando tendencialmente ressarcitória, ela também projeta efeitos prospectivos e assume inegável caráter preventivo, atualmente batizado de inibitório ou de remoção do ilícito<sup>15</sup>. A preventividade ou prospectividade nada mais representa que a proteção da norma ou tutela do preceito, o que consolida uma juridicidade com efeitos *ultra partes*, ou *erga omnes*, como preferir o legislador (art. 103 do CDC). A despeito da nomenclatura, para além da entropia eficaz está a repercutividade que a realidade polariza por intermédio dessa espécie de tutela, à medida que uma solução de preceito ou de norma não pessoaliza, mas atende a categorias ou classes que a própria norma pré-seleciona.

A efetividade da tutela jurisdicional também deve ser integral e integradora, portanto, em termos de transindividualidade, ela alinha um estado de coisas jurídicos tanto retrospectiva-ressarcitória como prospectiva-preventivamente<sup>16</sup>, com o reflexo intersubjetivo que a norma estabelece. Na verdade, a tutela transindividual é funcional e preponderantemente preventiva, porque o maior interesse é remover ou prevenir a ocorrência da contrariedade à norma. Justamente, essa modalidade de tutela permite estruturar o processo em outras bases, que não aquelas classicamente orientadas pelo direito privado. Ora, como a proteção da norma supera as contingências meramente individuais, assim o dano deixa de ser o único referencial para a prestação da tutela jurisdicional, e sendo trabalhada a evitação do dano,

---

15 RAPISARDA, Cristina. *Tecniche Giudiziali*, op. cit., p. 708.

16 “A exigência de justiça formal, de tratar igualmente casos iguais, tem tanto uma aplicação prospectiva quanto retrospectiva. É por isso que uma decisão judicial justificável precisa estar fundada numa regra de Direito que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem*”, que pode ser um resumo da ponderação ou da polaridade assimétrica que debate o movimento integracionista com o movimento pragmatista da experiência jurídica (Dworkin *versus* Posner), sem uma solução de exclusão, assim como o procedimentalismo dialoga com o substancialismo. MACCORMICK, Neil. Usando precedentes. *Retórica e o Estado de direito*: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197. Ainda, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 235 e seguintes; e POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230 e seguintes.

ou melhor, com a antecipação da proteção devida pela tutela jurisdicional para que, assim, ela previna os danos perpetrados ou repetidos contra o consumidor<sup>17</sup>, a figura do ilícito é colocada no epicentro do problema da tutela. O ilícito não depende da demonstração da culpa, o que reaparela como uma regra geral o nexo de imputação objetivo na tutela do consumidor.

Nesse plano evolutivo, a categoria do ilícito é vigorada como núcleo da tutela jurisdicional da posição jurídica do consumidor, o que reflete um reaparelhamento do nexo de imputação na operação jurídica. O ponto de partida, em direito do consumidor, é a figura do ilícito, hoje, sendo largamente admitido também para a tutela individual. Dispensável falar em culpa. Logo, um julgamento que analisa descumprimentos *prima facie* das normas jurídicas – a contrariedade a normas – dispensa um aprofundamento do convencimento judicial, porque é dispensável analisar o velho elemento aberto da culpa. Também é dispensável surpreender todas as derivações do dano, em outras palavras, um julgamento cujo referencial é o ilícito relativiza o standard do convencimento judicial. As questões referentes ao dano deixam de compor o instrumental pertinente à prova e passam a integrar o polo da leitura normativa do efeito da imputação como uma quebra da normalidade dos eventos do mercado – é o efeito borboleta das práticas consumeiristas que repercute na solução das demandas individuais.

Assentado que o debate entre a segurança e a efetividade orienta o formalismo processual desde dentro do processo, levando em conta a adequação da tutela jurisdicional, necessário surpreender, ainda, a *tempestividade* da tutela jurisdicional, que pondera o fator do tempo desde fora do processo, mesmo, à medida que o processo deve observar uma duração razoável, e sem dilações destemperadas em cotejo à realidade social. Isso implica a relativização ou superamento do excesso de formalismo, seja através de técnicas, como a criação de juizados especiais e a instrumentalização do seu rito sumaríssimo (Lei 9.099/95), seja por intermédio de técnicas conciliatórias que tornam obrigatória a

<sup>17</sup> Idem, *ibidem*, p. 709.

audiência preliminar no procedimento ordinário mesmo (art. 331 do CPC na redação da Lei 8.952/94 – e a perspectiva atual do CNJ e do Novo CPC), seja através de mecanismos extrajudiciais de composição civil.

O que todas essas técnicas afirmam é que a pontual preponderância do valor do consenso por sobre uma busca epistemicamente rígida acaba sendo mais socialmente privilegiada. O sistema privilegia a celeridade, nesse tipo de demanda. Daí que a inequívocidade probatória é relativizada pela internalização, na adequação do formalismo, do fator tempo como vértice na solução dos conflitos. A tese habermasiana sopesa procedimentalismo e substancialismo no paradigma jusconstitucional, sopesando o diálogo e o consenso como soluções democraticamente válidas, em nome da pacificação social. Atualmente, mais vale um compromisso de consenso, e que ele seja efetivo-realizável entre os interessados, que uma busca infinita em direção à verdade.

O processo civil é polarizado pela tutela jurisdicional qualificada, e a postura institucional determinada pelo jusconstitucionalismo brasileiro estabelece uma metodologia que interconecta fatores macro e intrassistêmicos, com isso, produzindo reflexos extrajudiciais e intrajudiciais. No diálogo entre as normas que estruturam as referidas técnicas, hoje, positivadas na legislação brasileira, para conferirem efetividade à tutela jurisdicional, necessário constatar que o standard do convencimento judicial não pode agravar ou dificultar a defesa da posição jurídica do consumidor.

A duração razoável do processo não permitiria isso. A preponderância da efetividade sobre a segurança não permitiria isso. Muito pelo contrário, se todo o ordenamento jurídico brasileiro, desde a previsão dogmática do texto das normas, encarrega o consumidor da produção de um mínimo de provas, para que lhe seja entregue a tutela jurisdicional, o juiz não pode exigir provas intensas, ou um grau de prova que dificulte a defesa da posição jurídica do consumidor.

Por imperativo tendenciado nessa estruturação, o juiz estará convencido antes mesmo do que ele restaria convencido na

média geral dos casos do direito privado. Ora, o consumidor é um vulnerável, e tal posição jurídica impulsiona a balança do formalismo em direção à tutela do direito do vulnerável. Daí que o consumidor deve produzir um mínimo de prova para demonstrar a respectiva posição jurídica e o desdobramento da relação que o colocou nessa posição – por exemplo, o fato de ser consumidor e estar sendo cobrado abusivamente. Trata-se de um patamar de prova menor que o standard da preponderância de provas.

A facilitação da defesa do consumidor repercute, inclusive, no convencimento judicial, no grau de suficiência das provas para evitar um julgamento com base na regra do ônus da prova.

## 2 OS TIPOS PRESUNTIVOS, O “VERTIMENTO LEGISLADO” DO ÔNUS DA PROVA E O DESVIO DE NORMALIDADE LEGAL-NARRATIVA COMO VÉRTICE DA INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

No Direito brasileiro cuja regulamentação geral é conferida pelo Código de Processo Civil, anota-se a *normentheorie* para se atribuir ônus da prova ao demandante, para o encargo de provar o fato constitutivo da respectiva afirmação. De outro lado, o réu tem o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo da afirmação do demandante (art. 373 do CPC). O ordenamento jurídico trata do tema nessa formatação geral, hoje em dia, com a possibilidade da dinamização do ônus da prova conforme o próprio CPC antecipa.

A defesa do consumidor é um direito fundamental cuja perspectiva objetiva, desde antes do CPC/2015, já viabilizava a relativização da regra geral sobre o ônus da prova. Nesse compromisso jusconstitucional, o legislador estabeleceu como um dos direitos básicos do consumidor, no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Na prática do foro, tal dispositivo enseja uma avalanche de verdadeiros pedidos, através dos quais se postula a “inversão do ônus da prova”, nos termos do CDC.

Entretanto, em direito do consumidor, a inversão do ônus de provar por decisão judicial (*ope judicis*) é uma manobra subsidiária porque excepcional. Daí que o pedido para inverter o ônus da prova – inversão que pode ser efetuada de ofício –, na melhor técnica, deveria ser um arrazoado peculiar, raramente utilizado, tendo em vista que o próprio legislador se antecipou ao juiz para, no próprio texto do CDC, “verter” o ônus da prova em uma modalidade diferenciada em relação ao Código de Processo Civil.

Note-se que a rotina do CDC é tutelar a posição jurídica do consumidor, inclusive, em juízo, daí que a própria lei (*ope legis*) *verte o ônus da prova em benefício do consumidor*, na medida em que o legislador elaborou um sistema jurídico diferenciado, um sistema jurídico que se vale de diversos esquemas de *tipos presuntivos*, como um direcionamento da proteção da posição jurídica do consumidor. Atualmente, na consolidação dos valores que dialogam na feitura das normas, não se trata de, meramente, impor um direito subjetivo – pelo contrário, na era da descodificação, os micro ou macrossistemas jurídicos estipulam posições jurídicas, e dessas posições são extraídas formas especiais de tutela.

Logo, quando a legislação demarca tipos presuntivos e, dissonante da rotina do CPC, acaba por redistribuir o ônus de provar, a modalidade da inversão do ônus da prova *ope judicis* torna-se operação subsidiária à redistribuição legal. Vale dizer que a inversão do ônus da prova, por determinação judicial, remanesce aos casos em que não é devida a redistribuição dos encargos através dos tipos presuntivos – em especial, a inversão do ônus da prova é devida, se for o caso, para a hipótese da responsabilidade do profissional liberal, onde é reclamada a culpa como nexo de imputação.

Desenvolvendo o texto do art. 6º, VIII, do CDC, a doutrina<sup>18</sup> elabora considerações sobre a verossimilhança das alega-

18 DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, junho de 2001, p. 92 e seguintes.

ções, bem como sobre a hipossuficiência do consumidor, enquanto pressupostos para a inversão judicial do ônus da prova. No presente capítulo, o foco não é debater a ênfase no aspecto subjetivo<sup>19</sup> da inversão judicial do ônus da prova, mas chamar a atenção para determinadas peculiaridades dogmáticas a partir do próprio texto da norma do art. 6º, VIII, do CDC, que, embora implicitamente discorra sobre a distribuição do ônus da prova como regra de instrução, repercute, em especial, no standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor.

Com efeito, o texto do art. 6º, VIII, do CDC estabelece um elenco exemplificativo de ferramentas para a facilitação da defesa do consumidor, em juízo, ao escrever: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova”. A palavra “inclusive” surpreende que outras técnicas para a facilitação da defesa do consumidor são possíveis, além da técnica da inversão judicial do ônus da prova. Dentre as outras técnicas, que podem ser lembradas pela referência positivada, evidente que está a redução da intensidade do standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor.

A relativização do standard do convencimento judicial, ou melhor, o preenchimento do standard para que o juiz se repete convencido e, assim, afaste-se de um julgamento com supedâneo no critério processual do ônus da prova, é decorrente de uma metodologia através da qual o legislador articula os seguintes modelos argumentativos consequenciais, ou modelos funcionais: (a) a elaboração de tipos presuntivos que, desde uma previsão abstrata, pelo legislador, já vertem o ônus da prova de maneira favorável ao consumidor; (b) e a previsão legal da inversão do ônus da prova por decisão do juiz, a depender do caso concreto, porém, quando a verossimilhança das alegações ou a hipossufi-

---

19 O aspecto subjetivo do ônus da prova é uma regra de instrução, que reparte os encargos de provar às partes. O aspecto objetivo do ônus da prova é uma regra de julgamento, decorrente daquele aspecto subjetivo, mas se trata de um critério do qual o juiz se vale quando as provas não preenchem o standard do convencimento, daí o julgamento ocorre por um desempate de natureza processual. Um aspecto não sobrevive sem o outro, agora, a pontual ênfase é quanto à regra de julgamento, porque o sistema jurídico reconhece juridicamente que a dúvida judicial é fundada quando ultrapassada a fase do convencimento judicial, quando o standard não é cumprido para convencer o juiz. Daí a importância da definição do standard, o que é possível no entrechoque do preconceito com o texto.

ciência do consumidor podem ser inferenciadas “segundo regras ordinárias de experiência”.

Existe liberdade de critérios a serem eleitos pelo juiz?

Justamente, quando o art. 6º, VIII, do CDC se refere ao “critério do juiz”, é preciso trazer à reflexão que tal critério está limitado pelo sistema jurídico, inclusive, com a força desses dois suportes metodológicos que encerram um compromisso, desde o legislador constitucional e até chegar à previsão do legislador infraconstitucional.

A questão dos tipos presuntivos e a questão do raciocínio inferencial, ambas em conjunto, permitem uma aproximação dogmática na busca do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor, com base no texto da norma. Na prática, essas questões desenham o critério que orienta o juiz, daí um critério reclamado pelo âmbito de proteção das normas do sistema jurídico, e com a sorte de controlabilidade que a regularidade dos enunciados jurídicos promove – o primeiro indicativo legal, o tipo presuntivo, (a) opera no sentido positivo, afirmando uma posição jurídica em benefício do consumidor; o segundo indicativo legal, o recurso inferencial, (b) opera no sentido negativo, depurando as hipóteses contrárias à posição jurídica do consumidor e, assim, autorrestringe<sup>20</sup> o standard do convencimento.

Quando a própria lei redistribui o ônus da prova, algo diverso da regra geral tradicionalmente prevista no CPC (art. 373 do NCPC *versus* os tipos presuntivos do CDC), em realidade, *não ocorre uma inversão do ônus da prova por operação do juiz, antes ocorre uma mera atribuição do ônus da prova, daí com fundamento no direito material, desde o direito material, que é pré-ponderado pelo legislador que elaborou o CDC.* O importante é constatar que o direito do consumidor brasileiro é comumente estruturado por intermédio de tipos presuntivos, que melhor ou otimamente privilegiam a defesa da posição jurídica do consumidor e que, por decorrência, reservam, ao fornecedor, o encargo de afastar as presunções le-

20 A denominação autorrestricção se deve à natureza meramente dogmática da pretensão do ensaio, que não avança em questão de lógica ou, mesmo, de fundamento jusfilosófico. Ver MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 203 e seguinte; e Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais, op. cit.*, p. 276 e seguintes.

galmente antecipadas em benefício do consumidor. A leitura do texto de algumas normas remete a essa sorte de proteção.

A referência a alguns tipos legais são autodidáticos.

Na responsabilidade pelo fato do produto, o art. 12, §3º, do CDC estabelece que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocação do produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” Na responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14, §3º do CDC estabelece que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Vale dizer que os danos decorrentes do acidente de consumo somente não serão ressarcidos, ao consumidor, quando, e somente quando, o fornecedor excepcionar a presunção tipificada nas regras legais.

O art. 23 do CDC refere que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”. O elemento normativo da culpa não permite afastar a consequência jurídica que tutela o consumidor, em face dos vícios dos produtos e dos serviços, até porque a culpa não pode ser alegada como justificativa. O esquema de proteção contra os vícios, no direito do consumidor, é diferente da abordagem utilizada pelo Código Civil e, em geral, pelo direito privado.

Deveras, o sistema de defesa do consumidor enaltece a proteção da confiança como uma base do ordenamento, tanto que a definição de vício que compromete o dever de adequação do produto ou serviço é a segurança (arts. 12, §1º e 14, §1º) ou a finalidade (arts. 18 e 20, §2º), aspectos decorrenciais ou derivativos de um estado de coisas que o próprio legislador regulamentou como padrão. Daí que o dolo ou o elemento normativo culpa possuem falhas estruturais na consideração da responsabilidade, o que implicou o afastamento desses pressupostos em se tratando de direito do consumidor.

Exemplo mais candente está gravado na Medida Provisória número 2.172-23, de 23 de agosto de 2001, que, recentemente, reforçou o esquema de imputações previsto pelo CDC, quando ela “estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração”.

Essa Medida Provisória é veemente no respectivo art. 3º, ao estabelecer que “nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”.

O texto da norma é clarividente e implicativo no sentido de reputar provado quando, e sempre quando, não está contraprovado – trata-se de argumentação fundada em consequências que, desde fora, desde o direito material, está avistada a qualidade da posição jurídica privilegiada, ao consumidor, sendo que somente uma impugnação fundada pode retirar a força da presunção legalmente atribuída.

A declaração da nulidade de cláusulas contratuais pode ocorrer de maneira direta (abstrata, art. 83 do CDC) ou com base no conteúdo mesmo das cláusulas contratuais, quando a nulidade é decorrente da abusividade referenciada por critérios que repercutem a concretude dos casos (arts. 51, 53 e 6, V do CDC), salienta Cláudia Lima Marques<sup>21</sup>. Agora, qualquer ponderação judicial – mais abstrata ou mais concretista – deve perceber a natureza categórica da legislação, quando se aponta a sanção da nulidade, até porque a própria lei estabelece que a interpretação do contexto das cláusulas contratuais entre si, bem como a interpretação do conteúdo das cláusulas, no confronto com as demais normas do sistema, deve resultar em uma interpretação benéfica ao consumidor (art. 47 do CDC).

---

21 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1150/1.

A tutela declaratória da nulidade de cláusulas, ou tutela revisional de cláusulas contratuais, ou ainda a tutela desconstitutiva de cláusulas contratuais, são espécies que reclamam uma adequação do contrato aos padrões estipulados pela lei de ordem pública, que está entabulada nas regras do direito do consumidor. Assim, o maior trabalho para o Judiciário, nessas hipóteses, é coletar o contrato ao processo, porque nem sempre o contrato está à disposição do consumidor.

Na impossibilidade de o contrato ser apresentado, pelo consumidor, o próprio ordenamento fixa uma presunção de veracidade das afirmações, em benefício do consumidor, quando ocorre o descumprimento do dever da exibição do contrato (art. 400 do NCPC), porque é ônus do fornecedor armazenar as informações sobre a contratação. Finalmente, a declaração da nulidade, ou a revisão de cláusulas contratuais, que enseja o exame de dispositivos documentados em contratos, o exame de provas que são instrumentos pré-constituídos ao processo, ou provas que preexistem ao processo, acaba dispensando um aprofundamento do convencimento judicial – isso ocorre porque o critério do convencimento é comparativo-linguístico entre as normas categóricas elencadas em lei de ordem pública *versus* as disposições contratuais, em contratos que devem ser claros e precisos, porque é dever básico do fornecedor atender ao princípio da transparência.

Com a juntada do contrato ao processo, ou mesmo com a presunção da veracidade do afirmado pelo consumidor (art. 400 do NCPC), o juiz avalia as circunstâncias no entorno da formação, do desenvolvimento e dos efeitos da contratação. Óbvio que ele avalia tudo isso sem utilizar subjetivismos ou intuições misteriosas, mas antes o juiz coteja o negócio jurídico para com os critérios<sup>22</sup> objetivos que a lei indica como indispensáveis à preservação do equilíbrio material na relação negocial, daí se valendo de fatores que vinculam a preservação da condição jurídica

---

22 Cláudia Lima Marques refere os critérios que a doutrina alemã utiliza para referenciar o controle do conteúdo do contrato, dentre os quais estão, exemplificativamente: o momento da contratação, a situação financeira dos negociantes, os efeitos decorrenciais a terceiros, por fato dessa contratação, a forma da contratação, o caráter adesivo ou paritário do contrato, a estraneidade ou a familiaridade entre os contratantes e o grau de desequilíbrio fático entre os negociantes. *Idem*, *ibidem*, p. 1151/2.

dos sujeitos<sup>23</sup>. A cognição judicial percebe parâmetros jurídicos em confronto – contrato *versus* normas do ordenamento –, sendo que, em geral, pondera sobre práticas correntes do mercado, como juros, comissão de permanência, tarifa de serviços bancários, questão da adesividade ou hipervulnerabilidade<sup>24</sup>, o que não representa uma intensificação ou majoração *de grau* do convencimento judicial.

Nesse diapasão, o legislador esquematiza tipos presuntivos que consistem em *técnicas para facilitar a defesa do consumidor em juízo*.

Tudo sopesado, evidente que no sistema do CDC – um sistema que reúne normas de direito material e de direito processual – o ônus de provar é organizado, algo diferente da regra geral do Código de Processo Civil, porque o dever de tutelar o consumidor abstrai o critério da posição jurídica do autor ou do réu (art. 373 do NCPC) no processo, para, então, determinar que o ônus de provar seja atribuído na função da categoria jurídica do sujeito. A questão da posição jurídica: logo, cabe ao fornecedor, em linha de princípio, desfazer a presunção legal. Conforme Barbosa Moreira, a presunção legal é uma norma especial em relação à regra geral: “a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário independentemente da sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu”<sup>25</sup>.

Isso não quer dizer que o consumidor esteja dispensado da produção de qualquer prova no processo. Ele deve comprovar a própria posição jurídica assim como deve demonstrar a “normalidade” do “evento de consumo”, de maneira a conferir verossimilhança à narrativa. O Código do Consumidor que encerra toda uma gama de tipos presuntivos, desde a previsão abstrata,

---

23 A demonstração do desequilíbrio objetivo em uma contratação, o que sobremaneira é argumento repetitivo em contratos bancários, não requer dose significativa de particularismos. Vale dizer que o desequilíbrio que revisa, ou não revisa, uma determinada cláusula contratual é medida visualizada na virtude da repetição de demandas que, assim, salientam a falta de parâmetros que o fornecedor acusa quando ele se desgarra das práticas correntes do mercado. Uma posição semelhante em MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 721.

24 Respectivamente, artigos 54 e 39, IV, do CDC.

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de direito processual* (primeira série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60.

desde o âmbito de proteção das normas, desde o direito material, acaba, portanto, rebaixando o ônus argumentativo do consumidor, sendo que o consumidor somente deve demonstrar a sua posição jurídica (de consumidor) bem como a natureza da relação firmada (pretensão de tutela ressarcitória, revisional, mandamental, dentre outras).

Ou seja, o consumidor – assim comprovado como tal – deve apontar e demonstrar se houve um dano a ser ressarcido, se existe risco de ilícito, se é caso de algum vício do produto ou serviço, ou se a questão é pela invalidade de cláusulas contratuais, porque a derivabilidade desses enquadramentos é vinculada pela norma. A derivabilidade posta pela norma jurídica liga uma situação jurídica aos eventos que ela mesma, a norma, reputa socialmente relevantes.

Contudo, aqui, a derivabilidade é utilizada no sentido de coesão narrativa ou de heterointegração<sup>26</sup> da narrativa processual àquilo que está sendo argumentado no processo – nessa solução de presunção está o rebaixamento do standard, porquanto o juiz não elabora complexa operação mental para se reputar convencido. O convencimento advém ao natural das assertivas esquematizadas pelo legislador.

A derivabilidade, na virtude da norma, por exemplo, ocorre quando um consumidor alega que viajou de avião e que houve o extravio de sua bagagem, sendo que a companhia aérea somente devolveu os objetos após transcorridos dez dias de viagem, oportunidade em que o consumidor retornava ao seu país de origem. O consumidor postula a indenização por dano extrapatrimonial, e a lei refere, no âmbito de proteção textual da norma, que o fornecedor é responsável, quando ele presta o serviço de transporte e acontece esse tipo de evento, o que normativamente liga o dever de responder ao fato-base alegado.

Essa narrativa processual não merece reparos, ela está presumida como uma sucessão de acontecimentos (diacronia), aos

---

26 A coesão como justificação externa da narrativa, no sentido empregado por Jerzy Wróblewski e ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 228 e seguintes.

quais o contexto normativo confere coesão em narrativa processual (sincronia<sup>27</sup>), ou seja, não se discute sobre a vinculação entre a categorização do sujeito e o evento que o teria prejudicado, a lei já presumiu essa ordem de eventos, essa ordem de premissas, mesmo com base em uma prova singela – um bilhete de passagem e o extrato de *check in* da bagagem. O legislador efetua o nexo de imputação entre as premissas da causa e efeito da norma. Agora, se o juiz decide que não houve dano extrapatrimonial porque a bagagem, afinal, fora devolvida ao cabo da viagem, mesmo ultrapassados dez dias, e mesmo quando o sujeito retornava de sua empreitada, é necessário ressaltar que tal pronunciamento não quebra o standard do convencimento judicial presumido, porque o afastamento da indenização não quebra o nexo de imputação que o legislador conectou funcionalmente.

O afastamento da indenização, somente, considera ausente um dano, enquanto um efeito mais consequencial que estrutural do fenômeno, isso quer dizer que a avaliação valorativa sobre o dano sopesa fatores mais econômicos que jurídicos. O juiz se considera convencido quanto ao desdobramento da causa e da consequência do evento, todavia, para ele, o dano está absorvido pela adequação social ou pela ausência de lesão significativa. Trata-se de uma maneira de considerar o fenômeno, que encontra certo respaldo na jurisprudência. O importante é deixar claro que retirar o dano, e não condenar o fornecedor, nessa hipótese, é coisa diferente do nível de standardização do convencimento – simplesmente, porque o juiz já está convencido sobre a causa-efeito, ele apenas não reputou economicamente viável a indenização, porque se trataria de “mero incômodo”.

De qualquer maneira, o tipo presuntivo, que é nota comum do CDC, não trata de dinamizar o ônus da prova (o que caracterizaria uma inversão judicial do ônus).

Em direito do consumidor, o tipo presuntivo *atribui ou verte*, desde a previsão abstrata, o ônus da prova, ao sujeito ou à

27 Utilizando outros referenciais, porém, diferenciando o que é matéria pertinente à apuração dos fatos (probatória) e matéria pertinente a uma valoração de conceitos jurídicos, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 70.

categoria que funcionalmente está ligada às circunstâncias ou às condições que justificam a imputação normativa. O princípio da proximidade<sup>28</sup> da prova ou princípio da referibilidade da prova, segundo Adolfo di Majo<sup>29</sup>, encarrega, à parte processual, de comprovar o que está na sua esfera de controle objetivo.

Nesse sentido, o importante é convencer e demonstrar, ao juiz, que o conjunto de fatos coloca o sujeito processual na categoria jurídica de consumidor, sendo que os vínculos fáticos daí advindos não são elaborados por um processo mental<sup>30</sup> complexo e subjetivo, antes são consequências legais, portanto, elas decorrem de uma derivabilidade presuntiva posta – não meramente suposta – pela norma jurídica. O tipo presuntivo se antecipa ao processo mental do juiz, à medida que o legislador já levou em conta as conexões que *normalmente acontecem* entre os fatos que ensejam a categorização do sujeito como um consumidor e as respectivas ocorrências em termos de mercado de consumo (*quod plerumque accidit*).

O legislador previne conexões fáticas, ficando a descoberto soluções valorativas mais econômicas que jurídicas (o caso do dano). O que interessa para o standard do convencimento, portanto, é a prova do fato no conjunto de conexões imputativas que ele encerra.

---

28 Taruffo critica o critério da proximidade para a distribuição do ônus da prova, quando alerta que essa modalidade poderia ser epistemologicamente válida, porém, poderia levar a excessos. Para o autor, é mais aconselhável adotar um critério de sanções (*disclosure*) em que cada parte deveria produzir todas as provas que tivesse disponibilidade. *Uma simples verdade, op. cit.*, p. 267. A qualidade linguística do texto escrito por Michele Taruffo e a paixão com que ele defende a dimensão epistêmica do processo são, evidentemente, conquistadores. De qualquer maneira, um leitor brasileiro deve considerar, no mínimo, algumas particularidades. A jurisdição brasileira é diferente da italiana e, sobretudo, é diferente da jurisdição dos países mais evoluídos da Europa – a Alemanha e a Inglaterra. Além disso, qualquer dose de prática, nos tribunais brasileiros, é suficiente para constatar que uma vitória sem razão é mais comemorada que uma razão sem vitória. Um modelo processual fundamentado na boa-fé e na cooperação é louvável, sempre, e as normas devem impor esse estado ideal de coisas, isso está no art. 10 do NCPC. No entanto, um realismo moderado sopesa a implicação normativo-ideal no confronto com a cultura da desigualdade brasileira, principalmente, no interior desse país-continente, porque, aqui, são necessárias soluções socorristas em que, possivelmente, um imperativo processual epistêmico fundado na confiança acabaria perdendo espaço. O Estado-juiz deve prestar cooperação às partes, isso não se discute, mas normas rígidas de *disclosure*, que se estruturam por deveres *inter partes*, não necessariamente assimilarão uma dimensão epistêmica ao processo brasileiro. Antes, elas poderão produzir baixas colaterais em termos de aplicabilidade e alargamento do tempo no processo. O brasileiro não tem muito tempo, ele é pobre, ele trabalha demais, ele ganha pouco, ele deposita muita esperança em uma solução célere do processo civil de resultado.

29 O autor utiliza a denominação princípio da “vicinanza” ou da “riferibilità”. DI MAJO, Adolfo. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 259.

30 Barbora Moreira, As presunções, *op. cit.*, p. 57.

Conforme Taruffo, “uma norma impõe ao juiz que tome por verdadeiro um fato alegado por uma parte, sem que desse seja dada qualquer prova (em particular por iniciativa da parte que alegou o fato); a verdade desse fato resta vinculante para o juiz se a outra parte não prova o contrário. Poder-se-ia observar, então, que as normas que estabelecem presunções fazem com que a decisão final ocupe-se dos fatos somente quando a prova contrária for fornecida. Se não houver prova contrária, a decisão não levará em consideração os fatos, visto que derivará diretamente da aplicação da norma que determina a presunção”<sup>31</sup>. Os tipos presuntivos elaboram um metajuízo. Em outras palavras, as presunções legais correntemente utilizadas no direito do consumidor brasileiro elaboram *um juízo sobre um juízo* de ponderação das normas. A própria legislação irradia uma tendência sobre o juízo do fato, quer dizer, para decidir sobre os fatos da causa, o juiz não precisa formular complexas operações mentais ou subjetivas, porque o prognóstico da causa já está de antemão assentado ou abreviado pelo módulo que o legislador considerou.

O Código do Consumidor refere que um sujeito deve ser indenizado quando ele é reputado consumidor e quando não é afastada a presunção legal que lhe protege. A presunção somente é afastada por intermédio de exceções taxativas, sendo positivado na lei um critério verofuncionalizado<sup>32</sup>. Os tipos presuntivos polarizam a balança em defesa do consumidor, assim, eles afirmam que um standard do convencimento fundado em um mínimo de atividade probatória enseja a tutela jurisdicional do consumidor e afasta o julgamento com base na regra do ônus da prova. Não é preciso que as provas sejam preponderantes ao consumidor; basta que as provas sejam mínimas, em benefício do consumidor. Quando essa impressão acontece, o ônus de desfazer a presunção encarrega a contraparte.

---

31 *Uma simples verdade*, op. cit., p. 263/4.

32 Verofuncional é uma lógica que assimila polaridades – ela opera em dicotomias, por intermédio de conjunção (“e”), disjunção (“ou”), negação (“não”), ou implicação material (“se...então”). Um legado do silogismo, sendo que os próprios corifeus do positivismo mais ortodoxo, mesmos os que talvez refutem uma standardização do convencimento judicial, são obrigados considerar essa lógica, pois é a velha lógica. Ver MACCORMICK, Neil. Argumentação fundada em exceções (*arguing defeasibly*). *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 318.

Logo, o standard do convencimento judicial na tutela jurisdicional do consumidor rebaixa o patamar comumente utilizado no direito privado, trata-se de um standard diferenciado, decorrente de um sistema protetivo diferenciado. Para evitar um julgamento com base na regra do ônus da prova, em direito do consumidor, não deve ser buscado uma convicção com a força da preponderância das provas, porque todo o sistema legal promove a facilitação da defesa do direito do consumidor.

O consumidor está encarregado de uma mínima atividade probatória, no sentido de demonstrar a sua categoria jurídica e, finalmente, não ter, contra si, argumentos contundentes que afastem a presunção legal. A doutrina brasileira<sup>33</sup> salienta que o modelo de constatação ou o standard do convencimento judicial denominado como uma mínima atividade probatória é uma construção do Tribunal Constitucional espanhol e consiste em um encerramento operativo tendente a eliminar dúvidas ou variações subjetivas que desqualificariam a racionalidade da solução judicial. Nisso, observa-se uma tendência em definir por método de eliminação, na medida em que a mínima atividade probatória seria tudo o que não pode ser afastado.

A crítica corrente é que não estaria claro o que significa essa mínima atividade probatória, qualitativa e quantitativamente falando, porque definir por eliminação<sup>34</sup> é exercício facultado a qualquer modalidade de standardização. Todavia, a caracterização da mínima atividade probatória atende, em primeiro lugar, à normatividade que o direito material polariza para a tutela jurisdicional do consumidor brasileiro. Além disso, a defesa do consumidor deve ser facilitada, inclusive, em juízo, o que determina o rebaixamento da intensidade ou do grau de confirmação para que o juiz se declare convencido e, assim, afaste um julgamento

33 BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 158.

34 A crítica também merece uma crítica em seus próprios termos, porque a standardização do convencimento não é um mecanismo de prova, porém, com base em um grau de confirmação, o standard afirma um critério. O tipo presuntivo – técnica mais utilizada pelo CDC – assenta uma maneira de olhar as coisas, daí equilibrando juridicamente o que é desigual faticamente. “Nessun ragionamento presuntivo è così evidente da sfuggire alla verifica del contraddittorio: la presunzione insomma non è un mezzo legale di prova, ma un criterio orientativo della ricerca”, e não apenas *della ricerca*, mas que também afirma conclusões ou práticas sobre o juízo do fato. Ver Alessandro Giuliani, *Prova in generale*, *op. cit.*, p. 533.

com base na regra do ônus da prova. Em segundo lugar, e também com reforço na dogmática do direito material, é necessário constatar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro combate o desequilíbrio fático entre os debatedores do processo através de normas jurídicas que estabelecem um norte para a definição da mínima atividade probatória, ou seja, uma suficiência de provas para convencer o juiz.

O modelo coerencial, o modelo hermenêutico e o modelo argumentativo, para a correção das soluções normativas, são somados ao modelo dedutivista, no atual quadrante constitucional. Não bastasse a conjuração jusfilosófica, o CDC estabelece uma cláusula de abertura em seu art. 7º: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

Para quem não confia nas tendências da teoria do direito, o texto da norma é cristalino ao pontuar que a defesa do consumidor pode se valer de disposições previstas em outras leis, inclusive na “legislação interna ordinária”. Ainda mais quando se trata de outra lei que, assim como o CDC, adensa o princípio constitucional da igualdade, tutelando os vulneráveis<sup>35</sup>.

A Lei 8.213/91 é contemporânea do CDC e, além da proximidade temporal, essa lei também protege um vulnerável, contemplando a eficácia vertical<sup>36</sup> dos direitos fundamentais. É sabido que cada benefício previdenciário possui uma peculiaridade processual, por exemplo, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e aposentaria especial, em geral, consistem em benefícios que judicialmente demandam uma prova pericial. No entanto, mesmo um meio de prova pericial<sup>37</sup> não sig-

35 Ver MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

36 O CDC reproduz a eficácia horizontal, a lei previdenciária regulamenta a relação entre um particular e uma entidade pública, portanto, reflete a eficácia vertical do direito fundamental (*drittwirkung*).

37 O meio de prova pericial não é sinônimo de convencimento judicial aprofundado. Com efeito, o juiz avalia a perícia lendo as conclusões do perito, e daí tentando entender a linguagem técnica que o experto

nifica dizer que o convencimento deva ser aprofundado, como algures referido.

A leitura do texto da lei somada a uma pequena dose de prática nas rotinas dos foros surpreendem que o benefício de aposentadoria – mesmo com a prova pericial – concedido ao trabalhador rural, seja a aposentadoria por tempo de serviço rural, seja a aposentadoria por idade, encerra o mais difícil contexto de provas judiciais, em processo previdenciário. Porém, a dificuldade para provar o fato jurídico é decorrente do caráter histórico da lembrança relatada pela testemunha, na medida em que o segurado previdenciário, de resto, está se aposentando porque trabalhou desde há muito tempo. Isso não implica, por si só, em uma intensificação do standard do convencimento judicial. Nesses casos, embora se levante um particular museu sobre a vida do sujeito, algo histórico e perdido no tempo distante da juventude de uma pessoa idosa, a dificuldade das testemunhas em lembrar os fatos antigos é sopeçada pela recorrência dos próprios relatos, algo cultural. Com efeito, é notório que os habitantes do meio rural brasileiro são pessoas humildes, e que tais pessoas possuem dificuldades para arquivar demonstrações complexas. Inclusive, o legislador internaliza essa condição, daí facilitando a ratificação da prova oral, em processo previdenciário, pelo que ele denominou de “início de prova material”, consoante previsão do art. 55, §3<sup>o</sup><sup>38</sup>, da Lei 8.213/91: “A com-

---

atestou. Um caso pode ser complexo sem ter perícia, e outros tantos casos podem ser simples, embora tenha ocorrido a perícia. Agora, se a perícia for sinônima de convencimento judicial aprofundado, das duas, uma: ou o juiz não poderia contrariar, jamais, a perícia; ou, de plano, o juiz deveria entregar o processo ao perito, e que o próprio experto elabore o julgamento. Afinal, o convencimento seria do perito, e não do juiz. Evidente que o sistema jurídico prevê que o juiz pode se distanciar das conclusões periciais, justificadamente – o juiz sempre deve justificar todas as suas impressões. Portanto, isso quer dizer que o sistema jurídico encerra critérios que tornam o convencimento aprofundado, ou não, a depender da natureza do direito material em debate, a depender da substância ou do objeto do processo, porque, desde uma previsão abstrata do ordenamento, desde um critério *merit-based* é que se fornecem os elementos sobre a intensidade do que significa a conclusão do “estar convencido”. O “estar convencido”, em sistemática jurídica-argumentativa, onde é inerente a pretensão de correção das decisões, acaba não sendo uma conclusão meramente pessoal – é uma conclusão decorrencial.

38 A normatividade desse texto da norma se concretizou em diversos enunciados jurisprudenciais, por exemplo: Súmula 6/TNU: «A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola.» Súmula 14/TNU: «Para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material, corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício.» Súmula 34/TNU: «Para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar.» Súmula N<sup>o</sup> 73 - TRF 4<sup>a</sup>: “Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental”.

provação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.”

A questão não é sopesar a Lei de Benefícios Previdenciários em relação ao direito do consumidor, antes é assinalar que a mínima atividade probatória – enquanto um standard que rebaixa o ônus de provar – não é algo inédito no sistema jurídico brasileiro. O que implica o manuseio do standard da mínima atividade probatória é a necessidade do direito material (*merit-based* – critério externo ao processo), é a vulnerabilidade do sujeito a ser tutelado pelo processo. Como o processo está impregnado do direito material, como a tutela jurisdicional deve emprestar uma solução qualificada às necessidades do sistema jurídico, o convencimento judicial deve observar esse diálogo entre as fontes jurídicas, que encerram um diálogo coordenativo de influências recíprocas.

Mais recentemente, a Lei 11.718/08 pormenorizou o que seria esse “início de prova material”, previsto na Lei de Benefícios Previdenciários, ao elencar um rol exemplificativo de documentos, e ao conferir uma nova redação ao art. 106 da Lei de Benefícios Previdenciários (LB): “A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar; V – bloco de notas do produtor rural; VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; VII – do-

cumentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra.”

O início de prova material é um indicativo, porque não seria apenas esse início de prova material que solucionaria a questão em juízo. Daí resulta o seguinte: se a prova material é apenas um “início”, e se as testemunhas relatam fatos antigos, quiçá, praticamente esquecidos no tempo, como conferir certeza à conclusão que exsurge desse contexto?

O legislador subentende essas dificuldades. Mais que isso, o sistema jurídico presume que as provas são frágeis, quando isoladas, no processo previdenciário rural. Mesmo assim, o sujeito não pode ser prejudicado, porque se trata de um vulnerável, e ele não teria outros meios para produzir uma melhor prova. Na prática previdenciária, em juízo, aparecem três testemunhas para dizer que o sujeito trabalhava com a família, em uma pequena propriedade, e produzia X, Y e Z produtos. Isso não significa aprofundar a cognição. Isso não elucubra maiores complexidades no convencimento. De qualquer maneira, e respeitando uma crítica em contrário, é necessário salientar que o legislador, desde o direito material, implantou um sistema protetivo do vulnerável, através da Lei de Benefícios Previdenciários, repercutindo a expressão inédita do “início de prova material” como se ela fosse um “mínimo de provas”, como uma solução de alternatividade, algo diferente da velha prova de evidência. Tudo sopesado, desde o direito material, está para tutelar a posição jurídica de um vulnerável (idoso, enfermo, rurícola).

No direito do consumidor, inicialmente, esse quadro de imputações também é válido. Não para definir que a prova deve, necessariamente, ser documentada ou ter um “início de prova material”.

Muito pelo contrário.

Ora, *ninguém* duvida que um sujeito possa deixar o celular em uma loja, para o conserto, e além de a loja não entregar um documento em promessa de conserto, ainda pode acontecer de a loja devolver o celular com outros danos, daí totalmente quebrado. Também, *ninguém* duvida que um sujeito possa adentrar em um banco e, de quebra, ser assaltado, dentro do banco mesmo. Os exemplos são infinitos, pois *ninguém* duvida que um sujeito deixe o carro na garagem de um shopping e, nesse meio-tempo, ele tenha o som automotivo furtado.

As situações são corriqueiras, sobretudo massificadas.

Um cenário que retoma a necessidade do direito material do consumidor, desde as implicações constitucionais que remetem a um dever de proteção do vulnerável. Em direito do consumidor, parte-se do pressuposto finalístico da vulnerabilidade do sujeito. Condição jurídica que é reforçada pelo caráter massificado dos negócios encetados. Não se fala em longinquidade diacrônica (velhice) da prova tampouco início de prova material, todavia, é devido falar na posição de desvantagem argumentativa por ocasião da inerente vulnerabilidade que o sistema pressupõe somada à massificação dos negócios. Daí que a normalidade das narrativas, em direito do consumidor, culmina no encerramento de uma mínima atividade probatória como subproduto de uma metodologia processual que rearticula a verossimilhança, o que de normal ocorre, para com a desvantagem inerente, a vulnerabilidade.

O juiz é consumidor, o enfermo é consumidor, o pesquisador é consumidor, o político é consumidor, o recém-nascido também é consumidor. Até o governante é consumidor. Enfim, todo mundo já foi, ou será, um consumidor, o que resulta na impossibilidade de o legislador elencar um rol de provas mínimas para a tutela da posição jurídica do consumidor, assim como se formulou na Lei 8.213/91. No mesmo sentido, o legislador não poderia vincular o consumidor a provas documentais, até porque os grandes problemas estão quando não existem documentos para formalizarem as relações.

Atento à massificação das demandas, bem como levando em conta a premissa de que *#somostodosconsumidores*, o legislador conectou a facilitação da defesa do consumidor a regras de experiência (*quod plerumque accidit*), sendo que o sistema reflete o que de comum acontece na vida das pessoas.

Voltando ao texto do art. 6º, VIII, do CDC, sem muito esforço, é possível repartir a seguinte sistematização:

Art. 6º, VIII: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.	(a) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz,
	(b) for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente
	(c) segundo as regras ordinárias de experiências;

O caráter exemplificativo das técnicas para a facilitação da defesa do consumidor, acima afirmado, remete a duas percepções finais. Situações que estão no texto da lei e aparelham a regra geral do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor.

Em primeiro lugar, o CDC refere (itens ‘b’ e ‘c’): “verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Observe-se que não existe vírgula entre “verossímil ou hipossuficiente”, o que confere uma solução de alternativa em somatório. Ou seja, ambas as modalidades processuais chegam a serem alternativas entre si, mas elas duas devem ser adequadas ao que está após a vírgula – “segundo as regras ordinárias de experiência”.

Portanto, a questão da ordinaryidade da experiência é uma condicionante tanto para a questão da verossimilhança<sup>39</sup> como para a questão da hipossuficiência, o que, de resto, vai ao encontro do critério da mínima atividade probatória que o sistema ju-

<sup>39</sup> Contra, afirmando que, no caso especial do CDC, a verossimilhança não está atrelada ao *id quod plerumque accidit* – apenas a hipossuficiência é que estaria atrelada às regras gerais de experiência, ver Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso, op. cit.*, p. 87.

rídico de proteção do consumidor afirma desde a Constituição. A verossimilhança e a hipossuficiência, com efeito, são desdobramentos processuais de um mesmo substrato do direito material e da realidade social – a vulnerabilidade.

Em segundo lugar, as regras ordinárias de experiência (parte final do dispositivo) são uma referência *desde fora* a todo um esquema de facilitação da defesa do consumidor (parte inicial do dispositivo) – o que acontece, *inclusive*, com a inversão *ope judicis* do ônus da prova.

A diferença entre a verossimilhança<sup>40</sup> e a probabilidade é polêmica. Contudo, mesmo sem aprofundar em definições<sup>41</sup>, pode-se identificar que a prática aproxima a verossimilhança e a probabilidade<sup>42</sup>, compatibilizando-as através de um utilitarismo<sup>43</sup> argumentativo que, em um primeiro momento, assinala uma referência objetiva do possível (aspecto positivo) e, em um segundo momento, afasta uma razão que deixaria *anormal* a narrativa afirmada.

Comenta-se que a doutrina alemã encampa o standard da verossimilhança, porque esse critério pormenoriza o requisito da suficiência da prova para, assim, afastar o julgamento com base na regra do ônus da prova (art. 373 do NCPC). Nesses termos, “o convencimento reputar-se-á válido e legítimo na presença de um *alto grau de verossimilhança* em que as *dúvidas subjetivas*, ou seja, as *dúvidas do juiz ‘in concreto’* sejam descartáveis. Então, sob essa ótica, *dever-se-á, primeiramente, verificar se a convicção*

40 Nesse comentário sobre a verossimilhança também se encaixa a hipossuficiência pois, junto com a verossimilhança, a hipossuficiência está vinculada a regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII, do CDC), pelo menos, segundo o texto da norma elaborada pelo legislador brasileiro.

41 Calamandrei elenca a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade como padrões em uma espécie de escala aproximativa à questão da verdade. Ver CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza* nel processo civile. In CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). *Opere Giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano Editore, 1972, p. 620/1.

42 A probabilidade e a verossimilhança são operações que sempre se fundiram, na prática, mesmo na vigência do revogado art. 273 do CPC/73. Tanto é que o Novo CPC estabelece: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” Note-se que a probabilidade é um elemento que deve ser somado aos demais – o perigo de dano “ou” o risco ao resultado útil do processo; em cada uma dessas últimas hipóteses, é caso da tutela de urgência satisfativa ou é caso de tutela de urgência cautelar. A probabilidade do direito é uma constante, mesmo que a crítica comente que o direito não seria provável, ele existe, ou não existe.

43 GIULIANI, Alessandro. b) Teoria dell’argomentazione. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV. Milano: Giuffrè, 1975, p. 32.

foi atingida, para, logo após, examinar os elementos que dela se afastam, ou seja, as *dúvidas*. A qualificação teórica das dúvidas mencionadas na fundamentação da decisão é que servirão de *critério*. As dúvidas abstrato-negativas (teóricas) deverão ser desprezadas, enquanto que as dúvidas concreto-positivas viciarão a convicção judicial<sup>44</sup>.

Esse movimento metodológico, que se atribui à doutrina alemã, em linha de princípio, efetua um exercício positivo para determinar a intensidade da prova que convence o juiz, e não desconsidera, para qualificar esse suporte, um outro movimento, daí negativo, que confronta aquele contexto probatório à normalidade inferenciada das regras experienciais. É quase um procedimento por eliminação, o que não elide a sua adoção como um critério acessório, proposta que ratifica a presente exposição.

As normas-tipo e a inversão judicial do ônus da prova, ambas sopesadas pelas regras ordinárias de experiência – ainda mais no cenário repetitivo e massificado das relações de consumo –, refletem esse esquema circular, que se trata de uma compatibilização argumentativa em dicotomias, conforme o padrão kantiano<sup>45</sup>. O ordenamento jurídico brasileiro elabora um exercício argumentativo análogo, embora a nomenclatura ora defendida aqui se reporte a um standard da “mínima atividade probatória”. Isso acontece tanto porque existe uma lei brasileira (Lei 8.213/91) que flerta com a definição ensaiada, como porque a realidade social do consumidor brasileiro é algo diversa da realidade em que aplicada a doutrina tedesca.

Com uma variação definicional, Marinoni parece defender, na essência, o rebaixamento do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor, quando ele refere: “Frise-se que, em um caso com esse (de defeito na composição de remédio), a relação de consumo é marcada pela violação de uma norma que objetiva dar proteção ao consumidor. O fabricante que viola essa norma assume o risco da dificuldade de prova da causalidade. Se a prova da causalidade é difícil, basta que o juiz che-

<sup>44</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

<sup>45</sup> Kant, *Lógica*, p. 81.

gue a uma convicção de verossimilhança para responsabilizar o réu. Essa convicção de verossimilhança, é claro, não se confunde com a convicção de verossimilhança da tutela antecipatória, pois não é uma convicção fundada em parcela das provas que ainda podem ser feitas no processo, mas sim uma convicção que se funda nas provas que puderam ser realizadas no processo, mas, diante da natureza da relação de direito material, devem ser consideradas suficientes para fazer crer que o direito pertence ao consumidor.”<sup>46</sup> O autor arremata: “Essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova.”

No mesmo sentido, Eduardo Cambi<sup>47</sup> adverte sobre a especialidade da tutela jurisdicional do direito do consumidor, na medida em que a essência dos institutos desse ramo do direito material implica uma solução de compensação no lócus processual. Ou seja, as regras do processo civil, como o ônus da impugnação específica (art. 341 do NCPC), que outrora foram pautadas pela autonomia privada e pela isonomia formal, devem observar a vulnerabilidade do consumidor e a massificação dos negócios, fenômenos contemporâneos e que não permitem uma aplicação pura e simples de uma presunção contra o consumidor. Pelo contrário, o sistema jurídico estabelecido para a proteção do consumidor implementa uma reação aos ditames clássicos do direito privado e do velho processo civil – daí que as presunções, as normas-tipo e a normalidade das experiências, pendem para o lado do consumidor. Em contrapartida, isso relativiza o standard do convencimento, nessas hipóteses, e onera o fornecedor.

A doutrina é repleta de comentários sobre a inversão do ônus da prova, festejando o advento do CDC. Todavia, é muito difícil haver incursões no tocante ao standard do convencimento.

---

46 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia brasileira de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.htm>>, acesso em 27/06/15.

47 CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 401. O autor se reportava ao CPC/73, todavia, a regra se manteve na dicção do NCPC.

A explicação para a lacuna, talvez, está porque a terminologia não é adotada no texto da lei, e também porque a ponta do iceberg da questão obscurece o saneamento da compreensão.

Com efeito, o caso limítrofe previsto pelo sistema de tutela do consumidor acaba por confirmar a impressão sobre o standard da mínima atividade probatória. Trata-se da responsabilidade pessoal do profissional liberal (art. 14, §4º, do CDC).

Ninguém discute que, na responsabilidade civil do profissional liberal, pelo fato da teoria da proximidade, é necessário dinamizar o ônus da prova, ou inverter o ônus da prova, para que tal ônus seja atribuído ao fornecedor. Para essa inversão, basta que seja comprovada a categorização jurídica do sujeito, como um consumidor, o que supõe uma situação de vulnerabilidade e, de outro lado, uma proximidade do fornecedor às circunstâncias da prova.

Logo, mesmo que se sustente um maior encargo ao consumidor, nesses casos, essa pontual inversão que o sistema prevê acaba por meramente compensar os esquemas-tipo e as presunções que a grande maioria das hipóteses encerra. Vale dizer que a inversão do ônus da prova impera nos claros do sistema do CDC, daí conduzindo a uma solução de complementaridade àquela que o legislador já tivera protegido o consumidor. O processo civil e o CDC não desprivilegiam o profissional liberal, mas, elaboram, desde o critério *merit-based*, um esquema que preserva a responsabilidade subjetiva e, na volta, atribui um maior encargo probatório – ao fornecedor.

Ocorre uma prejudicialidade integrativa, quando o mínimo de provas não é suficiente para o julgamento. Em contrapartida, esse mínimo de provas acaba sendo suficiente para a inversão do ônus da prova.

Um esquema de imputação interfere no outro.

Assim, as regras ordinárias da experiência implicam uma solução-tampão aos vazios normativos dos tipos-padrão que o próprio CDC estabelece. As regras ordinárias de experiência são pontos de irrupção que até podem flexibilizar a frequência do CDC, em um caso especial, quando a narrativa está desviada do

ordinário. Porém, em um estado ideal de coisas jurídicas, a exceção do sistema (art. 14, §4º) ratifica os indicativos textuais que conformam uma regra geral, no direito brasileiro – a mínima atividade probatória preenche o standard do convencimento para a tutela jurisdicional do consumidor.

O consumidor deve demonstrar que ele se trata de um consumidor. Em decorrência, a vulnerabilidade atribuída pela rotina do sistema jurídica pressupõe a série de confirmações que os efeitos das normas fazem interagir para compensar tal desigualdade fática.

## CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor encerra um sistema jurídico com relativa autonomia aos demais ramos do direito. Ainda, as respectivas normas ostentam um sincretismo entre o direito material e o direito processual. De maneira inédita, no ordenamento positivo, o CDC estabeleceu a possibilidade da inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII e 14, §4º.

Ocorre que tais previsões não precisam ser requeridas em qualquer demanda referente à posição jurídica do consumidor. Em primeiro lugar, porque o CDC já pré-estabeleceu um conjunto de regras-tipo que implicam presunções narrativo-decisórias. Ou seja, o próprio legislador avisou: se o fornecedor não se desincumbir de comprovar a falta do defeito ou a ausência do dano, por exemplo, ele sofrerá as consequências previstas pelo sistema jurídico.

O Código do Consumidor, portanto, atribuiu ou verteu o ônus da prova em benefício da maior amplitude de tutela do consumidor. A lei supõe o que não precisa ser repetido na petição. Até pela sequência argumentativa que as narrativas do consumidor bastam que sejam adequadas aos tipo-presunções pautadas pelo Código. Trata-se de um sistema à parte do Código de Processo Civil.

Apenas subsidiariamente, nos casos previstos no próprio CDC (art. 14, §4º), é que ocorre uma inversão do ônus da prova

*ope judicis*. Na grande maioria dos casos, o legislador se antecipou, daí ser dispensável falar em “inversão” do que já está “vertido” – o ônus da prova em benefício do consumidor.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). *Opere Giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano Editore, 1972.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça: conclusão de um projeto internacional de investigação jurídico-sociológica. Trad. Hermes Zaneti Jr. *Processo, ideologias e sociedade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação anulatória: de acordo com o CPC/73 e o Projeto no Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2014

DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, junho de 2001

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

\_\_\_\_\_. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII. Milano: Giuffrè, 1988.

\_\_\_\_\_. b) Teoria dell’argomentazione. *Enciclopedia del diritto*

to, vol. XXV. Milano: Giuffrè, 1975.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2009.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACCORMICK, Neil. Usando precedentes. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197. Ainda, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Argumentação fundada em exceções (arguing defeasibly)*. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia brasileira de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.htm>>, acesso em 27/06/15.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova. Temas de direito processual (primeira série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

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

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010

RAPISARDA, Cristina. Tecniche Giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 36. Padova: Cedam, 1981.

RABITTI, Maddalena; BELLELLI, Alessandra; DINACCI, Giampiero. I remedi fra tutela individuale, tutela collettiva e tutele alternative. In CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012.

# Da Desnecessidade de Intimação Pessoal do Devedor para a Aplicação de Multa por Descumprimento de Obrigação de Fazer Após a Vigência do Código de Processo Civil de 2015

**Guilherme Rodrigues de Andrade**

*Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Processo pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Processo Civil do Curso Mege.*

## RESUMO

A multa coercitiva é uma das principais medidas utilizadas no processo de efetivação das decisões judiciais, sendo imprescindível discutir-se a respeito da necessidade de intimação pessoal do devedor para a sua aplicação ou não, de acordo com o CPC/2015. No estudo, demonstra-se a importância da multa coercitiva para o processo de efetivação das decisões, bem como a previsão legal e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a necessidade de intimação pessoal do devedor para a sua aplicação na vigência do CPC/73. Posteriormente, analisa-se a temática diante do NCPC, que trouxe previsão legislativa significativa, bem como o entendimento do STJ e da doutrina pátria sobre o assunto. Por fim, após analisar, com profundidade, o julgado paradigma do STJ, a doutrina pátria e o NCPC, conclui-se pela desnecessidade de intimação pessoal do devedor para a

aplicação de multa por descumprimento de obrigação de fazer após a vigência do CPC/2015.

#### **PALAVRAS CHAVES:**

Multa por descumprimento. Astreintes. Intimação pessoal. Devedor. Desnecessidade. Novo Código de Processo Civil.

#### **ABSTRACT:**

The coercive fine is one of the main measures used in the process of enforcing judicial decisions, and it is essential to discuss the need for personal notification of the debtor for its application or not according to CPC / 2015. The study demonstrates the importance of coercive fines for the decision-making process, as well as the legal provision and doctrinal and jurisprudential understanding of the need for personal notification of the debtor for its application under CPC / 73. Subsequently, the theme is analyzed before the NCPC, which brought significant legislative provision, as well as the understanding of the STJ and the country's doctrine on the subject. Finally, after analyzing, in depth, the judged paradigm of the STJ, the home doctrine and the NCPC, it is concluded that there is no need for a personal summons from the debtor for the application of a fine for non-compliance with the obligation to do after the CPC / 2015 is in force.

#### **KEYWORDS:**

Fine for non-compliance. Astreintes. Personal summons. Debtor. Unnecessary. New Code of Civil Procedure.

#### **INTRODUÇÃO**

A Constituição da República assegura a todos o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), o qual em uma visão contemporânea não deve ser visto apenas como a possibilidade de o cidadão provocar o Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a seu direito, mas sim na possibilidade de ser concedido, no plano material, tudo aquilo a que o cidadão, efetivamente, possui direito.

Não por outro motivo, o Código de Processo Civil, em seu artigo 4º, aduz que as partes têm direito não apenas à solução do mérito em prazo razoável, mas também à efetiva satisfação de seu direito no plano material, o que é corroborado pelo artigo 6º do mesmo diploma legal.

Para possibilitar a satisfação do direito material da parte, o Código de Processo Civil concedeu, ao magistrado, um poder geral de efetivação das decisões judiciais (art. 139, IV), outorgando-lhe poderes para utilizar todas as medidas necessárias para o cumprimento da ordem judicial.

Dentre as medidas possíveis a serem utilizadas pelo juiz, a mais utilizada no cotidiano forense é a multa coercitiva, prevista nos artigos 536, §1º, e 537 do Código de Processo Civil, também conhecida como *astreinte*.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, uma discussão de suma relevância voltou à tona, qual seja, a necessidade ou desnecessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento de obrigação de fazer e, conseqüentemente, aplicação da multa por descumprimento.

O objetivo do presente trabalho é trazer a discussão a respeito da necessidade ou desnecessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento de obrigação de fazer, expondo, inicialmente, a importância a respeito do poder geral de efetivação das decisões judiciais para a aplicação do Princípio da Primazia da Tutela Específica, bem como o conceito e o significado da multa coercitiva.

Posteriormente, o trabalho buscará expor o desenvolvimento do entendimento predominante a respeito da necessidade de intimação pessoal do devedor para a aplicação da multa coercitiva na vigência do Código de Processo Civil de 1973, consolidado na Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, o trabalho demonstrará a mudança legislativa causada pelo Novo Código de Processo Civil que teria mudado o entendimento a respeito da necessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento de sentença de obrigação de fazer, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

Nesse mesmo capítulo, o trabalho apontará o equívoco do Superior Tribunal de Justiça na análise do tema principal diante do NCPC, apontando a previsão legislativa e o entendimento doutrinário majoritário sobre o assunto.

Ao fim, restará demonstrado que, na vigência do Novo Código de Processo Civil, é desnecessária a intimação pessoal do devedor para o cumprimento de sentença de obrigação de fazer, bastando a intimação na pessoa do advogado e afastando-se, conseqüentemente, a aplicação da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça.

## **1) DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA TUTELA ESPECÍFICA**

Segundo o artigo 497 do NCPC, “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

Analisando-se o dispositivo legal, percebe-se que o legislador deu primazia à tutela específica, de maneira que, em caso de procedência do pedido de obrigação de fazer, o juiz deverá fazer o máximo para que seja garantido ao credor exatamente o seu direito. Não sendo possível, todavia, a concessão da tutela específica, autoriza o Código de Processo Civil que seja concedido o resultado prático equivalente, que é coisa distinta, obviamente, da tutela específica.

Somente se não for possível a concessão da tutela específica ou do resultado prático equivalente é que a obrigação de fazer poderá ser convertida em perdas e danos, conforme dispõe o artigo 499 do NCPC:

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Percebe-se, assim, que os artigos 497 e 499 do NCPC concretizam o chamado Princípio da Primazia da Tutela Específica das obrigações de fazer.

Sobre o tema, explica Fredie Didier que

O art. 497 do CPC torna clara a opção do legislador de privilegiar a tutela específica das obrigações de fazer ou de não fazer, seja ela legal ou contratual, fungível ou infungível.

Como vimos no capítulo sobre normas fundamentais, neste volume do Curso, esse dispositivo, junto com o art. 499 do CPC, concretiza o princípio da primazia da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, segundo o qual se deve buscar dar ao credor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele obteria se o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação que lhe cabia, isto é, tudo aquilo e exatamente aquilo que o credor obteria se não fosse necessário provocar a atividade jurisdicional para imposição da ordem.

O fazer ou o não fazer somente serão convertidos em prestação equivalente a pedido do credor ou se impossível a obtenção do resultado específico. (DIDIER JR et al, 2017, p. 580)

Para que seja concretizado o Princípio da Primazia da Tutela Específica de modo que seja cumprida a obrigação de fazer, o legislador outorgou ao magistrado diversas técnicas processuais de efetivação das decisões, dando-lhe um poder geral de efetivação, permitindo a utilização de meios típicos, previstos em lei, e atípicos para concretização de sua decisão.

Com efeito, ao tratar dos poderes do juiz, o artigo 139, IV, do NCPC estipulou que incumbe ao magistrado, além de outros poderes e atribuições, “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Em sentido semelhante, estabeleceu o artigo 536 do NCPC que

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Veja que o *caput* do artigo 536 estabelece que o juiz poderá adotar “as medidas necessárias” para o cumprimento da obrigação de fazer, dando amplos poderes ao magistrado na busca da efetivação do direito do credor, o que corrobora o já estipulado pelo artigo 139, IV, do NCPC.

No mesmo sentido, observa-se que o §1º do artigo 536 apenas exemplifica as medidas que poderão ser adotadas pelo magistrado na busca da concretização do direito, mas não as esgota, uma vez que o próprio artigo afirma que o juiz poderá utilizar outras medidas.

O legislador, portanto, consagrou o poder geral de efetivação das decisões judiciais nos termos do artigo 139, IV e do artigo 536, *caput* e §1, todos do NCPC, estabelecendo uma cláusula geral de atipicidade dos meios executivos, a fim de que, de acordo com o caso concreto, o magistrado possa utilizar a providência que entender necessária e adequada para a efetivação da decisão.

Não obstante isso, é evidente que o magistrado pode se valer das medidas executivas típicas, que são aquelas previstas expressamente na legislação, como, por exemplo, a multa por descumprimento, que é o objeto central do nosso estudo.

## 2) DA MULTA COERCITIVA

Conforme exposto, a fim de efetivar a decisão que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá determinar, dentre outras medidas, a imposição de multa para o caso de descumprimento da obrigação (art. 536, §1º, do NCPC).

Evidentemente trata-se da técnica de coerção indireta mais difundida e mais utilizada no cotidiano forense, demonstrando grande efetividade no processo de concretização da decisão que determinou o cumprimento de obrigação de fazer.

Conforme explica o professor Daniel Amorim Assumpção Neves,

Apesar de não existir uma gradação entre as medidas executivas à disposição do juízo para efetivar a tutela das obrigações de fazer e não fazer, a multa como forma de pressionar o executado a cumprir sua obrigação parece ter merecido posição de destaque, sendo também medida de extrema frequência na praxe forense. A valorização da multa pode ser percebida pela expressa menção a ela feita pelo diploma processual em seu art. 537. (NEVES, 2016, ebook)

Com efeito, dispõe o artigo 537 do NCPC que:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

De maneira simples, pode-se afirmar que a multa é uma medida executiva típica, de natureza processual, utilizada como meio de coerção indireta para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer.

A multa pode ser fixada até mesmo de ofício pelo magistrado no cumprimento da obrigação de fazer, o qual deverá, entretanto, conceder, previamente, prazo razoável para o cumprimento da obrigação (art. 537, *caput* e §1º, do NCPC), sendo certo que, em caso de descumprimento, a multa será aplicada e o seu valor será revertido para o exequente (art. 537, §2º, do NCPC).

Existem inúmeras considerações e controvérsias interessantes a respeito da multa coercitiva, algumas cuja conclusão se extrai da própria redação do artigo 537 do NCPC, outras, todavia, que demandam aprofundamento teórico-doutrinário e jurisprudencial, como os critérios para a fixação do valor e da periodicidade da multa, bem como a possibilidade de sua modificação posterior; a possibilidade de modificação do montante acumulado da multa; a incidência de juros e correção monetária sobre o valor da multa; o momento em que a multa pode ser exigida; etc.

Para fins do presente trabalho, entretanto, apenas uma questão interessa.

Qual é o termo inicial da incidência da astreinte? É necessária a intimação pessoal do devedor para que se inicie o prazo

para o cumprimento da obrigação de fazer antes da aplicação da multa por descumprimento? Ou basta a intimação na pessoa do seu advogado constituído nos autos?

Para responder a essa pergunta, é imprescindível retornarmos ao Código de Processo Civil de 1973.

### **3) DA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR PARA O INÍCIO DO PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER NA VIGÊNCIA DO CPC/73**

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o artigo 461, *caput* e §5º, que tratava das ações que tinham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, possuía uma redação semelhante à do artigo 536, *caput* e §1º, do NCPC:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Veja que o artigo 461, *caput* e §5º do CPC/73 não estipulava qual era o termo inicial do prazo para o cumprimento da obrigação de fazer, isto é, se o prazo se iniciaria com a intimação pessoal do devedor ou se bastava a intimação do advogado pelo diário oficial.

A doutrina, à época, era vacilante sobre o tema, conforme se pode observar pelo entendimento de dois grandes doutrinadores.

Cassio Scarpinella Bueno entendia que, caso o executado tivesse advogado constituído nos autos, bastaria a intimação deste último através do diário oficial, dispensando a intimação pessoal da parte:

Questão que, crescentemente, vem sendo discutida pela doutrina e pela jurisprudência diz respeito à necessidade ou à desnecessidade de intimação pessoal do executado para o cumprimento das decisões proferidas com base no art. 461.

A melhor resposta para o impasse reside em distinguir se a parte em face de quem a ordem expedida com fundamento no art. 461 tem, ou não, advogado, constituído previamente nos autos. Na medida em que a parte esteja devidamente representada por advogado é suficiente que ele, o advogado, seja intimado para o “fazer” ou o “não fazer” tal qual determinado, observando-se as regras codificadas sobre esta forma de comunicação de atos processuais (arts. 234 a 240; v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) e, se for o caso, as regras extravagantes, assim, por exemplo, quando se tratar de advogados da União ou Procuradores da Fazenda Nacional (v. n. 4.1 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1) ou Defensores Públicos que, para os fins presentes, fazem as vezes do advogado da parte (v. n. 5.1 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1). Na hipótese inversa, em que o destinatário da ordem não tem advogado constituído (assim, por exemplo, nos casos em que a determinação é concedida liminarmente com base no art. 461, § 3º, ou em que, por qualquer razão, não há ainda ou mais advogado constituído nos autos), é irrecusável que a intimação seja feita diretamente na pessoa do executado, situação em que deverão ser observadas as regras constantes dos precitados dispositivos do Código de Processo Civil, o que significa dizer que a intimação será preferencialmente feita pelo correio (arts. 238 e 239). (BUENO, 2014. Ebook)”

Por outro lado, para a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, era imprescindível a intimação pessoal do devedor, sob pena de trazer graves sanções ao executado:

“(...) o devedor de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, quando tem contra si ordem para cumprimento da decisão judicial, deve ser intimado pessoalmente, justamente pelas múltiplas e graves consequências de seu eventual desatendimento ao mandamento jurisdicional (como as astreintes, contempt of court ou a configuração de crime de desobediência).

(...)

Assim, é da intimação pessoal do destinatário da ordem judicial que se deve iniciar a contagem do prazo para cumprimento da decisão ou sentença na qual se comina multa periódica.

(Revista de Processo. Ano 35. n° 182. abr/2010. ed. RT. São Paulo. 2010. p. 188)

Após analisar inúmeros casos a respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça parecia ter colocado fim à discussão ao editar, no final de 2009, a Súmula 410 com a seguinte redação:

“A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Pela leitura da súmula, restava claro que o início do prazo para o cumprimento da obrigação de fazer somente se iniciaria com a intimação pessoal do devedor, não bastando a mera intimação do advogado.

Ocorre que, ao lado desse entendimento, o próprio Superior Tribunal de Justiça vinha fixando um posicionamento diferente a respeito do início do prazo para o cumprimento das obrigações de pagar quantia.

O artigo 475-J do CPC/73, que tratava do cumprimento de sentença das obrigações de pagar quantia, previa que, caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetuasse no prazo de quinze dias, o montante da condenação seria acrescido de multa no percentual de dez por cento.

Ao longo do tempo, o próprio Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento, em sede de recurso repetitivo, de que “na fase de cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado, **na pessoa de seu advogado**, mediante publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir a multa de 10% (dez por cento) sobre montante da condenação (art. 475-J do CPC) (REsp 1262933/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe 20/08/2013)”.

Percebe-se, desta maneira, que no cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia, não era necessária a intimação pessoal do devedor para o início do prazo para pagar a quantia fixada em sentença, bastando a intimação do advogado através do Diário Oficial de Justiça, diferentemente, desta forma, do entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cumprimento de sentença de obrigação de fazer.

Ora, se bastava a intimação do advogado para que se iniciasse o prazo para o cumprimento da obrigação de pagar quantia, por que motivo, no cumprimento de sentença das obrigações de fazer, o devedor deveria ser intimado pessoalmente?

Certamente, se o Superior Tribunal de Justiça entendia que bastava a intimação do advogado para se iniciasse o prazo para o cumprimento da obrigação de pagar quantia, o mesmo entendimento deveria valer para o caso do cumprimento de sentença de obrigação de fazer, até porque, em ambas as hipóteses, se a obrigação não fosse cumprida no prazo, o próprio executado sofreria as respectivas sanções, qual seja, a multa de 10% sobre o valor da condenação (art. 475-J, CPC/73) ou a multa por descumprimento de obrigação de fazer.

De maneira mais clara, não faz sentido permitir uma “punição” (multa de 10% sobre o valor da condenação) ao executado pelo não pagamento da quantia no prazo estipulado após a intimação da pessoa do advogado, mas não permitir a aplicação de uma sanção pelo descumprimento de obrigação de fazer após a intimação do advogado.

Conforme exposto pela Ministra Nancy Andrichi, no julgamento do REsp 1360577, que será comentado mais à frente, “em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, isto é, o pagar também implica um fazer, ambos dependendo da iniciativa pessoal da parte”.

Ademais, vale lembrar que o advogado representa a parte em juízo, sendo certo que a sua procuração o habilita a praticar todos os atos do processo, exceto aqueles cuja lei exige poderes especiais. Não faz sentido, portanto, que o advogado, que possui múltiplos poderes para defender seu cliente, não deva sofrer a responsabilidade de ter que avisá-lo do início do prazo para cumprir uma obrigação de fazer.

O entendimento que exige a intimação pessoal do devedor, em verdade, viola diversos princípios constitucionais, como o da celeridade, da economia processual (art. 5º, LXXVIII, CRFB), bem como o direito de a parte obter em prazo razoável a atividade satisfativa do mérito de sua demanda (art. 4º, NCPC).

Não obstante as considerações acima, a segunda seção dessa Corte, no julgamento do REsp 1349790/RJ, da Relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, confirmou o entendimento da Súmula 410 dessa Corte, consignando que “a intimação do conteúdo da sentença, em nome do advogado, para o cumprimento da obrigação de pagar, realizada na forma do art. 475-J do CPC, não é suficiente para o início da fluência da multa cominatória voltada ao cumprimento da obrigação de fazer”.

#### 4) DA DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR PARA O INÍCIO DO PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER NA VIGÊNCIA CPC/2015 E DO EQUÍVOCO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a questão a respeito da necessidade de intimação pessoal do devedor para o início do prazo para o cumprimento de sentença de obrigação de fazer parecia ter tomado um rumo diferente, ante a expressa previsão legislativa.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 criou um título específico para tratar das diversas hipóteses ou modalidades de cumprimento de sentença, conforme se observa pela leitura do Título II do Livro I da Parte Especial.

Da mesma forma, observa-se que, dentro do Título II, o legislador criou um capítulo com as disposições gerais a respeito do cumprimento de sentença, conforme se nota pela leitura dos artigos 513 a 519.

Ressalte-se que, logo no artigo 513, encontram-se as disposições a respeito da intimação do devedor para o cumprimento de sentença, sendo certo que o §2º, inciso I, dispõe que:

“Art. 513. (...)

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:

I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos”.

Conforme dito, o artigo 513, §2º, I, do NCPC está inserido no capítulo das disposições gerais sobre o cumprimento de sentença, o qual se aplica a todas as espécies de cumprimento de sentença, seja ela de pagar ou de fazer, salvo previsão legal em sentido contrário.

Desta maneira, o Novo Código de Processo Civil parecia ter acabado com todas as divergências a respeito da necessidade de intimação pessoal do devedor para o início do prazo para o cumprimento de sentença de obrigação de fazer, uma vez que ar-

tigo 513, §2º, inciso I, previsto no capítulo das disposições gerais sobre o cumprimento de sentença, determinou que a intimação seria feita pelo Diário de Justiça na pessoa do advogado constituído nos autos.

No entanto, no final de dezembro de 2018, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou um entendimento a partir de parâmetros equivocados e de entendimento doutrinário superado pelo próprio doutrinador citado.

Explica-se. No julgamento dos Embargos de Divergência em Resp de Nº 1.360.577, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/12/2018, DJe 07/03/2019 (Informativo 643), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou o seguinte entendimento:

“É necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, **cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo código de processo civil**” (grifo nosso).

Em que pese o brilhantismo dos ministros que compõem a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a conclusão de que o teor da Súmula 410 do STJ permanece hígido também após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil parece-me totalmente equivocada.

A discussão principal, no julgamento proferido pela Corte Especial, era se o entendimento fixado no enunciado 410 do STJ, que exige a intimação pessoal do devedor para o cumprimento de obrigação fazer, aplicar-se-ia aos casos após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006.

No caso levado à Corte, não se discutia fato ocorrido após a vigência do CPC/2015, senão um fato posterior à vigência das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, mas anterior ao Novo Código de Processo Civil de 2015.

Efetivamente, no julgamento, a maioria dos ministros entendeu que, ainda após a vigência das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, seria necessária a intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer.

Vale salientar que os Ministros Humberto Martins, Nancy Andrichi e Herman Benjamin já defendiam a desnecessidade da intimação pessoal do devedor após a vigência das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006 (antes do NCPC), as quais teriam tido por objetivo unificar os procedimentos de cumprimento de sentença de obrigação de pagar e obrigação de fazer.

Para corroborar a desnecessidade de intimação pessoal do devedor após as Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, ainda que não estivessem analisando um caso posterior ao advento do CPC/2015, os Ministros Humberto Martins, Nancy Andrichi e Herman Benjamin ressaltaram que o NCPC, em seu artigo 513, criou um tratamento geral para o cumprimento de sentença, o qual se aplicaria tanto ao cumprimento de obrigação de pagar quantia como ao cumprimento de obrigação de fazer. E nesse artigo 513, fala-se que o devedor será intimado na pessoa do advogado.

Não obstante isso, a maioria dos ministros da Corte Especial acompanhou o voto de divergência do Ministro Luis Felipe Salomão.

Em seu voto, especificamente na parte final da página 13 (lembrando que a discussão era a respeito da aplicabilidade ou não da Súmula 410 antes das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, mas antes do CPC/2015), o ministro concluiu o seguinte:

Mesmo após a vigência do novo Código de Processo Civil, a doutrina, ao comentar sobre a execução das obrigações de fazer ou de não fazer, mais especificamente sobre o termo inicial de incidência da multa, acata o enunciado sumular em tela, sendo forçoso concluir, portanto, pela necessidade de intimação pessoal do executado antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006:

Na realidade, a multa passa a incidir desde o momento que vencer o prazo de cumprimento voluntário da obrigação, mas desde a citação do executado já funcionará como forma de pressão psicológica. Nos termos de entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça «a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer» (Súmula 410/STJ). (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado artigo por artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p.1.285).

Ocorre que o ministro sequer mencionou o artigo 513, §2º, inciso I, do NCPC.

Ora, o artigo 513, §2º, I, do NCPC dispõe que:

“Art. 513. (...)

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:

I - pelo Diário da Justiça, **na pessoa de seu advogado constituído nos autos**” (grifo nosso).

Conforme já dito, o artigo 513, §2º, I, do NCPC está inserido no capítulo das disposições gerais sobre o cumprimento de sentença, o qual se aplica a todas as espécies de cumprimento de sentença.

Aliás, em que pese o ministro tenha citado o professor Daniel Assumpção em seu voto, não é esse o posicionamento atual do doutrinador, tendo em vista o seu entendimento exposto em edição mais recente de seu Manual de Processo Civil, conforme trecho abaixo transcrito:

#### 47.5.7. TERMO INICIAL DA MULTA E INTIMAÇÃO DO DEVEDOR

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça vinha tratando de modo diferente a forma de intimação no cumprimento de sentença a depender da espécie de obrigação exequenda. Sendo de pagar quantia certa,

a intimação se dava em regra na pessoa do advogado, mas no caso de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, a intimação deveria ser necessariamente pessoal.

Esse tratamento diferenciado parece não se sustentar mais diante do art. 513, § 2º, do Novo CPC, que ao prever as diferentes formas de intimação do devedor não discrimina a espécie de obrigação exequenda, permitindo a conclusão de que em qualquer delas deve ser aplicado o dispositivo legal ora comentado. (NEVES, 2017, p. 1202).

Não são diferentes as lições do professor Fredie Didier, que também defende a desnecessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento de obrigação de fazer na vigência do NCPC, conforme se extrai de trecho do seu livro:

O CPC-2015 resolveu as polêmicas que surgiram ao tempo do CPC- 1973 em torno do modo como essa intimação vai realizar-se. Além disso, o CPC-2015 esclareceu que essa intimação deverá ocorrer no cumprimento de sentença para efetivar qualquer prestação (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia). O § 2º do art. 513 do CPC regula o assunto: o devedor será intimado para cumprir a sentença. No inciso 1º do § 2º do art. 513, estabelece-se a regra geral de intimação do devedor: pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos. Assim, até mesmo na execução da multa (art. 537, CPC), o devedor terá de ser intimado e poderá sê-lo na pessoa do seu advogado, sem necessidade de intimação pessoal. Com isso, fica superado, nessa parte, o enunciado 410 do STJ5, que, embora impusesse a intimação do devedor, o que está de acordo com o CPC-2015, determinava que ela fosse necessariamente pessoal, o que contraria o novo Código (DIDIER JR.; et al, 2017, p. 465).

Por tudo que fora exposto, podemos observar um aparente equívoco na conclusão feita pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Divergência em Resp de Nº 1.360.577, sendo correto afirmar que, nos cumprimentos de

sentença de obrigação de fazer após a vigência do NCPC, deve prevalecer o artigo 513, §2º, inciso I, do NCPC, que estipula que “o devedor será intimado para cumprir a sentença pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos”, dispensando a intimação pessoal do devedor e afastando a aplicação da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se desenvolver um tema de suma relevância no cumprimento de sentença e que sempre afligiu todos os atuantes do processo. A discussão a respeito da necessidade ou desnecessidade de intimação pessoal do devedor para a aplicação de multa por descumprimento perdurou ao longo de muitos anos, ainda que com a edição da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, consolidou-se o entendimento de que “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (Súmula 410 do STJ).

Mesmo com o entendimento sumulado, algumas Turmas do Superior Tribunal de Justiça chegaram a decidir em sentido contrário, ainda na vigência do CPC/73, ou seja, de que seria desnecessária a intimação pessoal do devedor para o cumprimento de sentença.

Não obstante isso, o Superior Tribunal de Justiça, analisando alguns casos posteriores, ratificou o teor da referida súmula.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, parecia expressa a desnecessidade de intimação pessoal, ante a previsão do artigo 513, §2º, I, o qual, inserido em um capítulo sobre as disposições gerais do cumprimento de sentença, afirma que a “o devedor será intimado para cumprir a sentença pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos”.

Ainda que com a previsão expressa, inserida no capítulo sobre as disposições gerais do cumprimento de sentença, de que

bastaria a intimação na pessoa do advogado, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Resp de N° 1.360.577, afirmou que “é necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil”.

Não obstante o intuito protecionista que vinha sendo dado ao devedor, restou comprovado que o Superior Tribunal de Justiça partiu de uma premissa equivocada, utilizando-se de entendimento doutrinário não condizente com o atual pensamento do doutrinador citado, bem como desconsiderando a previsão legislativa do artigo 513, §2º, I do CPC/2015.

Atualmente, portanto, nos cumprimentos de sentença de obrigação de fazer, não é necessária a intimação pessoal do devedor, bastando a intimação do devedor na pessoa do seu advogado constituído nos autos, conforme dispõe o artigo 513, §2º, I do CPC/2015, estando, assim, superada a aplicabilidade da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 580

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, ebook

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1202

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*. Ano 35. n° 182. abr/2010. ed. RT. São Paulo. 2010. p. 188

# O Acordo de Não Persecução Penal

**Marcelo Oliveira da Silva**

*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em direito constitucional pela Faculdade de Coimbra. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá*

**RESUMO:** Este trabalho tem como escopo analisar o acordo de não persecução penal introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela lei n 13.964/19. Pauta-se na investigação dos seguintes problemas: o objetivo da medida despenalizadora, a competência e as nuances sobre o direito intertemporal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordo de Não Persecução Penal.

**ABSTRACT:** This work aims to analyze the agreement of non-prosecution of the criminal procedure introduced in the national legal system by law no. 13,964/19. It is based on the investigation of the following problems: the objective of the decriminalizing measure, the competence and nuances on intertemporal law.

**KEYWORDS:** Non-Criminal Prosecution Agreement.

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema de justiça criminal tem mantido um expansivo hábito comportamental de gestão empresarial, de controle financeiro e de gestão por custo/benefício, que enfatiza a economia, a eficiência e a efetividade no emprego de recursos, com “indicadores de performance”. Com o tempo, essas novas práticas afetaram não apenas a administração das instituições, mas também a sua missão.

O aspecto mais notável desse novo *ethos* empresarial foi o rápido processo de privatização e de comercialização que tomou

assento na justiça criminal. Funções específicas da justiça criminal estão sendo confiadas paulatinamente a outros setores da administração pública e a entidades privadas, afastando-se, com isso, a soberania Estatal no exercício da atividade constitucional confiada exclusivamente ao Poder Judiciário.

O acolhimento do setor privado na atividade criminal está fadado a gerar consequências desastrosas, na proporção que começa a transformar o perfil do campo do controle, estabelecendo novos interesses e incentivos, criando novas desigualdades de acesso e de provisão e facilitando um processo de expansão penal, que, de outra forma, talvez fosse mais contido.

O sistema de justiça criminal que concebia a sua missão como sendo a salvaguarda do “interesse público” – de maneira amplamente definida pelas próprias organizações – sempre foi mais reativo com o agir para atender suas preferências.

As instituições, por imposições legiferantes e para atender o clamor público ditado pelos veículos de comunicação social, redefiniram sua missão para servir aos “consumidores” privados.

A exemplo de outras organizações do setor público, as burocracias do sistema de justiça criminal foram obrigadas a atender aos interesses dos consumidores individuais, e menos seguras quanto ao que constitui o interesse público.

Não podemos perder de norte, jamais, que o sistema de Justiça Criminal tem como pressuposição a regeneração do criminoso e a sua reinserção social e, por via transversa, atender aos interesses da vítima e da sociedade.

Vale a descrição do princípio básico das Regras de Mandela:

*Regra 4 1. “Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis. 4 2. **Para***

*esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos”.*

Porém, em face das altas taxas de criminalidade e da sobrecarga de trabalho de todo o sistema de justiça criminal, além do reconhecimento pelo Estado de sua incapacidade em dar conta das questões atreladas à segurança pública, começou-se a limitar as demandas impostas a si por intermédio de vários mecanismos que efetivamente “restringem a criminalização”.

O efeito redutor de acesso ao sistema de justiça criminal é alcançado, seja pela filtragem das ocorrências e dos casos feitos fora do sistema, seja pela diminuição do grau de criminalização e punição de certas condutas.

Essa adaptação estratégica só é possível pela coincidência das preocupações com contenção de gastos com uma percepção criminológica que via a criminalização de pequenos delitos como algo necessariamente estigmatizante e contraproducente.

O emprego de vias alternativas à acusação formal, penalidades fixadas por atos negociais, audiências sumárias para delitos até então submetidos a processo integral, a descriminalização de condutas que antes eram rotineiramente levadas à justiça criminal - todas essas medidas geraram o efeito prático de restringir a criminalização e dotar o sistema de justiça criminal de economicidade, criando uma seletividade para o seu poder punitivo.

Dentre as vias alternativas à acusação formal estão as medidas despenalizadoras e, por via de consequência, o acordo de não persecução de penal.

## 2. NATUREZA JURÍDICA

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) deve ser considerado como um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, a fim de se atingir um fim consensual, de modo a otimizar o sistema de justiça criminal com restrição da criminalização, por ser a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Não deve ser entendido com um direito subjetivo do suposto autor do fato, mas um benefício legal, sendo certo que o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, desde que presentes os requisitos legais, deverá oferecer a proposta. Porém o Ministério Público detém o poder discricionário de não fazê-lo, desde que motivado o seu posicionamento na análise da necessidade e suficiência do ANPP para reprovação e prevenção do crime.

Restará ao juiz, em seu juízo fiscalizatório da atividade do Ministério Público, encaminhar a manifestação para o crivo final da instância de revisão ministerial.

O STF se posicionou sobre o tema em relação à suspensão condicional do processo: *“Suspensão condicional do processo. Poder-dever do Ministério Público, e não direito subjetivo do réu. Fundamentação idônea para a não suspensão. A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu. (...) Foram apresentados elementos concretos idôneos para motivar a negativa de suspensão condicional do processo. RHC 115.997, rel. min. Cármen Lúcia, j. 12-11-2013, 2ª T, DJE de 20-11-2013. HC 84.935, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 31-5-2005, 2ª T, DJ de 21-10-2005”*.

O STF entendeu ser inadmissível o instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo nos crimes com ação penal de iniciativa privada – queixa-crime. Penso que esse posicionamento deva ser mantido para o acordo de não persecução penal pelas mesmas razões apresentadas.

*“(...) na linha do que aplicável à suspensão condicional do processo, no sentido de que “prevalece na jurisprudência a impertinência à ação penal privada do instituto da suspensão condicional do processo” (HC 83.412/GO, Primeira Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence, julga-*

do em 3-8-2004), filio-me ao entendimento de que também não é possível o oferecimento da transação penal pelo representante do Ministério Público, que atua na presente ação penal privada tão somente na condição de *custus legis*. (...) De fato, na ação penal de iniciativa privada “não há suspensão condicional do processo, uma vez que já prevê meios de encerramento da persecução criminal pela renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão, retratação etc.”, como ensina Damásio de Jesus (*Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 11. ed. Saraiva, 2009, p. 119). O mesmo se dá quanto à transação penal, porque não é o querelante detentor do *jus puniendi* estatal. AP 642, rel. min. Dias Toffoli, dec. monocrática, j. 23-3-2012, DJE de 28-3-2012”.

Segundo Francisco Dirceu de Barros, trata-se de medida que tem como principal objetivo proporcionar efetividade, elidir a capacidade de burocratização processual, proporcionar despenalização, celeridade na resposta estatal e a satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acordante ou acusado.

A lei n. 13.964/19 inseriu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) através da introdução no CPP do art. 28-A, inspirado no *plea bargaining* norte-americano e em institutos europeus semelhantes, salientando, entretanto, diferenças expressivas entre os institutos. O acordo de não persecução penal somente poderá vir a ser realizado anteriormente ao oferecimento da denúncia.

Com essa afirmação, entendo que, na hipótese de desclassificação da imputação delitiva na sentença para um crime passível de concessão do ANPP, sem que tenha ocorrido a confissão quanto ao crime menos grave no interrogatório e sem que haja pedido da defesa nesse sentido, **operar-se-á a preclusão**, devendo o juiz julgar a pretensão punitiva com a fixação da pena ao crime correspondente à desclassificação.

O STF se posicionou nesse sentido em relação ao *sursis* processual: (...) a alegação de errônea capitulação jurídica dada aos fatos, que teria obstado a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo: inércia da defesa em suscitar a ausência da proposta do benefício, que gerou preclusão. A análise do alegado erro na classificação jurídica contida na denúncia depende, no *habeas corpus*, que do equívoco advenha

*efetivo prejuízo ao paciente. No caso, o benefício, de qualquer modo, não poderia ser concedido ao paciente: a ausência de proposta de suspensão condicional do processo constitui nulidade relativa que precluiu, à falta de protesto oportuno da defesa. HC 88.156, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 29-8-2006, 1ª T, DJ de 15-9-2006. HC 106.003, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 5-4-2011, 1ª T, DJE de 7-6-2011. RHC 101.358, rel. min. Ellen Gracie, j. 24-8-2010, 2ª T, DJE de 10-9-2010.*

O mesmo entendimento ficou explanado nos julgados do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao *sursis* processual previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, ao entender que: “o inconformismo com a ausência de propositura do benefício deve ser alegado antes da prolação da sentença condenatória, sob pena de operar-se os efeitos preclusivos. Precedentes.” (AgRg no REsp 1.503.569/MS, j. 04/12/2018)”.

Com o acordo de não persecução penal, estamos diante da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal esculpido pela norma infraconstitucional no do art. 28 do CPP (STF, RE 795.567/PR), nos moldes da transação penal prevista no art. 76 da Lei n 9.099/95, e não uma exceção ao princípio. Portanto, o princípio da obrigatoriedade deve ser interpretado como um verdadeiro poder-dever de agir do Ministério Público, previsto dentre suas funções institucionais no art. 129, inciso I, da Constituição da República, seja com o oferecimento da denúncia (visão clássica e tradicional do processo penal), seja com a celebração de acordos na esfera penal.

O acordo de não persecução penal, na verdade, tem como escopo a aplicação e efetividade dos princípios constitucionais da eficiência (CF art. 37, *caput*); da proporcionalidade (CF, art. 5, LIV); da celeridade (CF, art. 5, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI E VII).

Nesse diapasão, Barja de Quiroga afirma que o “princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância que impedem que o sistema penal se ocupe de

assuntos mais graves; e em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade, entendido em sentido estrito (excludente da oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista da pena”. Além disso, o princípio da oportunidade decorre, também, do princípio da *ultima ratio* - da mínima intervenção.

Anteriormente à edição da Lei n. 13.964/19, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou, por meio da Resolução n. 181 de 2017, em seu art. 18, o instituto que possibilita ao Ministério Público celebrar acordo de não persecução penal quando o crime for cominado pela pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Antes de seguir adiante em busca da proposição do texto, vale o parêntese para, na qualidade de juiz titular de um juízo criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, estado da federação com índices de criminalidade alarmantes, afirmar que jamais tive a oportunidade de homologar acordo de não persecução penal, talvez pela existência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.793 e n. 5790, propostas, respectivamente, pelo Conselho Federal da OAB e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), junto ao STF, ambas da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de julgamento do pedido liminar, ou mesmo por conta da existência de preceito constitucional da obrigatoriedade em sua acepção literal em relação à ação penal pelo Ministério Público.

Por consequência, e com base em dados empíricos, mesmo após a edição da Lei n. 13.964/19, acredito que o acordo de não persecução penal se prestará muito mais para teses doutrinárias infundáveis do que como mecanismo de otimização da justiça criminal com a redução da criminalidade e ressocialização do infrator.

São muitas condições exigidas pela norma para a celebração do negócio jurídico pré-processual. A confissão prévia será quase um obstáculo intransponível, pois qual será a garantia para o infrator de que o acordo de não persecução penal será homologado judicialmente? Grandes dificuldades instrumentais

se imporão, principalmente por não haver uma cultura, dentro do sistema de justiça criminal, de operacionalização de acordos extrajudiciais, a fim de evitar a deflagração da ação penal.

Há uma preocupação cada vez mais latente com a vítima e com os sistemas de controle de combate ao crime, em especial pelos veículos de comunicação social, cujas mídias pautam a atuação da justiça criminal com base na sedimentação e valorização da cultura do medo, a explorar midiaticamente o caso concreto, as dores da vítima e de seus familiares, com a exigência de uma resposta à altura, com aplicação de penas de privação da liberdade.

Na defesa do contexto de contenção de gastos dentro de uma percepção criminológica que vê a criminalização de pequenos delitos como algo contraproducente, a conclusão pela necessidade da elaboração de um sistema pautado em acordos civis e transações penais formulados fora do âmbito da justiça criminal é tão amplamente aceita, que há autores, como Rosa e Lopes Junior, que afirmam: *“Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais.*

Nesse sentido, o autor Rodrigo Leite Ferreira Cabral sustenta que: *“O referido acordo pretende dar maior racionalidade ao nosso sistema penal. Ele permite que o Ministério Público e Poder Judiciário possam dispensar maior atenção e celeridade aos crimes mais graves. Por outro lado, possibilita uma resposta muito mais rápida aos crimes de pouca gravidade, o que pode ocorrer, inclusive, poucos dias após o crime. Tal proposta segue o exemplo de países como os Estados Unidos e a Alemanha, em que a maioria esmagadora dos casos penais são resolvidos por meio de acordo.”*

### **3. REQUISITOS PARA A OFERTA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Os requisitos estão esculpidos no *caput* do art. 28-A do CPP, com redação introduzida pela Lei n 13.964/19. O investigado

deverá ter confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal ao longo da persecução penal e anteriormente ao oferecimento da denúncia, desde que a infração penal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima cominada inferior a 4 anos, considerando-se, para tanto, a incidência das causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto.

A violência empregada na prática da infração penal deve ser contra a pessoa e não contra o bem perseguido, como na hipótese de furto qualificado pela destruição de obstáculo, além de ter sido praticada intencionalmente para atingir o fim colimado com o delito, permitindo, assim, o emprego do instituto no caso de homicídio ou lesão corporal culposa.

O indiciado deverá reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena cominada ao delito, diminuída de 1/3 a 2/3, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-lei n. 2.848/40.

Mesmo que o investigado não tenha confessado ao longo da investigação criminal, seja porque negou, seja porque simplesmente não compareceu ao órgão investigatório, cabe notificação específica pelo Ministério Público, a fim de iniciar a negociação do ANPP, com a indispensável confissão formal e circunstanciada, agora perante o *parquet* (art. 4º da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP 20/20).

Na hipótese de conexão ou continência (art. 76 e art. 77 do CPP), sendo um dos crimes perpetrados com violência ou grave ameaça, e desde que o somatório esteja dentro do patamar imposto por lei, ou seja, com pena mínima inferior a 04 anos, entendo que os crimes devem ser tratados isoladamente e para cada agente individualmente, como previsto para o instituto da prescrição no art. 119 do Código Penal, por ser mais favorável ao infrator.

Porém vale lembrar a jurisprudência do STJ (RHC 84.633/RJ) quando houver conexão ou continência com infração de menor potencial ofensivo, cujo entendimento afasta os benefícios da Lei n 9.099/95, caso a soma das penas máximas ultrapasse 2 anos (art. 61 da aludida lei), mas, não afastará o acordo de não persecução penal, por contemplar a pena mínima inferior a 4 anos.

Por fim, as condições negociadas no acordo de não persecução penal precisam se revelar suficientes e necessárias para reprobção e prevenção do crime.

Trata-se de expressão subjetiva que delimita o poder discricionário de atuação do Ministério Público no exercício da obrigatoriedade da ação penal e demandará, indiscutivelmente, contornos mais explícitos baseados no caso concreto e não na gravidade abstrata em si do delito. Caso o Ministério Público recuse a oferta quando o investigado preenche os requisitos objetivos do *caput* do art. 28-A do CPP, caberá a notificação do infrator para fins de incidência do § 14º do dispositivo legal, com a possibilidade de requerimento da remessa dos autos ao órgão superior ministerial.

Caberá, por fim, ao Poder Judiciário exercer o controle fiscalizatório sobre a atuação do membro do Ministério Público e, em caso de discordância, seja para homologação, seja para o recebimento da denúncia em hipóteses em que caberia o acordo, remeter os autos à apreciação da instância revisora do Ministério Público.

#### 4. INAPLICABILIDADE

Não é cabível o acordo de não persecução penal se for possível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; se tiver sido o agente beneficiado nos 05 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, e nos crimes praticados no âmbito de violência do-

méstica ou familiar, ou praticados contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

Sobre os delitos que envolvam violência de gênero, não é concebível tratar com maior rigor conduta menos gravosa, ao permitir a oferta do acordo de não persecução penal nos crimes de porte ilegal de arma de uso restrito ou proibido, por exemplo, e vedá-la para o crime de ameaça (art. 147 do CP), ainda que praticado no âmbito doméstico ou familiar contra mulher, por razões da condição do gênero feminino.

A vedação afronta a *mens legis* e fere o princípio da razoabilidade, haja vista não ter sido o crime praticado com violência ou ameaça grave. Ao que parece, na hipótese de crime de ameaça ter sido praticado contra a mulher no ambiente familiar por sua condição de gênero feminino, deve prevalecer o entendimento de admissibilidade de oferta do acordo de não persecução penal.

## 5. COMPETÊNCIA

Na hipótese em que o acordo de não persecução penal venha a ser celebrado no curso do inquérito policial proposto pelo órgão do Ministério Público com atribuição junto às Promotorias de Investigação Penal (PIP), o termo deverá ser remetido ao juízo com competência estipulada para o juiz das garantias, nos termos do art. 3º-B, inciso XVII, acrescido pela Lei n. 13.964/19, caso venha a ser restabelecida a eficácia da norma pelo plenário do STF no curso na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF.

O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais do infrator, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Assim, até que a eficácia não seja restabelecida, com o reconhecimento da constitucionalidade ou não da lei pelo STF, o termo do acordo deverá ser homologado pelo juízo competente para processo e julgamento da ação penal correspondente.

Já na hipótese de ter sido requerida, no bojo da persecução penal, medida cautelar antecipatória para apuração das cir-

cunståncias fáticas do delito, ou de indícios de autoria, o juízo competente para a homologação do acordo será aquele que decidiu a medida cautelar. Porém, caso haja o restabelecimento da eficácia do juiz das garantias, será ele o juízo competente. Apenas enquanto se mantiver a suspensão da eficácia da norma, será competente o juízo prevento que decidiu no bojo da medida cautelar.

Já na hipótese de a infração ter sido objeto de lavratura do auto de prisão em flagrante - APF -, a proposta de acordo a ser ofertada pelo Ministério Público deverá se operar no curso da audiência de custódia, na presença do indiciado e de seu defensor, devendo o termo ser homologado pelo juiz que preside a audiência de custódia, nos termos do art. 310 do CPP.

Caberá ao juiz da custódia homologar o acordo, ou não, e aferir a regularidade da proposta, por ser competente para aferição da legalidade e legitimidade da lavratura da prisão flagrancial e para manutenção, ou não, da prisão preventiva do indiciado. Ou seja, a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva passará necessariamente pela impossibilidade de celebração do acordo de não persecução penal.

Não há que se falar em ofensa ao princípio do juiz natural, consagrado no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, cujo preceito constitucional determina que, no processo penal, o julgador a atuar em determinado feito deve ser aquele previamente estipulado por lei ou pela Constituição Federal.

Para confluência da norma processual que estipula a competência do juiz da custódia (art. 310 do CPP), com o preceito constitucional do juiz natural, a fim de estipular o juízo competente para homologação do acordo de não persecução penal na hipótese da sua oblação após a lavratura do auto de prisão em flagrante, devemos levar em consideração a regra de competência da *perpetuatio jurisdictionis*, fazendo com que o juiz natural somente se torne prevento para processo e julgamento da ação penal com o recebimento da denúncia e determinação da citação a fim de constituir a relação processual.

Assim sendo, como o acordo de não persecução penal se opera antes do recebimento da denúncia, nada obsta que o juiz responsável pela audiência de custódia presida a audiência para homologação do acordo de não persecução penal, na presença do Ministério Público, do indiciado e seu defensor.

Além do que, com alicerce no princípio da otimização processual e da efetividade, caberá ao juiz da custódia, que primeiro terá acesso à análise da regularidade e legitimidade da situação flagrancial, presidir a audiência de homologação do acordo de não persecução penal, inclusive para verificar a voluntariedade da confissão formal.

Nada obsta, também, que a autoridade policial, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, além de conceder ao flagrantado a possibilidade constitucional de permanecer em silêncio, esclarecendo que o seu silêncio não terá o condão de prejudicá-lo, deverá esclarecê-lo que a sua confissão voluntária em crimes sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 04 anos, poderá resultar em acordo de não persecução penal, que, caso seja homologado judicialmente e haja o cumprimento de todas condições entabuladas no negócio jurídico pré-processual, importará na extinção da punibilidade do fato.

## 6. DIREITO INTERTEMPORAL

Os tratadistas sobre direito intertemporal, CARLOS MAXIMILIANO e ROUBIER, ensinam que toda norma de processo obedece ao princípio geral do efeito imediato.

Segundo a regra inserida no art. 2º, do Código de Processo Penal (Dec.-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1.941), está consagrado, no direito brasileiro, o princípio da vigência imediata das leis processuais penais. Se esse é o fundamento legal, a razão ontológica encontra-se no fato de tratar-se de norma de direito público, tanto do direito processual penal, como do direito penal, que não se pode realizar senão através do processo.

Essa razão, entretanto, já dividiu a doutrina e a jurisprudência em posições divergentes, fazendo com que uns sustentem

a irretroatividade da norma processual penal, enquanto outros sustentem sua retroatividade.

Tudo depende da perspectiva com que encaremos o tema. Se a visão for do processo como um conjunto unitário, sem nenhuma dúvida, inclinar-me-ei a considerar que a lei penal que deve ser aplicada e a lei processual que efetivará a realização dessa norma penal aplicável constituem um todo que deve se manter idêntico desde a época do evento definido como delituoso.

Essa perspectiva, conhecida como “sistema da unidade processual”, coloca como referência a data do fato delituoso. Seus seguidores entendem que o processo é algo inseparável, incidível, destinando-se todos os atos processuais à realização do direito penal material e, por isso, deve aplicar-se a lei penal e a lei processual então vigente até o julgamento final.

Dentro dessa perspectiva, o processo deveria regular-se todo pela lei revogada. Em decorrência dessa postura, a aplicação da norma processual nova a um processo em andamento ou a um processo a ser instaurado em virtude de evento ocorrido antes de sua vigência significará aplicação retroativa da lei processual. Nessa linha de raciocínio, o processo deve ser regulado todo pela lei revogada, que gozaria assim de ultratividade até o seu término, sob pena de nulidade.

Porém, se a visão for de que a norma processual penal não tem como destinatário o fato delituoso, mas a relação jurídico-processual, a aplicação da lei processual penal nova pode ser imediata, sem que se possa falar em aplicação retroativa, pois uma coisa é a relação jurídica de direito material penal, que desencadeia um ato punível e que, pelo princípio da reserva legal, tem de estar previamente tipificado, enquanto outra é a relação jurídica processual, objeto de incidência das normas processuais penais. Nessa perspectiva, abrem-se duas possibilidades:

a) A primeira possibilidade parte da consideração de que o processo tem fases distintas e autônomas, hipótese em que se admite a incidência da lei processual nova às fases processuais que se iniciarem sob seu império, regendo-se as anteriores inteiramente pela lei revogada.

ramente pela lei revogada. Trata-se do “sistema das fases processuais”, segundo o qual a lei nova não se aplicaria enquanto não se concluisse a fase em que se encontra o processo que continuará regulado pela lei velha, considerando-se basicamente a fase postulatória, a fase probatória, a fase decisória e a fase recursal.

b) A segunda possibilidade, sem ignorar as fases processuais, considera que o processo constitui-se de uma sucessão de atos legalmente regulados e raciocina com a suposição de que a lei nova deve ser melhor do que a anterior, inclusive ao assegurar com mais eficiência os direitos do acusado. Nesses termos, aplicar-se-á a lei velha ao ato processual em desdobramento, mas a lei nova, aos atos processuais posteriores, independentemente da fase em que se encontrar. Trata-se do “sistema do isolamento dos atos processuais”, segundo o qual não há que se falar nem em retroatividade nem em irretroatividade, mas em aplicação imediata da lei processual penal. Por isso é correto o entendimento de que as leis processuais penais novas têm eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual já definitivamente cumprida dentro do processo nem as situações jurídico-processuais já adquiridas.

São consequências do princípio da aplicação imediata:

a) os atos realizados sob uma lei conservam sua validade e eficácia sob a vigência da lei nova, em decorrência da não retroatividade desta;

b) a imediata aplicação da lei nova impõe que os atos a serem praticados após a sua vigência regulem-se por ela.

Consequentemente, vigente a nova lei processual, aplicar-se-á imediatamente a todos os processos em andamento, bem como aos que se iniciem, sem qualquer preocupação com a data do evento delituoso tratado no respectivo processo, atendendo-se ao princípio *tempus regit actum*, tendo a aplicação imediata como referência não a data do delito, mas a data da prática do ato processual.

Princípio da benignidade ou de garantia.

Para dirimir as dúvidas que possam ser suscitadas quando da vigência de normas processuais novas, costumam-se editar normas

de transição, regulando a aplicação das novas regras. Entretanto, quando não existe disposição sobre o direito transitório, indaga-se se a nova lei processual penal pode ou não ter aplicação retroativa.

A lei processual penal nova, por regular os atos e atividades processuais, tem eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual definitivamente cumprida no processo, nem a situação processual já adquirida. Não se ocupa, como sabido, do direito de punir. Todavia, pode criar situações novas ou modificar as situações e condições existentes, de modo a malferir direitos fundamentais do processado.

A partir dessa realidade, formam-se, também, grupos antagônicos. Uns sustentam a aplicação imediata em qualquer circunstância; outros reconhecem que há normas que podem ser gravosas ao processado, passando a investigar o real conteúdo da norma processual. Ao constatar a criação de um *status* mais gravoso para o processado, advoga-se, então, a aplicação *ultra-ativa* da lei velha, por ser mais favorável. Contrariamente, se a lei nova for mais benéfica, aceita-se sua aplicação imediata, embora denominando-a como aplicação retroativa.

A primeira corrente contesta a aplicação, em matéria de lei processual penal, do conceito penal de lei mais branda e favorável ao réu, nas hipóteses de direito intertemporal. Se o acusado está inocente, a lei nova, ao que se presume, deve oferecer-lhe amplas garantias para defender-se cabalmente; se o acusado não é inocente, não se concebe que possa invocar direitos adquiridos contra a sociedade, postulando aplicação de uma lei que lhe permita escapar à repressão.

A segunda corrente, entretanto, advoga a retroatividade da lei processual penal fundamentando-se exatamente no critério penalístico da lei mais benigna. Por isso fala-se de aplicação da lei processual penal nova somente se suas prescrições forem mais favoráveis ao acusado ou à sua defesa. Caso contrário, deve ser aplicada a lei anterior aos processos pendentes ou a iniciar-se por fatos cometidos antes da vigência da nova lei, ou seja, será aplicada a lei nova sempre que a anterior não seja mais benigna.

Por esse princípio da benignidade, compreendido do ponto de vista processual penal, devem ser extraídas algumas situações em que direitos fundamentais do acusado ou prejudiciais à sua defesa sejam maltratados pela lei processual nova. Nesse caso, é recomendável reconhecer a ultratividade, ainda que parcial, da lei derogada, da mesma forma que, se mais benéfica a lei processual penal nova, deve ser aplicada desde logo.

Pensamos que isso tem muito mais a ver com as garantias constitucionais do que propriamente com o direito processual. Aliás, há longo tempo, o saudoso Professor Roberto Lyra ensinava que os preceitos jurídicos que regulam a validade da lei penal no tempo (e também no espaço e em relação às pessoas) regulam-se pelo Direito Constitucional, quando este traça os princípios básicos da nação. Quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XL, diz que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, está estabelecendo o princípio da irretroatividade das leis penais lato sensu, abrangendo as normas do direito penal, do direito processual penal e do direito executório penal.

Em princípio, portanto, tanto a lei penal quanto a lei processual penal têm aplicação imediata e não retroativa. Aquela retroagirá, se mais benéfica; esta incidirá de imediato ou ensejará uma parcial ultratividade da lei revogada.

É por isso que não se pode deixar de considerar a inaplicabilidade *in pejus* de normas, ainda que exclusivamente processuais, o que pode ocorrer no campo das normas instrumentais-materiais.

As normas instrumentais-materiais são aquelas que tratam dos direitos, deveres, poderes e obrigações das partes. Quando, de acordo com norma instrumental-material, já há uma situação jurídico-processual constituída, a aplicação imediata da lei nova poderia colidir com a norma constitucional do art. 5º, XXXVI, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, admitindo-se, por conseguinte, um agravamento dos direitos fundamentais do processado.

Mauro Capelletti, examinando o tema, prefere reportar-se ao que chama de normas processuais de garantia e normas técnico-processuais, aduzindo que a categoria de normas de garantia não serve a objetivos conceituais, mas a objetivos de grande importância prática, como a sucessão de leis no tempo, a taxatividade ou liberdade dos meios de prova etc.

Não se pode ignorar, por outro lado, a existência de normas processuais que são híbridas ou mistas, por regularem, a um tempo, matéria processual e matéria penal.

Fala-se, por isso, em normas processuais-materiais, ou normas processuais-mistas. As normas processuais-mistas condicionam a efetivação da responsabilidade penal ou colidem diretamente com os direitos do acusado ou do recluso.

Para Taipa de Carvalho, é imperiosa, nesses casos de sucessão de leis processuais penais materiais, a adoção de uma hermenêutica teleológico-material que conduza à aplicação retroativa da lei mais favorável e da irretroatividade da lei desfavorável. Porém não há irretroatividade da lei processual penal, devendo entender-se como tal sua aplicação imediata, pois não se aplica a norma jurídica processual nova a fatos passados nem para anular os efeitos já produzidos, nem para retirar, total ou parcialmente, a eficácia dos efeitos ulteriores derivados desses fatos pretéritos.

Veja-se, por exemplo, a hipótese em que lei nova transforme o delito de ação pública em ação penal privada. É óbvio que, como norma exclusivamente processual, tem incidência imediata para os processos a se iniciarem, sendo irrelevante a época do evento delituoso. Se o processo estiver em andamento, há também aplicação imediata – e não retroativa –, retirando do Ministério Público a legitimidade para prosseguir no processo, salvo como *custos legis*, devendo o ofendido, ou quem o represente, assumir tal posição, submetido, desde então, às regras processuais e penais específicas da ação penal privada, tal como, por exemplo, a perempção.

É natural que nesses casos se edite norma transitória concedendo prazo para que o ofendido assumira a titularidade da

ação. Não se trata de efeito retroativo, pois não há necessidade de oferecer queixa-crime, permanecendo válidos a denúncia e os atos processuais que os seguiram até a vigência da lei nova.

## 7. SUGESTÕES DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS APARENTES

Normalmente, quando surgem leis processuais penais novas que possam gerar conflitos intertemporais graves, o legislador costuma traçar normas transitórias para regular a aplicação das leis. O exemplo mais marcante encontra-se na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (decreto-lei n.º 3.931, de 11.12.41).

Hipótese mais recente encontramos na Lei n.º 9.099/95, sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em especial no que pertine aos seus artigos 88 a 91.

Em princípio, a leitura apressada do artigo 90 da Lei n 9099/95 levaria à conclusão de que as normas do referido diploma legal somente teriam aplicação aos processos cuja instrução ainda não tivesse iniciado. Ocorre, entretanto, que a referida lei tem normas de direito material ou, no mínimo, normas processuais-materiais, ou processuais-mistas, como resulta indubioso da apreciação do art. 74, parágrafo único (composição civil dos danos), art. 76 (transação), art. 85 (conversão da pena de multa em pena restritiva de direitos), art. 88 (representação nos crimes de lesão corporal leve dolosa e lesão corporal culposa) e art. 91 (representação especial). Consequentemente, são normas que se submetem ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica e da aplicação imediata da nova lei processual.

O art. 90 da Lei n 9.099/1995 determina que as disposições da Lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL,

da CF. Interpretação conforme o art. 90 da Lei n. 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei. Nesse sentido, a ADIN n. 1.719, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 18-6-2007, P, DJ de 3-8-2007.

O saudoso Professor José Frederico Marques, ao examinar como se há de proceder em casos semelhantes, depois de consignar que já sustentara “que as leis e os textos sobre a ação penal têm caráter processual e, portanto, não há falar em normas que beneficiam o réu, *lois plus douce*, que devam retroagir em prol do acusado ou do indiciado”, reconsiderou sua convicção.

Pode ser trazido à colação, a fim de ajudar na questão de direito intertemporal a envolver o acordo de não persecução penal, o que se sedimentou em torno do artigo 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe deu a Lei n.º 9.271, de 17 de junho de 1996.

Trata-se de regra de caráter misto, com um comando processual – suspensão do processo – e um comando de evidente natureza penal – suspensão do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Para uns, é impossível a cisão, separando o que se refere à norma processual e à norma penal, pois trata-se de um todo orgânico constituído por regra de direito penal (suspensão da prescrição), mais gravosa para o réu, e por isso submetendo-se ao princípio da irretroatividade, e regra de direito processual penal (suspensão do processo), indissociáveis e, portanto, sendo inaplicável, no seu todo, senão aos fatos delituosos posteriores à data da vigência da lei nova, em 17.06.1996.

Para outros, aplica-se desde logo a regra da suspensão do processo no caso de não atendimento à citação inicial. Consequentemente, os processos que se encontram em andamento, seja em que fase for, em que o réu foi citado por edital e não compareceu ao interrogatório nem constituiu defensor, devem ser suspensos, mas a suspensão do prazo da prescrição da pretensão punitiva só deve atingir os fatos incriminados posteriores a 17.06.1996, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988.

Ante a explicitação dos posicionamentos doutrinários, vale a transcrição de julgados que sedimentam a indissociabilidade da lei que alterou o art. 366 do CPP.

*Impossibilidade de aplicação fracionada do art. 366 do CPP, na redação dada pela Lei 9.271/1996, pois, muito embora o dispositivo tenha, também, conteúdo processual, sobressai a sua feição de direito penal material. Além disso, por se tratar de dispositivo que, em geral, agrava a situação dos réus, não pode ser aplicado retroativamente à edição da lei nova. HC 92.615, rel. min. Menezes Direito, j. 13-11-2007, 1ª T, DJE de 14-12-2007. RHC 105.730, rel. min. Teori Zavascki, j. 22-4-2014, 2ª T, DJE de 8-5-2014.*

*Citação por edital e revelia. Lei nº 9.271/1996: aplicação no tempo. Firme, na jurisprudência do Tribunal, que a suspensão do processo e a suspensão do curso da prescrição são incindíveis no contexto do novo art. 366 do CPP (cf. Lei 9.271/1996), de tal modo que a impossibilidade de aplicar-se retroativamente a relativa à prescrição, por seu caráter penal, impede a aplicação imediata da outra, malgrado o seu caráter processual, aos feitos em curso quando do advento da lei nova. [HC 83.864, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 20-4-2004, 1ª T, DJ de 21-5-2004.*

Partindo de tais premissas, é fundamental reconhecer a natureza híbrida ou mista da lei n.º 13.964/2019 ao introduzir o instituto do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico, considerando que seu eventual cumprimento implica na extinção da punibilidade (§ 13º) e, *ipso facto*, deve prevalecer sua característica penal (STF, RHC 115.563/MT), com a obrigatoria retroatividade para beneficiar o réu (5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Porém somente para atingir os fatos ilícitos que tenham ocorrido antes da vigência da lei, e quando ainda não tenha sido recebida a peça deflagradora da ação penal (caráter proeminentemente instrumental).

A retroatividade da norma não pode afetar ato jurídico perfeito. A congruência dos preceitos fundamentais permitirá que a lei processual retroaja para atingir fatos delituosos anteriores à vigência da lei, porém, desde que não tenha havido o recebimento da denúncia com a deflagração da ação penal.

Apesar de não ter qualquer efeito vinculativo, pode servir de norte o enunciado n.º 20 do CNPG – Conselho Nacional de Procuradores Gerais – ao proclamar que o ANPP abarca as investigações e os processos em curso até o recebimento da denúncia, mesmo que o fato ilícito imputado ao denunciado seja anterior à vigência da lei.

A *mens legis* da regra contida no art. 28-A do CPP, ao prescrever a expressão “investigado”, deixa clara a possibilidade de oferta do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público tão somente até o recebimento da denúncia, admitindo-se a retroatividade da lei para abarcar fatos ilícitos ocorridos antes da sua vigência, desde que não recebida a denúncia, pois, a partir de então, com a constituição da relação processual, o autor do fato ganha o *status* de acusado, e não de investigado, como expressamente previsto na norma.

Pode-se concluir, então, que o termo final para proposta do acordo de não persecução penal será sempre o recebimento da denúncia, mesmo diante de fatos ilícitos ocorridos antes da vigência da lei, como forma de apaziguar o conflito aparente de direito intertemporal perante um norma híbrida de caráter penal e processual, inclusive para atender aos preceitos constitucionais da retroatividade da lei penal mais benigna e da necessidade de se observar o ato jurídico perfeito e acabado.

Caberá ao juiz velar pela observância do poder-dever do Ministério Público de ofertar a proposta de não persecução penal aos fatos pretéritos à vigência da lei, desde que ainda não recebida a denúncia (*tempus regit actum*), além, é claro, das hipóteses pertinentes a fatos criminosos ocorridos após a vigência da Lei n.º 13.964/19.

Esse é o entendimento explanado no art. 1º e parágrafo único da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP/RJ N.º 20, de 23 de janeiro de 2020, ao disciplinar que:

*“Art. 1º - Ao receber o inquérito policial, o auto de prisão em flagrante ou outro procedimento investigatório, bem como quaisquer peças de informação, não sendo caso de arquivamento, o membro do Ministério Público verificará se estão*

*presentes os requisitos objetivos e subjetivos para proposição do acordo de não persecução penal previsto na lei n° 13.964/19.*

*Parágrafo único – O acordo de não persecução penal poderá ser celebrado até o recebimento da denúncia, inclusive para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n° 13.964/19, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.*

## 8. CONCLUSÃO

Os males da pena de prisão têm sido ressaltados pela doutrina com tal constância e uniformidade, que nos permite dizer, hoje em dia, que é praticamente unânime a conclusão de que a cadeia fracassou como meio de reforma do delinquente. O que se apregoa, ao contrário, é a sua nefasta influência na vida do preso, como verdadeira escola de criminosos.

Em relatório apresentado ao Colóquio de Belágio, no longínquo ano de 1975, J. E. Williams, falando em nome da Sociedade Internacional de Criminologia, disse que, em lugar de exigir a reforma das prisões, a questão é saber se a prisão pode reformar o infrator e se efetivamente o faz.

Todo o possível deve ser feito para evitar que os presos sejam realmente submetidos a um dano e piores pela experiência de estarem encarcerados. A prisão falhou em seus objetivos, de modo que o acordo de não persecução penal, por todas as razões correccionais, deve ser incrementado para que se preste como instrumento de reprovação e prevenção do crime e, principalmente, como meio alternativo à prisão para a ressocialização do criminoso.

## 9. REFERÊNCIAS

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. I, 6ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

BINDER, Alberto. Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CAPELLETTI, Mauro, La Natura Delle Norme Sulle Prove, in Scritti dedicati ad Alessandro Roseli, Milano, Giuffré, 1971.

CUNHA, J.S. Fagundes, O art. 366 do CPP e o Decreto n 678/92, Internet, JFRN.

CUNHA, Rogério Sanches; Souza, Renee do Ó; Barros, Francisco Dirceu; Cabral, Rodrigo Leite Ferreira, Acordo de não perseguição Penal. Ed Juspodivm, 2018.

GARLAND, David. A Cultura do Controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Ed. Revan.

GOMES, Luiz Flávio, Suspensão Condicional do Processo Penal, RT, 1995.

GRECO F<sup>o</sup>, Vicente, Manual de Processo Penal, Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada P. et alli, Juizados Especiais Criminais, RT, 1996.

HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, v. I, RJ, Forense, 1949.

LYRA, Roberto, Compêndio de Direito Penal, RJ, 1936.

MARQUES, José Frederico, Tratado de Direito Processual Penal, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. I.

MARTINS BATISTA, Weber e Fux, Luiz, Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal, Forense, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos, Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade da Lei, 1946.

MIRABETI, Júlio Fabrini, Processo Penal, 2<sup>a</sup> ed., S. Paulo, Atlas, 1993.

ROUBIER, Paul, Les Conflits de Lois Dans le Temps, V. 2 1933.

SANCHES, Rogério. Acordo de Não Perseguição Penal, 3<sup>a</sup> Edição, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, 4<sup>a</sup> ed., SP. Saraiva, 1991.

TORNAGHI, Hélio, Instituições de Processo Penal, Forense, v. I, 1959, 1<sup>a</sup> ed. 2<sup>o</sup> ed., Saraiva, v. I, 1977.

TOURINHO F<sup>o</sup>, Fernando da Costa, Processo Penal, Saraiva, 12<sup>a</sup> ed., v. I, 1990.

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/a-norma-processual-e-a-sucessão-de-leis-no-tempo/> Corrêa, Gilberto Niederauer, Desembargador do TJRS, aposentado, Livre Docente e Professor da ESMRS.

[https://www.conjur.com.br/Marcos\\_Paulo\\_de\\_Souza\\_Miranda](https://www.conjur.com.br/Marcos_Paulo_de_Souza_Miranda), promotor de Justiça. Especialista em Direito Ambiental, professor de Direito do Patrimônio Cultural da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais.

[https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/Sauvei\\_Lai](https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/Sauvei_Lai), Promotor de Justiça do MP/RJ, pós-graduado, professor de processo penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) e membro do grupo de trabalho da sub-relatoria revisora do projeto do novo Código de Processo Penal (CPP).

<https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>.

<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-Cnmp>/Rodrigo Leite Ferreira Cabral, texto extraído da rede social, doutor em Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, promotor de Justiça do MP-PR. Presidiu o grupo de estudos e pesquisa da Corregedoria Nacional do Ministério Público, que apresentou a proposta que redundou na edição da Resolução 181/2017-CNMP.

# Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras: Um Diálogo Possível para o Fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019

**Flávio de Araújo Willeman**

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Ex-Desembargador Eleitoral do TRE-RJ (biênio 2014/2016). Mestre em Direito. Doutorando em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF – Programa Instituições, Direitos e Negócios - PPG-DIN), Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP.*

**Resumo:** A partir da edição da Lei Federal nº 13.848, de 29 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências federais, verifica-se a oportunidade de revisitar os debates acerca do controle das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas, com vistas ao fortalecimento do dialógico institucional e da justiça administrativa.

O tema ganha relevo a partir do artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019, que expressamente admitiu o controle das agências pelos Tribunais de Contas, sendo útil, pois, destacar os limites e os contornos jurídicos da submissão dos atos regulatórios às Cortes de Controle.

Relevante ainda anotar que a Lei Federal nº 13.848/2019 inovou ao disciplinar, genericamente, nos artigos 34 e 35, a **relação jurídica regulatória cooperativa** entre as agências reguladoras federais e as agências estaduais e municipais, prevendo, inclusive, a delegação de relevantes competências, merecendo destaque para a função sancionatória. Tal circunstância desafia a análise não apenas da constitucionalidade da referida norma federal, mas também a definição da competência dos Tribunais de Contas da União ou dos Estados e Municípios para o controle externo, já que não há previsão normativa na Lei Federal nº 13.848/2019.

**Palavras-Chave:** Controle. Agências Reguladoras. Tribunal de Contas. Lei Federal nº 13.848/2019. Regulação Cooperativa.

**Abstract:** The supervenience of the Federal Law n. 13.848, edited on the 29<sup>th</sup> June, 2019, establishing rules about the administration, the organization, the process of the decision making and also about the social control of the Independent Regulatory Agencies in Brazil opens the opportunity to review the debates about the boundaries of the accountability assumed by the Courts of Accounts in the subject, in order to strengthen the bases of an institutional dialogue and the administrative justice.

The matter assumes importance specially due to the clause in Article 14 of the above mentioned statute, which expressly admits that the Regulatory Agencies are subject to the control of the Courts of Accounts, stressing, therefore, the need for setting the limits and outlines by which that control is to be exercised.

It is also important to highlight that the Federal Law n. 13.848/2019 has innovated when it establishes, generically, in Articles 34 and 35, the “cooperative regulatory relation” between the federal independent agencies and those sub-nationals ones, comprehending the delegation of relevant assignments, including the authority to impose sanctions. This circumstance challenges not only the constitutionality of the clauses, but also the competence of the Courts of Accounts to the external control, given that there is no express normative mention to it in the Federal Law n. 13.848/2019.

**Key-words:** Control. Independent Regulatory Agencies. Courts of Accounts. Federal Law 13.848/2019. Cooperative regulation.

## I – INTRODUÇÃO

Há um fato novo que justifica a análise da relação jurídica existente entre os Tribunais de Contas e as agências reguladoras: a recente edição da Lei Federal nº 13.848, de 29 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências federais<sup>1</sup>.

A novel legislação, suprimindo vácuo legislativo, determinou, em seu artigo 14, que “o controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União”. Reproduziu, no ponto, a norma do artigo 71 da Constituição da República de 1988 (CRFB/88), ao prever expressamente a atuação dos Tribunais de Contas no controle externo das agências, embora sem promover detalhamento quanto aos níveis e limites do exercício do controle, mais especificamente se alcançaria apenas atividades-meio (licitações para compras e serviços, por exemplo) ou também as atividades regulatórias finalísticas, mormente os atos de regulação executiva, normativa e judicante.

Relevante anotar, a título introdutório, que a Lei Federal nº 13.848/2019 inovou ao disciplinar, genericamente, nos artigos 34 e 35<sup>2</sup>, a *relação jurídica regulatória cooperativa* entre as agências re-

1 O artigo 2º da Lei Federal nº 13.848/2019 é explícito ao determinar sua aplicação apenas às agências reguladoras federais que enumera: “Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM)”.

2 Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º É vedada a delegação de competências normativas.

§ 2º A descentralização de que trata o caput será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições

guladoras federais e as agências estaduais e municipais, preven-  
do, inclusive, a delegação de relevantes competências, merecen-  
do destaque para função sancionatória. Tal circunstância desafia  
a análise não apenas da constitucionalidade da referida norma  
federal, mas também a definição da competência dos Tribunais  
de Contas da União ou dos Estados e Municípios para o contro-  
le externo, já que não há previsão normativa na Lei Federal nº  
13.848/2019.

Diante de tais circunstâncias, afigura-se relevante **revisitar**  
o tema do controle externo das agências reguladoras pelos Tribu-  
nais de Contas, com o intuito de abordar questões jurídicas que  
podem ser suscitadas a partir dos impactos da recente legislação  
a seu respeito.

## II - NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A natureza jurídica dos Tribunais de Contas ainda é tema a  
revelar relativa incompreensão. Parcela da doutrina sustenta que  
tais Cortes são órgãos administrativos de mero assessoramento do  
Poder Legislativo<sup>3</sup>. Há autores que os identificaram como órgãos

---

estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.

§ 3º A execução, por agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, das ati-  
vidades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela agência reguladora federal, nos  
termos do respectivo acordo.

§ 4º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, a agência reguladora ou o órgão regu-  
lador estadual, distrital ou municipal que receber a delegação observará as normas legais e regulamentares  
federais pertinentes.

§ 5º É vedado à agência reguladora ou ao órgão regulador estadual, distrital ou municipal conveniado, no  
exercício de competência fiscalizatória delegada, exigir de concessionária ou permissionária obrigação não  
prevista previamente em contrato.

§ 6º Além do disposto no § 2º deste artigo, a delegação de competências fiscalizatórias, sancionatórias e arbi-  
trais somente poderá ser efetivada em favor de agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital  
ou municipal que gozar de autonomia assegurada por regime jurídico compatível com o disposto nesta Lei.

§ 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância  
superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada.

Art. 35. No caso da descentralização prevista no caput do art. 34, parte da receita arrecadada pela agência  
reguladora federal poderá ser repassada à agência reguladora ou ao órgão de regulação estadual, distrital  
ou municipal, para custeio de seus serviços, na forma do respectivo acordo de cooperação.

Parágrafo único. O repasse referido no caput deste artigo deverá ser compatível com os custos da agência  
reguladora ou do órgão de regulação local para realizar as atividades delegadas.

3Criticando esse posicionamento mencione-se a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que asseverou:  
“No Brasil, estudos superficiais classificam o tribunal de contas como mero apêndice auxiliar do poder legislati-  
vo. Desconhecendo a estrutura técnica dessas cortes, sua autonomia administrativa e financeira, alguns autores o  
concebem, erroneamente, como um órgão de assessoramento. Diante desse absurdo descompasso entre a imaginada  
pequenez das funções e a dimensão da estrutura, o passo seguinte seria sustentar que se tratam de órgãos concebidos

auxiliares dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política<sup>4</sup>.

Acredita-se, porém, que a razão está com aqueles que advogam possuírem os Tribunais de Contas natureza jurídica de órgãos *constitucionais essenciais e autônomos*, despersonalizados juridicamente, mas independentes política e hierarquicamente dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse posicionamento advém da constatação de que a Constituição da República detalhou as competências e a estruturação de tais Cortes nos artigos 70 e seguintes, admitindo, inclusive, ainda que implicitamente, a possibilidade de o controle ser exercido frente ao Poder Legislativo<sup>5</sup>. Essa é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 4191-8/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, cuja ementa, apesar de longa, é de indispensável transcrição:

**“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON) – ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL – LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” - AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO – A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO- -MEMBRO COMO EXPRESSÃO DE UMA ORDEM NORMATIVA AUTÔNOMA – LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE – IMPOSIÇÃO, AOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS, DE DIVERSAS CONDUTAS, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE, SUJEITO A JULGAMENTO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA – PRESCRIÇÃO NORMATIVA EMANADA DO LEGISLADOR CONSTITUINTE ESTADUAL – FALTA DE COMPETÊNCIA DO ES-**

---

*apenas para acomodar apeniguados.”. In Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 131.*

<sup>4</sup> Nesse sentido é a lição de Ricardo Lobo Torres. *In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. nº 24. Março de 1993, p. 41.

<sup>5</sup> Tenho sustentado esse posicionamento. WILLEMANN, Flávio de Araújo (em coautoria com Fernando Barbalho Martins). *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. Niterói: Impetus, 2015, p. 367.

TADO- MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CRIMES DE RESPONSABILIDADE - **COMPETÊNCIA LEGISLATIVA** QUE PERTENCE, **EXCLUSIVAMENTE**, À UNIÃO FEDERAL – **PROMULGAÇÃO**, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **DA EC Nº 40/2009** - **ALEGADA TRANSGRESSÃO** AO ESTATUTO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL **E** ÀS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DOS CONSELHEIROS QUE O INTEGRAM - **MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA** PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ATRICON** - **ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL** - **PERTINÊNCIA TEMÁTICA** - **LEGITIMIDADE ATIVA** “**AD CAUSAM**”.

- A ATRICON **qualifica-se** como entidade de classe de âmbito nacional **investida** de legitimidade ativa “*ad causam*” **para a instauração**, perante o Supremo Tribunal Federal, de processo de controle abstrato de constitucionalidade, **desde que existente** nexos de afinidade **entre** os seus objetivos institucionais **e** o conteúdo material dos textos normativos impugnados. **Precedentes**.

**CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E TRIBUNAIS DE CONTAS: CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - A QUESTÃO DAS INERACÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS E DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA** PARA TIPIFICÁ- LOS **E** PARA ESTABELECE O RESPECTIVO PROCEDIMENTO RITUAL (**SÚMULA** 722/STF).

- A Constituição estadual **representa**, no plano local, a expressão **mais elevada** do exercício concreto do poder de auto-organização **deferido** aos Estados- membros pela Lei Fundamental da República. Essa prerrogativa, contudo, **não se reveste** de caráter absoluto, **pois se acha**

submetida, quanto ao seu exercício, a limitações jurídicas impostas pela própria Carta Federal (art. 25).

- O Estado-membro não dispõe de competência para instituir, mesmo em sua própria Constituição, cláusulas tipificadoras de crimes de responsabilidade, ainda mais se as normas estaduais definidoras de tais ilícitos tiverem por finalidade viabilizar a responsabilização política **dos membros** integrantes do Tribunal de Contas.

- **A competência constitucional** para legislar sobre crimes de responsabilidade (e, também, para definir-lhes a respectiva disciplina ritual) pertence, exclusivamente, à União Federal. Precedentes. Súmula 722/STF.

- A questão concernente à natureza jurídica dos denominados "*crimes de responsabilidade*". Controvérsia doutrinária. O "*status quaestionis*" na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. Ressalva da posição pessoal do Relator (Ministro CELSO DE MELLO).

**PRERROGATIVA DE FORO DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL, PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NAS INFRAÇÕES PENAIIS COMUNS E NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (CE, ART. 105, I, "a").**

- Compete, originariamente, ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar os membros dos Tribunais de Contas estaduais nos *crimes de responsabilidade* e nos ilícitos penais comuns, assim definidos em legislação emanada da União Federal.

- Mostra-se incompatível com a Constituição da República - e com a regra de competência inscrita em seu art. 105, I, "a" - o deslocamento, para a esfera de atri-

buições da Assembléia Legislativa local, **ainda** que mediante emenda à Constituição do Estado, do processo e julgamento dos Conselheiros do Tribunal de Contas estadual nas infrações político-administrativas.

**EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS À MAGISTRATURA - GARANTIA DE VITALICIEDADE: IMPOSSIBILIDADE DE PERDA DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS LOCAL, EXCETO MEDIANTE DECISÃO EMANADA DO PODER JUDICIÁRIO.**

- Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro **dispõem** dos **mesmos** predicamentos **que protegem** os magistrados, **notadamente** a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CE, art. 75 c/c o art. 73, § 3º), **que representa** garantia constitucional destinada a **impedir** a perda do cargo, **exceto** por sentença judicial **transitada** em julgado. **Doutrina. Precedentes.**

- **A Assembléia Legislativa** do Estado-membro **não tem poder para decretar**, “*ex propria auctoritate*”, **a perda** do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, **ainda** que a pretexto de exercer, **sobre referido** agente público, uma (**inexistente**) jurisdição política.

**A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS - ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.**

- Os Tribunais de Contas **ostentam** posição eminente na estrutura constitucional brasileira, **não se achando subordinados**, por **qualquer** vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, **de que não são** órgãos delegatários **nem** organismos de mero assessoramento técnico. **A competência institucional** dos Tribunais de Contas **não deriva**, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, **mas traduz** emanação **que resulta, primariamente, da própria** Constituição da República. **Doutrina. Precedentes.**” (grifos no original)

Relevante ainda, para bem delimitar a natureza de órgãos constitucionais autônomos dos Tribunais de Contas, destacar a possibilidade de atuarem de ofício, sem que os mecanismos de controle sejam deflagrados pelo Poder Legislativo, situação que afasta a interpretação restritiva da expressão “auxílio” inserta no artigo 71 da Constituição da República de 1988, para admitir uma interpretação que consagre as Cortes de Contas como órgãos administrativos constitucionais autônomos e independentes.

Nesse sentido, apresenta-se a doutrina de Carlos Ayres de Brito:

“O Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. (...). O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica da União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três poderes federais. (...). Daqui se infere que as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo nos termos da lei.”<sup>6</sup>

<sup>6</sup>BRITO, Carlos Ayres de. In *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*. n.º 25. Dezembro de 2003, p. 8-9. No mesmo sentido apresenta-se a pena de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, exposta no mesmo periódico antes citado, p. 60-71.

Assim compreendida a natureza jurídica das Cortes de Contas no Brasil, oportuno abordar suas principais competências, para, então, analisá-las à luz da atuação das agências reguladoras.

Como assinalado anteriormente, a Constituição da República de 1988 atribuiu aos Tribunais de Contas a missão de exercer a fiscalização contábil, orçamentária e financeira dos órgãos de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assim é que, dentre outras funções previstas no texto constitucional, caberá aos Tribunais de Contas: **i)** apreciar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, emitindo parecer prévio que deverá ser encaminhado ao Poder Legislativo; **ii)** julgar as contas de administradores, públicos ou privados, responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta; **iii)** apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal da administração direta e indireta, bem como os atos de concessão de aposentadoria, reformas e pensões; **iv)** realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades que, de qualquer forma, recebam dinheiro público ou administrem bens e valores públicos; **v)** fiscalizar recursos repassados pelas Entidades Federadas a outras Entidades da Federação, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; **vi)** aplicar sanções previstas em lei aos responsáveis por atos ilegais que importem despesa ou irregularidade de contas; **vii)** assinalar prazo para que órgão ou entidade (pública ou privada, desde que seja responsável por dinheiro ou valores públicos) adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade, bem como sustar o ato em caso de descumprimento, devendo, nesse caso, comunicar a decisão ao Poder Legislativo.

A propósito da competência dos Tribunais de Contas para sustação de contratos, merece destaque a divergência doutrinária que envolve especificamente a interpretação dos §§ 1º e 2º do artigo 71 da CRFB/88, que possuem, respectivamente, a seguinte redação:

*“§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”.*

*“§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.”*

Parece decorrer expressamente do Texto Constitucional que ao Tribunal de Contas, subsidiariamente, após a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em praticar ato tendente a sustar o contrato acoimado de ilegal, no prazo de 90 (noventa) dias, caberá decidir a respeito, podendo, inclusive, em razão da sua natureza jurídica de órgão constitucional autônomo, proceder à sustação do contrato, sendo essa possibilidade decorrência lógica do seu poder de fiscalização e repressão de irregularidades, sobretudo de condutas omissivas dos Poderes Legislativo e Executivo que possam causar danos à coletividade.<sup>7</sup>

Delimitadas a natureza jurídica e as principais competências dos Tribunais de Contas, relevante abordar sua interface no controle externo das agências reguladoras.

---

7 Nesse sentido apresenta-se a lição de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, invocando o entendimento de CELSO BANDEIRA DE MELLO: “[...] Neste ponto, meu entendimento afina-se com o do ilustre e estimado colega de São Paulo, CELSO BANDEIRA DE MELLO, para quem a decisão e as providências da Corte de Contas assumirão, em tal conjectura, caráter autônomo e definitivo. A não ser assim, estar-se-ia fazendo letra morta daquele comando constitucional e esvaziando-se por completo o permissivo da intervenção subsidiária do órgão constitucional de controle externo para suprimimento da inércia dos Poderes em causa.”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado”. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.º 38, out./dez. 1997, pág. 40-56. Apresenta-se ainda mais radical a posição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, pois admite que os Tribunais de Contas poderiam, inclusive, declarar a nulidade do contrato diante da omissão do Poderes Legislativo ou Executivo: “Se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não tomar providências, ou seja, silenciar, aí sim é que cabe ao Tribunal decidir a respeito. Outra questão deixada ao intérprete refere-se ao conteúdo dessa decisão, que, a nós, nos parece ser a da declaração de nulidade do contrato e eventual imputação de débito ou multa [...]”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. Por sua vez, em sentido diametralmente oposto, o Professor de Direito Constitucional e Procurador do Estado do Rio de Janeiro LUÍS ROBERTO BARROSO expõe seu entendimento nos seguintes termos: “[...] Decidirá, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato, e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competências vigente no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo seu próprio juízo ao do administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o auxílio dos Tribunais de Contas”. Por evidente, a última palavra é do órgão Legislativo, e não do Tribunal de Contas.” BARROSO, Luís Roberto. “Tribunais de Contas: algumas incompetências”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 203, jan./mar. 1996, p. 131-140.

### III - A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO E SUA INTERFACE COM OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Não há discussão relevante sobre a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem suas competências constitucionais sobre as atividades-meio das agências reguladoras, assim compreendidas suas atividades administrativas rotineiras e ordinárias, tais como a realização de concurso público e todos os demais atos para administração do seu quadro de pessoal, as contratações para compras e serviços necessários a suprir suas necessidades internas, dentre outros tantos. Aplicam-se, sem exceção, todas as regras do artigo 71 da CRFB/88 e, agora, a literalidade do artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019. Tormentoso, porém, apresenta-se o debate a propósito do controle externo das atividades finalísticas das agências pelas Cortes de Contas, notadamente no que respeita à prática de atos regulatórios executivos, normativos e judicantes, a despeito de serem atos administrativos em sua essência<sup>8</sup>. Muitos são os fundamentos para a resistência: i) impossibilidade de o controle externo invadir mérito administrativo; ii) impossibilidade de a atuação técnica das agências reguladoras ser substituída pela atuação técnica dos servidores dos Tribunais de Contas; iii) sobreposição de funções, permitindo-se a substituição da atuação técnica das agências pelo entendimento técnico-político das Cortes de controle; e iv) ausência de previsão constitucional explícita a possibilitar o controle finalístico das agências pelos Tribunais de Contas, o que configuraria violação ao princípio da separação de poderes<sup>9</sup>.

8 Esta a posição que tenho sustentado: WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

9 Esse entendimento restritivo das competências dos Tribunais de Contas é defendido por Marcos Juruena Vilella Souto (VILELLA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 370) e Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 588-589). A essa mesma conclusão chegou Luís Roberto Barroso ao proferir, na qualidade de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, o Parecer nº 05/98 – LRB, no qual afirma: “Este, portanto, o limite da ingerência do Tribunal de Contas. Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com característica especial de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso é patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza.”

Nesse contexto, não é possível olvidar que sustentar a ausência de controle externo das atividades finalísticas das agências pelos Tribunais de Contas é admitir a existência de autarquias especiais imunes a controle de atos que, a pretexto de exercerem função regulatória, podem eventualmente causar danos ao erário. É, em última análise, permitir a existência de uma “ilha” dentro da Administração Pública imune ao controle externo, o que não se afigura compatível com o artigo 71 da CRFB/88, com a correta interpretação do artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019 e, sobretudo, com o princípio republicano.<sup>10</sup>

Assim posta a questão, a discussão que sobeja não é saber se pode o Tribunal de Contas exercer o controle externo de atividades finalísticas das agências reguladoras, mas sim definir em quais hipóteses isso ocorre e quais são os limites para tanto. Afinal, apesar de as agências reguladoras terem sido desenvolvidas no Brasil sob o modelo de autarquias especiais<sup>11</sup> dotadas de autonomia decisória e independência técnica<sup>12</sup> (regime jurídico

---

10 Sobre a interface da atuação dos Tribunais de Contas com o princípio republicano, colham-se as lições de Marianna Montebello Willemann: “É da essência do regime republicano que todo aquele que exerça qualquer parcela de poder público tenha como contrapartida a responsabilidade decorrente da investidura em poderes delegados. E, como corolário dessa responsabilidade, todo exercente de função pública deve prestar contas de sua atuação e sujeitar-se à possibilidade de vir a ser chamado a dar explicações exigidas pela cidadania ou por órgãos fiscalizadores. O dever de prestar contas é o dever republicano por excelência: se é o povo o titular e o destinatário da coisa pública, perante este devem os gestores responder”. (WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 85).

11 WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 70 e seguintes

12 Sobre o assunto, é interessante a distinção apresentada por Vital Moreira e Fernanda Maçãs entre administração independente e administração autônoma. No primeiro caso, a independência administrativa revela-se por ausência de controle hierárquico e pela direção da entidade por pessoas técnicas que detenham um mandato a termo, cuja atuação tem por finalidade o interesse público. Já o “conceito de administração autônoma consolidou-se na teorização jurídico-constitucional e jurídico-administrativa mais recente para significar uma categoria de entes colectivos públicos que visam ser expressão directa de comunidades territoriais ou de outras comunidades ou formações sociais (por exemplo, corporações profissionais) dotadas de interesses próprios e distintos dos interesses prosseguidos pelo Estado. Não é isso evidentemente que está em causa nas AAI [Autoridades Administrativas Independentes]. Pelo contrário, enquanto as entidades que integram a administração autônoma visam representar e a prosseguir os interesses específicos dos seus membros, aquelas visam sobretudo fazer valer o interesse público geral independentemente dos interesses particulares dos sujeitos à sua jurisdição, e se necessário contra eles” (MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 30-31).

especial<sup>13</sup>, agora detalhado na Lei Federal nº 13.848/2019<sup>14</sup>), em um momento histórico que fez surgir o que hoje se denomina de “Estado Regulador”<sup>15</sup>, a atuação técnica de órgãos e de entidades

---

13 Sobre o regime jurídico especial das agências reguladoras, confira-se, por todos, a doutrina de Luís Roberto Barroso: “A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira. No tocante à autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem: (i) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado); (ii) mandato fixo de três ou quatro anos; e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal. (...). No que toca à autonomia econômico-financeira, por sua vez, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica” (BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 174-178).

14 “Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências: I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

- a) autorização para a realização de concursos públicos;
- b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;
- c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

I - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

II - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.”

15 Esse novo modelo de administração pública é fortemente influenciado pelo denominado princípio da subsidiariedade, como sublinha Marcos Juruena Villela Souto: “O surgimento do Estado-regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado bem-estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares. (...). O que se propõe, em obediência ao princípio da subsidiariedade, é que o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público (serviços públicos universais), ambas sob regulação estatal; nas palavras de Gaspar Ariño Ortiz, trata-se de privatizar (no sentido deste trabalho, melhor seria usar ‘desestatizar’) atividades que não satisfazem necessidades primordiais, operando-se uma transferência de titularidade (melhor diria ‘execução’) pública para a privada, sem escapar à regulação estatal” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 32-33).

integrantes da administração pública não é exatamente uma novidade no país,<sup>16</sup> e, historicamente, jamais deixaram de ser objeto de controle externo a cargo das Cortes de Contas.

Desse modo, o exercício da *função regulatória*<sup>17</sup> reforçada ou independente pelo Estado não o afasta do controle externo a ser exercido pelos Tribunais de Contas; ao contrário, extrai-se diretamente do postulado republicano a necessidade de o controle externo encontrar mecanismos eficientes para a salvaguarda do interesse público representado nas competências do artigo 71 da CRFB/88, sem que isso vulnere as atribuições técnicas das agências ou que venha a implicar mitigação da separação funcional de poderes<sup>18</sup>.

16 A esse propósito, observa Alexandre Santos de Aragão: “É comum associar-se o surgimento das agências reguladoras ao movimento de desestatização verificado no Brasil principalmente a partir da década de noventa. Todavia, antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do Programa Nacional de Desestatização – PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladores, tais como o Conselho Monetário Nacional – CMN, Banco Central do Brasil, o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 265).

17 Diogo de Figueiredo Moreira Neto define com precisão o conceito de função regulatória do Estado: “Cabe aqui, traçar conceptualmente o desenho das instituições jurídicas que passaram a desempenhar no Direito Administrativo contemporâneo essas funções homeostáticas com certos setores críticos da convivência, social e econômica, de modo a proporcionarem o máximo de eficiência na solução de problemas, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal. A essa atividade dos subsistemas de harmonização é que se denomina de função reguladora, uma expressão que não obstante o étimo, que a aproxima da voz vernácula regra, é, na verdade, um híbrido de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Esse complexo de funções vai cometido a um único órgão regulador, para que este defina especificamente o interesse que deverá prevalecer e ser satisfeito nas relações sujeitas à regulação” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107).

18 Alexandre Santos Aragão admite o controle da atuação finalística das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas. Segundo o autor, “Não há dúvidas de que as agências reguladoras, como autarquias que são, devem prestar contas aos Tribunais de Contas quanto às verbas públicas por elas despendidas (art. 70, CF). O problema se coloca, não no controle das atividade-meio, que geram despesas ao Erário, mas sim no controle das atividades-fim das agências reguladoras, mormente das de serviços públicos. Em outras palavras, podem os Tribunais de Contas controlar os atos de regulação que as agências expedem sobre os respectivos setores regulados? Mais específica e exemplificativamente, podem controlar a autorização de aumento de tarifa ou do reequilíbrio econômico-financeiro de determinada concessão? Podem controlar a fiscalização ineficiente sobre as concessionárias? Ao nosso ver, o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público etc.” (ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 339-341). O Ministro do TCU Benjamin Zymmler segue o mesmo entendimento: “Por intermédio das auditorias operacionais realizadas nas agências reguladoras, TCU fiscaliza, entre outras

O ponto de partida deverá ser a *atuação deferente*<sup>19</sup> das Cortes de Contas para com a atuação técnica lícita, razoável e que cumpre os procedimentos formais<sup>20</sup> para a edição do ato regulatório. Atendidos esses requisitos, o controle externo será praticamente reduzido a zero, de modo a respeitar a atuação finalística das agências reguladoras, evitando-se, com isso, sobreposição de atuações técnicas, com invasões de competências e violação do pacto da separação de poderes<sup>21</sup>.

O dever de autocontenção ou de deferência dos Tribunais de Contas à atuação finalística, porém, não significa impossibilidade de exercício do controle externo, conforme já se sustentou anteriormente. Com efeito, não se pode perder de perspectiva que o artigo 70 da CRFB/88 garante aos Tribunais de Contas competências para a “*fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*” de todos os órgãos e “*entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas*”. Esse deve ser o ponto de partida para se encontrarem balizamentos seguros que

---

questões, a execução dos contratos de concessão ou de permissão. Essa fiscalização poderia ensejar uma redundância das esferas de controle, visto que uma das principais atribuições das agências é exatamente fiscalizar esses contratos. Para evitar que essa indesejável superposição de atividades ocorra, o Tribunal deve exercer uma fiscalização de segundo grau, buscando identificar se as agências estão cumprindo bem e fielmente seus objetivos institucionais, dentre os quais avulta o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem se imiscuir indevidamente na área de competência privada das agências” (ZYMMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 171- 173).

19 O princípio geral de deferência à política regulatória foi bem desenvolvido por José Vicente Santos de Mendonça: “(ii) Quanto à atividade-fim das agências reguladoras, vale o princípio geral da autocontenção por parte dos Tribunais de Contas: há fortíssima preferência *prima facie* pelas razões técnicas expendidas pela agência. É o mecanismo usual de compatibilização entre separação de poderes, discricionariedade técnica e restrições ínsitas à atuação *ex ante*, de um lado, e dever de prestação de contas, princípio da eficiência e dever de controle operacional, por outro. Em princípio, valem as razões técnicas da agência quanto ao exercício de sua atividade-fim. Só não subsistem diante de fortíssimas razões contrárias” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n° 38, abril./jun. 2012, p. 147-164).

20 A Lei Federal n° 13.848/2019, nos artigos 4° ao 13, regulou o procedimento para edição do ato regulatório.

21 Relevante o estudo sobre os impactos do controle externo realizado pelo TCU sobre as agências reguladoras federais realizado por Monique Menezes: “As análises em profundidade das auditorias do Tribunal de Contas da União demonstraram que as fiscalizações sobre as atividades fins das agências reguladoras têm contribuído para o aperfeiçoamento das regras regulatórias. A Corte de Contas mostrou-se um importante ator de controle horizontal das agências, evitando uma discricionariedade excessiva do ente regulatório na definição dos critérios da regulação. Sua atuação aumenta a segurança jurídica, já que questiona decisões das agências que não apresentam justificativas técnicas” (MENEZES, Monique. *O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços*. *Revista de Sociologia Política*, v. 20, n° 43, out. 2012, p. 123).

compatibilizem a atuação das Cortes de Contas sobre as agências reguladoras, sem que se tenha sobreposição de funções técnicas.

Assim, possível concluir que sob a **perspectiva formal**, será amplo o espectro de controle de legalidade dos atos finalísticos das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas, declarando-se a invalidade de atos que não respeitem o procedimento para sua edição ou que violem as leis ou as Constituições Federal ou Estadual<sup>22</sup>, conforme autoriza o artigo 71, X, da CRFB/88. Mencione-se, como exemplo, ato regulatório que, sem respeitar o devido processo legal, constitua um crédito para empresa concessionária de serviço público sem integrar o poder concedente ao processo administrativo regulatório. A nulidade parece evidente e constitui crédito contra o Poder Público e, conseqüentemente, ocasiona dano ao erário<sup>23</sup>.

Mais complexas afiguram-se as hipóteses de controle em uma **perspectiva material**, onde não se identifica vício procedimental no ato regulatório. Nesses casos, o dever de deferência à atuação *discricionária técnica*<sup>24</sup> das agências reguladoras permitirá aos Tribunais de Contas as controlarem em suas atividades finalísticas apenas em situações excepcionais, em que os atos regulatórios se mostrarem manifestamente desproporcionais à luz das técnicas disponíveis à compreensão da matéria regulada, e que violarem os vetores de controle estabelecidos no artigo 70 da CRFB/88, quais sejam, **economicidade** e **legi-**

---

22 A Súmula 347 do STF expressamente admite que os Tribunais de Contas exerçam controle de constitucionalidade de leis e atos da administração pública. Entretanto, em decisões monocráticas, alguns Ministros têm expressado entendimento em sentido contrário, isto é, pela impossibilidade de as Cortes de Contas realizarem controle de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, o MS 25.888 – Relator Ministro Gilmar Mendes.

23 Essa situação concreta foi vivenciada pelo autor deste trabalho, quando de sua atuação na defesa do Estado do Rio de Janeiro nos autos da ação rescisória nº 0035356-42.2009.8.19.0000, julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

24 A professora espanhola Eva Desdentado Daroca bem detalha o conceito de discricionariedade técnica: "Em conclusão, a discricionariedade técnica outorga à Administração um poder, ainda que se trate de um poder diferente daquele que lhe atribui a discricionariedade administrativa, porque não é um poder para a apreciação do interesse público concreto, se não que unicamente para levar a cabo uma valoração de fatos, que se reserva com exclusividade à Administração e que os tribunais não podem suplantar. (...). As diferenças entre ambas podem ser resumidas da seguinte forma: 1) na discricionariedade técnica não há nunca ponderação nem eleição de interesses; 2) na discricionariedade técnica a Administração recorre a utilização de critérios técnicos; e 3) enquanto na discricionariedade administrativa convive juízo e vontade, na discricionariedade técnica se realiza uma atividade de mero juízo em que a vontade não intervém de forma alguma" (DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madri: Civitas, 1997. p. 35-37).

**timidade**<sup>25</sup>. Necessário enfatizar que a juridicidade da atuação das Cortes de Contas exigirá, na hipótese, a comprovação de que o ato regulatório, apesar de lícito, está manifestamente em desacordo, sob a perspectiva técnica, aos princípios da economicidade e da legitimidade.

No que diz respeito às **omissões regulatórias**, possível e amplo será o controle dos Tribunais de Contas sobre as agências, não para substituí-las com a edição de decisões regulatórias, substituindo-as para atuar como se regulador fosse. A amplitude do controle está na detecção da omissão e na possibilidade de exigir que as agências cumpram suas competências editando atos regulatórios ou comprovando que a regulação está sendo praticada a partir da técnica de desregulamentação (ou da autoregulação)<sup>26</sup>.

De outro lado, necessário abordar uma última faceta do controle externo dos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras, qual seja, a **atuação normativa**. Como de conhecimento ordinário, com o surgimento das agências reguladoras, passou a se entender que tais entidades, eminentemente técnicas e que não se prestam à atuação política, poderiam editar atos administrativos normativos, desde que tal poder lhes seja autorizado por meio da lei específica que criou a entidade, traduzidos em balizamentos concretos, verdadeiros *standards*, sendo este um requisito essencial para a constitucionalidade do referido poder normativo<sup>27</sup>. Diogo de Figueiredo Moreira Neto tratou o tema como **deslegalização**, que representa uma técnica desenvolvida do conceito difundido

---

25 Para a correta elucidação do princípio da legitimidade, colham-se as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "O Estado Democrático de Direito, tal como a Constituição o enuncia, está submetido a duas ordens de valores: à vontade democraticamente definida e à vontade juridicamente positivada.

A vontade juridicamente positivada é o campo da legalidade e o campo da legalidade, princípio geral já estudado. Já, a vontade democraticamente expressa, positivada ou não, situa-se no campo mais vasto da legitimidade, princípio substantivo específico do Direito Público, que informa, particularmente, o Direito Constitucional, e o Direito Administrativo, ao regerem manifestações discricionárias." "Princípios informativos e interpretativos do Direito Administrativo". In *Direito Administrativo em Foco*. Coord. Valter Shuenquener de Araújo. Niterói: Ímpetus, 2005, p. 13.

26 Tenho sustentado que a ausência de norma regulatória não importa, necessariamente, em omissão regulatória normativa. É possível regular eficientemente desregulamentando, permitindo que mercados se autorregulem de acordo com as características mercadológicas, notadamente por meio da livre concorrência e da livre iniciativa. WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 180.

27 Para Carlos Ari Sunfeld: "A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver esta-belecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa". Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

na doutrina francesa da *délégation de matières*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907<sup>28</sup>.

Pois bem. No campo da função regulatória de índole normativa, parece ser do Poder Legislativo a competência para controlar o excesso eventual de poder normativo das agências reguladoras, à luz do que dispõe o artigo 49, inciso V, da Constituição da República de 1988<sup>29</sup>. Ao Tribunal de Contas, verificando o excesso, deverá suscitar o controle parlamentar, ou, quando muito, fazer um juízo de reprovabilidade da conduta tendo por fundamento o princípio da legalidade<sup>30</sup>.

#### IV- O SISTEMA DE REGULAÇÃO COOPERATIVA E OS TRIBUNAIS DE CONTAS – COMPATIBILIDADE POSSÍVEL DA LEI FEDERAL Nº 13.848/2019 COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Conforme já referido, a Lei Federal nº 13.848/2019 inovou ao prever, em seus artigos 34 e 35<sup>31</sup>, de forma genérica e aplicável a to-

<sup>28</sup> Tal como aqui, nos Estados Unidos da América, quando do surgimento das agências reguladoras, questionava-se a constitucionalidade das delegações normativas feitas pelo Poder Legislativo, sob a alegação de que restariam violados os princípios da separação de poderes e da legalidade. No entanto, aos poucos evoluiu a interpretação das normas constitucionais americanas por parte do Poder Judiciário e passou-se a admitir a deslegalização, como bem informa Leila Cuéllar, no profundo estudo acerca do poder normativo das agências reguladoras americanas: “Inicialmente os tribunais norte-americanos entenderam que o Poder Legislativo, delegado ao Congresso pela Constituição, não poderia ser delegado. Consagrou-se, assim, o princípio da não delegação (non-delegatio), segundo o qual qualquer delegação de poder normativo pelo Poder Legislativo seria inconstitucional. Ao que tudo indica, a doutrina da não delegação não perdurou em virtude de razões práticas. Além da necessidade que tinham as agências em editar normas, para implementar as políticas públicas, o Poder Legislativo não possuía condições para legislar sobre todas as matérias relativas às agências, precipuamente face ao volume e à especificidade das mesmas.

Aos poucos o Poder Judiciário foi admitindo a delegação de poderes legislativos e também foi ampliando as hipóteses em que era permitida.

A partir da decisão prolatada no caso *United States v. Curtiss-Wright Export Co.*, de 1936, os tribunais opinaram em favor da delegação de poderes por parte do Congresso norte-americano, desde que este fixasse ‘standards’ com significado determinável (meaningful standards) para guiar os administradores. Trata-se da teoria denominada de ‘intelligible principle’.

Para esta doutrina, destaca Carbonell Porras, admitem-se amplas cessões de poder por parte do Congresso sempre que ele tenha predeterminado o alcance do poder que transfere, assinalando uma diretriz legislativa suficientemente clara e concreta, para que a agência atue segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade”. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, jul./set. 2002, p. 153-176.

<sup>29</sup> Eis a dicção do dispositivo constitucional: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

<sup>30</sup> Esse, ao que parece, não é o entendimento que vem sendo adotado pelo TCU, eis que no Acórdão 1.704/2018, julgado pelo Plenário em 25/07/2018, ao analisar controvertidas questões do setor portuário (dentre as quais a possibilidade de cobrança do *Terminal Handling Charge 2 - THC2*), fixou entendimento de que é “possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência”.

<sup>31</sup> Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades

das as agências reguladoras federais, a possibilidade de **cooperação regulatória** com agências reguladoras estaduais e municipais, possibilitando, mediante celebração de “acordo de cooperação”, a descentralização de atividades *fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais*, vedada a delegação de competência normativa.

Para que não se incorra em déficit de constitucionalidade, importante registrar que a Lei Federal nº 13.848/2019 destina-se a disciplinar as agências reguladoras federais, sendo indispensável que as legislações estaduais e municipais também sejam alteradas para permitir que as agências locais recebam a delegação de competências federais, escoimando, desta forma, qualquer discussão quanto à inconstitucionalidade por violação do pacto federativo, notadamente porque terão que atuar respeitando todas as normas e regulamentos federais pertinentes<sup>32</sup>. O cumprimento desse requisito formal afigura-se como condição para a constitucionalidade do sistema de regulação cooperativo, tendo em vista a possibilidade de a atuação regulatória delegada projetar-se

---

com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º É vedada a delegação de competências normativas.

§ 2º A descentralização de que trata o caput será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.

§ 3º A execução, por agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela agência reguladora federal, nos termos do respectivo acordo.

§ 4º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, a agência reguladora ou o órgão regulador estadual, distrital ou municipal que receber a delegação observará as normas legais e regulamentares federais pertinentes.

§ 5º É vedado à agência reguladora ou ao órgão regulador estadual, distrital ou municipal conveniado, no exercício de competência fiscalizatória delegada, exigir de concessionária ou permissionária obrigação não prevista previamente em contrato.

§ 6º Além do disposto no § 2º deste artigo, a delegação de competências fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais somente poderá ser efetivada em favor de agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal que gozar de autonomia assegurada por regime jurídico compatível com o disposto nesta Lei.

§ 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada.

Art. 35. No caso da descentralização prevista no caput do art. 34, parte da receita arrecadada pela agência reguladora federal poderá ser repassada à agência reguladora ou ao órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, para custeio de seus serviços, na forma do respectivo acordo de cooperação.

Parágrafo único. O repasse referido no caput deste artigo deverá ser compatível com os custos da agência reguladora ou do órgão de regulação local para realizar as atividades delegadas.

32 Artigo 34, § 4º da Lei Federal nº 13.848/2019

para medidas de fiscalização e de sanção, searas que não comportam interpretação extensiva quanto à competência dos agentes reguladores.

Mas admitida a cooperação regulatória que atende a todos os requisitos formais, instaura-se relevante indagação sobre a competência para o controle externo da atividade regulatória descentralizada ou delegada. A pergunta que se coloca, portanto, busca definir se tal competência será reconhecida ao Tribunal de Contas da União, que atua sobre as agências reguladoras federais, ou se, inversamente, será dos Tribunais de Contas estaduais e/ou municipais<sup>33</sup>.

Considerando que as agências reguladoras estaduais e locais serão meras delegatárias das agências reguladoras federais, que irão funcionar, inclusive, como entidades de supervisão<sup>34</sup> e como instância revisora e recursal<sup>35</sup>, melhor se compatibiliza com a Lei Federal nº 13.848/2019 e com a Constituição da República de 1988 o controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União, na medida em que as agências estaduais e municipais atuarão como *longa manus* das agências federais, isto é, como se elas fossem.

Há uma hipótese, porém, em que será lícita a atuação dos Tribunais de Contas estaduais e municipais quando da atuação das agências locais por delegação de uma agência federal. Isso ocorrerá quando entidades reguladoras subnacionais eventualmente vierem a receber e a internalizar em suas contabilidades recursos repassados das agências federais, conforme previsão contida no artigo 35 da Lei Federal nº 13.848/2019, recursos estes que serão utilizados para custeio de seus serviços.

---

33 O artigo 31, § 4º da Constituição Federal de 1988 vedou a criação de novos Tribunais de Contas genuinamente municipais, mantendo os já existentes, isto é, o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro – TCM e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCM-SP. Nada obstante, há Estados da federação que têm dois Tribunais de Contas; um para controlar o Estado e outro para controlar os Municípios.

---

34 Artigo 34, § 3º, da Lei Federal nº 13.848/2019

---

35 Artigo 34, § 7º, da Lei Federal nº 13.848/2019

## CONCLUSÃO

A verdadeira justiça administrativa decorre do efetivo cumprimento da Constituição Federal de 1988 pelos órgãos e entidades públicos, sobretudo para tornar os anseios sociais um terreno fértil para o exercício da cidadania.

Com efeito, não é possível admitir a existência de órgãos ou entidades públicos imunes ao controle externo a cargo dos Tribunais de Contas; isso importaria em descumprimento do artigo 70 da CRFB/88 e, mais recentemente, no campo específico das agências reguladoras, implicaria vulneração ao artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019, deixando de contribuir, em última análise, para a concretização de uma eficiente justiça administrativa.

Possível, pois, concluir que as agências reguladoras foram criadas no direito brasileiro como autarquias dotadas de regime jurídico especial, mas, nem por isso, deixam de integrar a administração pública indireta e de estarem submetidas às regras do artigo 70 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Precisamente por isso, demonstrou-se que o artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019 não chegou a trazer qualquer inovação substancial em matéria de justiça administrativa. Mesmo sem previsão infralegal, as agências reguladoras já estavam submetidas ao controle externo pelos Tribunais de Contas em suas atividades rotineiras de gestão e no exercício de sua atividade finalística (regulatória propriamente dita), desde que observados parâmetros de deferência e autocontenção capazes de inibir comprometimento ao princípio da separação de poderes.

Assim é que será pleno o controle de *legalidade* das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas, com destaque para a análise do cumprimento das formalidades constitucionais (com destaque para o cumprimento do devido processo legal) e legais, com destaque para o cumprimento do procedimento formal para a edição do ato regulatório.

Por outro lado, em se tratando de ato *regulatório lícito*, deverá a Corte de Contas ter autocontenção máxima para controlar as agências, reservando-se para atuar em hipóteses excepcionais

em que os vetores da *legitimidade* e da *economicidade* (artigo 70 da CRFB/88) forem flagrante violados. Se não houver flagrante violação, o Tribunal deverá ser deferente à discricionariedade técnica das agências.

A mesma autocontenção deverá ter o Tribunal de Contas quando se estiver a controlar atos normativos das agências. Nessa hipótese, salvo a análise da compatibilidade do ato com a lei ou com a Constituição Federal ou Estadual no caso concreto (conforme ainda permitido pela Súmula 347 do STF), entende-se que a Corte de Contas jamais poderá sustar a norma do ordenamento jurídico; deverá representar ao Poder Legislativo, a quem o artigo 49, V, da CRFB/88 atribuiu competência para a prática do ato.

Por fim, em se tratando de omissões regulatórias, as Cortes de Controle devem apenas exercer suas competências para declarar a eventual mora regulatória e determinar que seja sanada com a prática do ato regulatório ou com a justificativa técnica de que a regulação está a ocorrer de forma eficiente a partir do fenômeno da desregulamentação.

## BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

—. “Tribunais de Contas: algumas incompetências”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 203, jan./mar. 1996.

BRITO, Carlos Ayres de. In *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*. n.º 25. Dezembro de 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado”. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.º 38, out./dez. 1997.

CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, pp. 153-176, jul./set. 2002.

DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madri: Civitas, 1997).

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MENEZES, Monique. *O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços*. *Revista de Sociologia Política*, v. 20, n° 43, out. 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n° 38, abril./jun. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo em Foco*. Coord. Valter Shuenquener de Araújo. Niterói: Ímpetus, 2005.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. n° 24. Março de 1993.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

WILLEMANN, Flávio de Araújo (em coautoria com Fernando Barbalho Martins). *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. Niterói: Impetus, 2015.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 .

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

# A Importância da Função Socioambiental da Propriedade no Plano Diretor de São Luís

**Mariana Costa Heluy**

*Advogada. Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Pós-Graduada em Gestão do Transporte Marítimo e Portos pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Pós-Graduada em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Estado do Maranhão (UFMA).*

## RESUMO

O presente artigo visa apresentar, de forma ampla e clara, a relevância do plano diretor, bem como a importância da atualização e cumprimento das disposições como forma de alcançar a função socioambiental da propriedade. Aborda-se, mediante uma visão panorâmica, os aspectos e peculiaridades atinentes à função socioambiental dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade. Nesse contexto, é estritamente necessário analisar o papel do Plano Diretor como instrumento de política urbana, bem como o papel do Poder Público e da sociedade diante da necessidade de cooperação para debater, fiscalizar, exigir e cumprir a função socioambiental. Procurou-se delimitar no contexto deste trabalho um conjunto de reflexões capazes de conduzir um conhecimento crítico, reflexivo e aerado a respeito da situação atual da cidade de São Luís (MA), propondo-se como solução a maior participação popular na busca do cumprimento da função socioambiental da propriedade como um meio para garantir o direito à propriedade, o direito ao meio ambiente e, por fim, o direito à vida digna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos reais; Plano diretor; Função socioambiental; Direito à propriedade;

## **ABSTRACT**

This article intends to present, in a broad and clear way, the relevance of the master plan, as well as the importance of updating and complying with the dispositions as a way of achieving the socio-environmental function of the property. It is approached by an overview of the aspects and peculiarities related to the socio-environmental function within the Brazilian legal system, especially in the Federal Constitution and in the City Statute Law. In this context, it is strictly necessary to analyze the role of the Master Plan as an instrument of urban policy, as well as the role of the Public Power and society in the face of the need for cooperation to debate, control, demand and fulfill the socio-environmental function. In the context of this work, it was sought to delimit a set of reflections capable of conducting a critical, reflexive and aerated knowledge about the current situation of the city of São Luís (MA), proposing as a solution the widest popular participation in the search for the fulfillment of the socio-environmental function of property as a means to guarantee the right to property, the right to the environment and, finally, the right to a dignified life.

**KEYWORDS:** Real rights; Master plan; Socio-environmental function; Right to property;

## **1 INTRODUÇÃO**

Desde os tempos remotos, o homem sempre teve a necessidade de normas disciplinadoras que estabelecessem a vida em sociedade. A definição de direitos, assim como dos deveres de cada cidadão para com a sociedade, foi e continua sendo o desafio para que se alcance o bem comum e a ordem social.

A ideia de desenvolver o presente estudo tem como condão analisar, sob a ótica do princípio constitucional da função socioambiental, a evolução legal e social com a edição de leis

específicas destinadas a proteger a propriedade e o meio ambiente como forma de garantir o bem estar dos moradores do espaço urbano.

E a problemática enfrentada por este trabalho se apresenta neste exato momento: qual é a relevância da função socioambiental da propriedade do Plano Diretor, em especial, na cidade de São Luís do Maranhão, para a garantia fundamental da propriedade? Para o presente artigo, foram levantadas as seguintes hipóteses.

Em primeiro lugar, nota-se que, por muito tempo, a doutrina mais conservadora preconizava que o direito à propriedade seria absoluto, complexo e exclusivo. Dessa forma, não poderia o interesse individual do proprietário ser confrontado com interesses coletivos diversos, tais como os dispostos no Plano Diretor da capital maranhense.

Por outro lado, o direito à propriedade, defendido como um direito fundamental constitucional, traz consigo o ônus de que deve atender à função social. Tal função social não condiz pura e simplesmente com o entendimento de que a propriedade não pode estar abandonada ou sem utilidade, mas também está intrinsecamente ligada ao princípio da sustentabilidade. A partir desse novo panorama, o direito à propriedade não acarreta apenas o dever de cumprir uma função social, mas cumprir uma função socioambiental.

Além disso, observa-se que, para se ter uma compreensão plena da função socioambiental dentro do Plano Diretor, tal discussão vai muito além de aspectos jurídicos: permeia a necessidade da participação popular no momento da criação e/ou releitura do citado instrumento de política urbana a fim de evidenciar e contextualizar o interesse local a depender da realidade de cada município.

No que diz a respeito à metodologia, a abordagem da presente pesquisa é dedutiva, pois, para atingir um objetivo particular, utiliza-se de posicionamentos críticos diversos, bem como premissas específicas derivadas de observações de casos já estudados. A técnica de pesquisa adotada será a bibliográfica, dado

que é baseada em publicações escritas e constituída principalmente de livros, artigos de periódicos e/ou revistas, além de material disponibilizado em endereços eletrônicos, que buscam colocar a autora em contato com os conceitos e delimitações feitas sobre o assunto pesquisado, sendo vantajoso quando o problema de pesquisa requer dados muito dispersos. Por fim, envolve também um estudo profundo e exaustivo de maneira que se permita o amplo e detalhado conhecimento no sentido de traduzir os resultados em dimensões mensuráveis.

Dito isso, o primeiro capítulo atém-se a alguns aspectos relevantes do direito à propriedade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Dar-se-á ênfase à possibilidade de relativização do caráter absoluto do direito à propriedade com base nos princípios da função social e da sustentabilidade, como forma de evidenciar a natureza de “direito-função”. A abordagem não será exaustiva, porém terá contornos introdutórios e objetivos.

Na sequência, destaca-se a importância da função socioambiental da propriedade. Aborda-se o novo paradigma de que, muito mais do que atender à função social, deve-se exigir que o direito à propriedade não entre em rota de colisão com o dever de proteger o meio ambiente. Para isso, destaca-se o papel importante do Plano Diretor não só para a proteção ambiental, como também para a concretização do direito à vida digna.

Por fim, discorre-se sobre os instrumentos da política urbana para o planejamento municipal, em especial o Plano Diretor, ferramenta básica do Poder Público para promoção do bem-estar social mediante o desenvolvimento municipal. Frisa-se o dever de atuação do Poder Público em cooperação com a participação popular. Destaca-se neste trabalho que as mazelas sociais e o danos ao meio ambiente decorrem da falta de atualização e efetivação desse mecanismo de política urbana.

Toda essa linha de raciocínio traçada tem como objetivo evidenciar que o direito fundamental à propriedade não está isolado de outros direitos, como o direito fundamental à qualidade do meio ambiente. A qualidade de vida dentro de uma cidade

planejada é elemento basilar e essencial para a vida digna, constituindo-se, por isso, em sucedâneo do direito à vida.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos dentro das limitações existentes para a produção do presente estudo, frisando-se que as mesmas, embora não sejam exaustivas, apresentam-se como um estímulo para a continuidade dos estudos e reflexões sobre a função socioambiental da propriedade.

## **2 DO DIREITO À PROPRIEDADE COMO UM “DIREITO-FUNÇÃO”: DA RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER ABSOLUTO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E DA SUSTENTABILIDADE**

O direito à propriedade é, sem dúvida, um dos mais almejados por qualquer cidadão brasileiro. Tal garantia está disposta no art. 5º, inciso XXII, CF, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

A concepção de propriedade sofreu inúmeras mudanças e influências ao longo da história dos vários povos, desde a Antiguidade, decorrendo diretamente da evolução da humanidade e aprimoramento das leis e da organização política. Na visão de Orlando Gomes (2004), o direito à propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa está submetida à vontade de uma pessoa, sob os limites da lei (GOMES, 2004, p.109). Ao analisar o caráter “absoluto” desse direito, a referência feita por Orlando Gomes quanto ao “sob os limites da lei”, em verdade, abre caminho para uma relativização, eis que um dos requisitos necessários para assegurar a propriedade é a obediência do inciso subsequente da própria Carta Magna,

que exige que “a propriedade atenderá a sua função social.” (art. 5º, inciso XXIII, CF).

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/04/04)

Sucedem que a visão arcaica de que o direito à propriedade tem caráter absoluto já foi derrubada pelos tribunais pátrios, os quais deram um novo tratamento que impõe o cumprimento da função social. Dessa forma, verifica-se que o direito à propriedade só é legítimo quando cumpre a sua função social, princípio este atrelado ao direito urbanístico que, muito embora pouco tratado na Constituição dirigente, não perde o seu valor ao nortear e viabilizar a “democratização das funções sociais da cidade em proveito de seus habitantes, prevendo mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano” (LOUREIRO, 2003, p. 27), visando condutas dinâmicas em respeito às presentes e futuras gerações.

Com efeito, Flávio Tartuce destaca que o direito individual sobre as coisas impõe “deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários” (TARTUCE, p.111). O Código Civil, em seu artigo 1.228, parágrafo 1º, enfatiza e consagra o caráter “direito-função”, onde o titular tem poder e dever de exercer o seu direito focado na função social.

Art. 1228 *omissis*

§ 1º - o direito de propriedade deve ser exercido conforme os fins econômicos e sociais e por forma a que restem preservados, de acordo com a lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, assim como evitada a poluição do ar e das águas.

Acima do caráter “direito-função”, os doutrinadores ambientais exaltam que existe um princípio considerado obrigatório para todas as normas de direito urbanístico. O referido princípio está amparado no artigo 225 da Constituição Federal, que assegura a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações: o princípio da sustentabilidade.

A sustentabilidade é um direito subjetivo social, que deve ser assegurado no ordenamento jurídico e disponibilizado concretamente no processo de construção e expansão urbana, previsto no artigo 2º do Estatuto da Cidade. Portanto, tudo que dispõe o referido artigo são políticas públicas obrigatórias de garantia do direito não só à propriedade, mas também à cidade sustentável.

Não significa que o prefeito tem que dar moradia gratuitamente, mas deve ter políticas de acesso à moradia para todas as classes sociais, assim como deve ter políticas permanentes e prioritárias de infraestrutura urbana, saneamento, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer para as presentes e futuras gerações. (RECH, 2010, p. 72-73)

A sustentabilidade vai muito além de um princípio ou uma diretriz. É uma missão para todos de “proteger o meio ambiente como um bem difuso e que visa à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações” (TARTUCE, 2012, p. 112); ou como conceituado por Rui Carvalho Piva, a proteção de “direitos transgeracionais.” (PIVA, 2001 *apud* TARTUCE, 2012, p. 112). Por fim, toda essa explanação é tão somente para mostrar que o constituinte originário entrega aos entes públicos, privados e a toda a sociedade civil o dever de proteger o bem comum.

A dificuldade é constatar *in loco* quando tais princípios estão ou não sendo atendidos. Para isso, o Poder Público dispõe de diversos instrumentos da política urbana.

### 3 A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE NO PLANO DIRETOR COMO UM MEIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA DIGNA

Há uma crescente preocupação brasileira e até mesmo mundial em se preservar o meio ambiente em todas as suas vertentes, seja o meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, eis que é uma forma de se alcançar uma melhor qualidade de vida. Não é à toa que os novos Planos Diretores devem sempre contemplar princípios urbanísticos, ambientais e mesmo direitos fundamentais.

Com efeito, o próprio direito à propriedade apenas concretiza-se no momento em que a função socioambiental é atendida, visto que a mesma está intrinsecamente ligada ao artigo 225, da Constituição Federal, que visa as futuras gerações, e, acima de tudo, o direito à vida.

Como visto, a discussão está muito além da tão somente ponderação da função social dentro do estudo de direito à propriedade. Hoje, não se concebe mais o estudo da função social da propriedade dissociada de sua função ambiental. Prova disso é a redação do § 1º do art. 1.228 do Código Civil, em que se constata a preocupação da legislação infraconstitucional, em especial, no Plano Diretor, em inserir a propriedade no conceito ambiental. Nesse sentido, o doutrinador Gomes, citado por Tartuce, enfatiza:

A função social pode se confundir com o próprio conceito de propriedade, diante do caráter inafastável de acompanhamento: a propriedade de sempre atender aos interesses sociais, ao que almeja o bem comum evidenciando-se a uma destinação positiva que deve ser dada a coisa. (GOMES *apud* TARTUCE, p. 111)

O direito à propriedade não pode estar fora de sintonia com o dever de preservar o meio ambiente. Logo, não mais se admite que alguém explore a propriedade sem se preocupar em evitar

danos ambientais que terão incidência tanto na esfera temporal como na espacial, para um número indeterminado de pessoas. Corroborando com tal afirmação, Pflieger defende que “a propriedade, ao adquirir uma função social, passa a contemplar os interesses coletivos e sociais, garantindo, por fim, a promoção do bem comum” (2004, p. 41).

Completa Sérgio Ahrens:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (AHRENS, 2003)

Por fim, não se pode esquecer que o ordenamento da cidade através do Plano Diretor é fundamental para que qualquer município apresente elevados índices de qualidade de vida. Dessa forma, compreender que o atendimento da função socioambiental da propriedade vai muito além de seguir diretrizes legais deve ser uma preocupação de todos que almejam a concretização do direito à vida digna, bem assim a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal.

#### **4 DOS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA PARA O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE: A RELEVÂNCIA DO PLANO DIRETOR PARA O DESENVOLVIMENTO MUNICIPAL**

A Constituição Federal, em seu artigo 24, inciso I, preceitua que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre o direito urbanístico”. Verifica-se que, muito embora tal dispositivo não mencione os municípios, isso não significa que estes não possam legislar, mas sim que a sua competência é exercida de forma suplementar à legislação federal e estadual, como dispõe o artigo 30 da Carta Magna.

Com efeito, é inequívoco dizer que a organização de um município está necessariamente ligada à existência de uma política de desenvolvimento urbano, na forma do artigo 182, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A política urbana trata-se de um “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (SILVA, 2006, p. 139 *apud* SOUZA, p.18). A partir disso, a Constituição Federal previu que o instrumento para a gestão racional do espaço urbano deverá ser executada pelos municípios, conforme diretrizes gerais previstas em lei. Nesse sentido, sob a égide do sistema constitucional brasileiro, verifica-se que a Lei Maior exige a implementação de políticas sociais ativas a fim de garantir o bem-estar dos indivíduos.

Regulamentando tais disposições, surge a Lei n.º 10.257/2001, que em seu artigo 1º, se autodenomina Estatuto da Cidade, cujo propósito é assegurar a execução dos dispositivos constitucionais através do “uso da propriedade urbana em prol do interesse coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ambiental” (art. 1º, Lei n.º 10.257/2001). Em outras palavras, o texto legal tem o condão de estabelecer a ordem jurídica e o respeito a institutos jurídicos através da fixação de deveres e proibições tanto para particulares como para o Poder Público.

É oportuno salientar que o Estatuto da Cidade apenas estabelece normas gerais para a efetivação dos demais instrumentos de política urbana infraconstitucionais, como Zoneamento Ecológico Econômico, Zoneamento e Parcelamento de Uso e Ocupação do Solo e o do próprio Plano Diretor, objeto deste recorte temático. Elaborado no âmbito do município, é o instrumento hábil a alcançar o objetivo fundamental do Estatuto

da Cidade no que se refere ao cumprimento da função social da propriedade mediante o planejamento de recursos urbanísticos.

O Estatuto da Cidade, apesar de envolver normas de ordem pública, não significa que tudo deve ser obrigatoriamente aplicado no ordenamento administrativo urbanístico local, pois o mesmo não é autoaplicável. Apenas se trata de normais gerais que regulamentam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, que não pode ser contrariada. (RECH, 2010, p. 43)

Dessa maneira, enquanto o Estatuto da Cidade possui apenas diretrizes para nortear o Plano Diretor, este deve ser pensado e adaptado às necessidades do interesse local como forma de assegurar o bem-estar dos cidadãos. Isso se dá através da garantia da qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas através da racionalização do espaço urbano. Além disso, cumpre cada município fixar de que modo a cidade irá funcionar em termos de transporte, proteção ao patrimônio histórico e cultural e até o lazer.

Ora, o Estatuto da Cidade não adota um comportamento radical em relação ao meio ambiente. Em termos ambientais, somente o inciso I, do artigo 2º do Estatuto exige expressamente que o Plano Diretor adote políticas públicas com fim de garantia do direito à cidade sustentável. Na prática, trata-se de um peculiar interesse local, o qual deverá ser contextualizado a depender da realidade de cada município, devendo estar baseado no “equilíbrio ambiental” (art. 1º, Estatuto da Cidade).

Nesse ínterim, o Plano Diretor nasce por lei municipal, da necessidade de se manter uma ordem social, ou seja, é ele que organiza e torna possível a convivência harmônica dos indivíduos na sociedade com o meio ambiente. A concepção de Plano Diretor, como ferramenta urbanística, antepõe-se à existência de norma geral instituidora das diretrizes necessárias à execução da política urbana. Sua aplicabilidade justifica-se pelo seu caráter cogente, mediante a atuação do Poder Público municipal como forma de constituir políticas de investimentos mediante a

imprescindível introjeção ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, conforme disposto no art. 40, § 1º, do Estatuto da Cidade.

Contudo, salienta-se que não é todo município que terá o dever de implantar um Plano Diretor. De acordo com o art. 182, § 1º da Constituição Federal, a obrigatoriedade de existência e execução do Plano Diretor será tão somente nos casos de municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes. Complementando tal dispositivo, o Estatuto da Cidade amplia esse rol para as cidades que integram as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (art. 41, inc. II); cidades onde o Poder Público municipal tenha a pretensão de empregar os instrumentos previstos no art. 182, § 4º da Carta Magna (art. 41, III); cidades inseridas nas áreas de especial interesse turístico (art. 41, inc. IV); e as cidades integrantes da área de influência de empreendimentos ou atividades com expressivo impacto ambiental de caráter regional ou nacional (art. 41, inc. V), sob pena de as autoridades competentes sofrerem sanções ordinárias estabelecidas nos regimes jurídico-funcionais.

Neste ponto, muito embora a ampliação feita pelo Estatuto da Cidade, o presente pesquisador entende que por se tratar de um instrumento de planejamento com vistas a disciplinar o desenvolvimento e a gestão das cidades, o correto seria que todo município brasileiro já “nascesse” com o Plano Diretor. Isso porque a projeção de crescimento e desenvolvimento poderia antever soluções para problemas futuros, tais como os conflitos no processo de ocupação urbana e uso do solo, buscando garantir o funcionalismo da urbe em benefício da população.

Ademais, a ausência do Plano Diretor impede a utilização dos instrumentos urbanísticos disponibilizados pelo Estatuto da Cidade, dentre eles a possibilidade de exigir do proprietário a efetivação da função social da propriedade. Razão: a determinação da função social não é feita pela lei introdutória de normas básicas de planejamento urbano, mas sim pelo efetivo mapeamento da cidade, pelo qual se delimita “o campo de cumprimento do princípio da função social da propriedade, pela materialização e aderência dos projetos à realidade urbana idealizados” (MA-

CIEL, 2012, p. 376). A título de exemplo, os institutos jurídicos e políticos, tais como edificação ou utilização compulsória da propriedade urbana, parcelamento, IPTU progressivo no tempo e a própria desapropriação, têm por intento obter “comportamentos e ações positivas no sentido de dar concretude à função social da propriedade, e não simplesmente impedir atuação nociva dos proprietários aos interesses coletivos” (MACIEL, 2012, p. 377).

Sendo assim, sua aplicação fica sujeita às definições e enquadramentos estabelecidos de acordo com o planejamento de cada município, devendo para isso contar com a participação popular na elaboração, o que será melhor estudado no tópico seguinte.

#### **4.1 O papel da Administração Pública e da sociedade na elaboração do Plano Diretor**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 institui em seu artigo 225 a responsabilidade ao Poder Público e à coletividade de proteger o meio ambiente, defendendo-o e preservando-o para as presentes e futuras gerações. Nesse contexto, incumbe o dever de proteção não só do patrimônio ambiental (fauna, flora, equilíbrio ecológico, belezas naturais, ar, águas), como do ambiente cultural (histórico e artístico). Para isso, é indispensável a participação da sociedade na proteção do meio ambiente e o controle da Administração Pública, através dos órgãos e/ou autoridades competentes para garantir a preservação do meio ambiente e o bem-estar da população.

Adir Rech entende que “não se trata de a população ser chamada para discutir as questões técnicas que desconhece, mas de assumir, tomar conhecimento do projeto da cidade” (RECH, 2010, p. 49). Isso significa que é dever do Estado utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis, assim como os artificiais, e fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente, assim como é dever de toda a sociedade participar no processo de urbanização.

O Estatuto da Cidade dispõe no inciso III, do artigo 2º o dever de cooperação entre o governo e a sociedade. Desde

a construção de uma escola, até a manutenção de uma rua, o Estado, em tese, deveria implantar um processo de cooperação popular na tomada de decisões do Poder Público, uma vez que o fim sempre deverá ser o bem-estar social e a qualidade de vida da população.

A construção de infraestrutura, como água, esgoto, energia, pode ser feita pela iniciativa privada, não necessitando obrigatoriamente ser doado ao Poder Público, ao qual caberia depois fazer manutenção, mas que nunca faz. A própria manutenção pode ficar a cargo da iniciativa privada, o que não era possível anteriormente, pela falta de instrumentos jurídicos adequados. (RECH, 2010, p. 50)

Sendo assim conclui-se que a participação popular traz à tona o caráter de seriedade, dado que o Plano Diretor deve buscar sempre atender questões reais, sendo a cidade pensada de forma prática. Nesse ínterim, o atendimento ao interesse social impõe que tanto a iniciativa pública como privada não só direcione seus investimentos com vistas a um processo de urbanização sustentável, como também submeta qualquer titular de uma propriedade o dever de atender à função socioambiental da propriedade, visando o bem estar das pessoas e para proteger o meio ambiente.

Conclui-se que a idealização da cidade ecologicamente equilibrada pensada através de seus próprios habitantes nada mais é do que a concretização da gestão democrática decorrente da cooperação popular nas mais diversas esferas da cidade aliada à visão desenvolvimento sustentável.

#### **4.2 Análise do contexto jurídico-legal do Plano Diretor de São Luís: a importância da participação popular em busca da percepção do interesse local para o cumprimento da função socioambiental da propriedade**

A cidade de São Luís, capital do estado do Maranhão, foi fundada pelos franceses no dia 8 de setembro de 1612. Localizada na Ilha de São Luís, possui uma área de 827,141 km e

uma população superior a um milhão de habitantes, sendo a maior cidade do estado do Maranhão em critérios populacionais. (BRITO, 2009)

A partir da década de 50, iniciou-se um processo de expansão e desenvolvimento urbano, através da instalação de grandes projetos minero-metalúrgicos, tais como a VALE (antiga Companhia Vale do Rio Doce) e ALUMAR (Consórcio de Alumínio do Maranhão). De repente, São Luís passa a ser o destino de muitos não só oriundos do interior do estado, como também de todo o Brasil, seja a trabalho, lazer ou moradia. No entanto, a cidade não estava preparada para receber: não havia lugar para todos, muito menos a certeza dos mesmos serem absorvidos como mão-de-obra direta ou indireta, dando lugar a novas formas de ocupação, ordenadas e desordenadas. (BRITO, 2009)

Diante do processo abrupto de urbanização, urge a necessidade de adaptar a cidade a essa nova realidade, através da implantação dos instrumentos de política urbana, conforme explanados alhures.

Sucedede que o Plano Diretor é necessário e obrigatório para a capital do Maranhão, eis que se trata de uma cidade com mais de um milhão de habitantes, logo, supera o requisito de no mínimo vinte mil habitantes estabelecido no artigo 182 da Carta Magna. Mesmo se não tivesse alcançado o número populacional exigido, isso não quer dizer que o município não deveria implantar o instrumento de política urbana. Ao analisar o contexto histórico-geográfico, resta evidente que São Luís é uma cidade turística, integrante de uma região metropolitana, em franco crescimento em termos industriais, o que a torna suscetível a atividades com expressivo impacto ambiental, na forma do artigo 41, incisos II à V, do Estatuto da Cidade.

Com efeito, o Código de Proteção de Meio Ambiente do Estado do Maranhão (Lei Estadual n.º 5.405/1992) foi quem eleger os princípios norteadores da política estadual de preservação ambiental, ao qual o Plano Diretor de São Luís encontra-se submetido:

Art. 2 - A Política Estadual de Meio Ambiente tem por finalidade a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, observados os seguintes princípios:

I- Melhorar e preservar a qualidade ambiental, assegurando condições de desenvolvimento do Estado, sem prejuízo para a vida humana;

II- Manter o equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio Público a ser necessariamente protegido;

III- Estabelecer critérios e padrões de qualidade ambiental e de uso e manejo dos recursos naturais;

IV- Organizar e utilizar adequadamente o solo urbano a rural, com vista a compatibilizar sua ocupação com as condições exigidas para a conservação e melhoria da qualidade ambiental;

V- Promover incentivos fiscais e orientar atividades sociais, para a manutenção do equilíbrio ecológico;

VI- Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, adotando medidas voltadas à conscientização ecológica, para a defesa ambiental;

Insta suscitar que desde o início da expansão urbana, São Luís já teve alguns planos diretores. Contudo, tais instrumentos caíram em desuso, haja vista o rápido crescimento populacional e territorial. Além disso, verifica-se que os mesmos não foram tão eficientes para a resolução de problemas referentes aos polos urbanos, tendo em vista que não foi dada oportunidade para a população se manifestar, sendo mais uma forma de cumprir com uma obrigação legal, pois eram marcados por um formato genérico e com características contrárias aos interesses da população de São Luís.

Em 2006, foi aprovado o primeiro Plano Diretor que contou com a participação popular. Por ser o primeiro com abertu-

ra para a população, constatou-se que a atuação dos munícipes era um tanto restrita, tendo em vista a realização de audiências públicas, reuniões e até de uma conferência municipal, todavia, todos em caráter altamente técnico. Os ludovicenses não estavam preparados para discutir a revisão do seu plano diretor de forma institucional, política, social, transparente e pública.

Conforme destaca Brito:

A população em si na ocasião muito falava e muito ouvia falar de: estatuto da cidade, plano diretor, política urbana, função social da cidade, gestão democrática, instrumentos urbanísticos e tributários, entre outros temas correlacionados. Só que havia um problema. Grande parte da população não sabia o que realmente significavam os termos anteriormente citados. (BRITO, 2009, p. 57)

De todo o modo, a Lei n.º 4.669/2006, em seu primeiro artigo, declara que o Plano Diretor de São Luís é o “principal instrumento normativo e orientador da política de desenvolvimento urbano e rural com sustentabilidade socioambiental”. Como se vê, o legislador deixou claro que todo o desenvolvimento deve, por lei, estar enquadrado dentro dos critérios de sustentabilidade. Mais adiante, em seu artigo 2º, o texto legal define alguns conceitos indispensáveis para a concretização da política urbana no âmbito local, *ex vi*:

Art. 2º Para efeito desta Lei, ficam estabelecidas as seguintes definições:

I – FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE é a função que deve cumprir a cidade para assegurar a plena realização dos direitos de todos os cidadãos à moradia digna, aos serviços públicos de saneamento ambiental, infraestrutura, transporte, educação, saúde, cultura, esporte, lazer, trabalho, segurança, acessibilidade e mobilidade, informação, participação e decisão no processo de planejamento territorial municipal;

II - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE é atendida quando o uso e a ocupação da propriedade urbana e rural correspondem às exigências de ordenação do Município, ampliando as ofertas de trabalho e moradia, assegurando o atendimento das necessidades fundamentais dos cidadãos, proporcionando qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento econômico sem o comprometimento da qualidade do meio ambiente urbano e rural;

III – DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL é o desenvolvimento local equilibrado e que interage tanto no âmbito social e econômico, como no ambiental, embasado nos valores culturais e no fortalecimento político-institucional, orientado à melhoria contínua da qualidade de vida das gerações presentes e futuras;

IV - SUSTENTABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL é entendida como o equilíbrio dos fluxos sócio-ambientais através de um modelo de desenvolvimento economicamente eficiente, ecologicamente prudente e socialmente desejável;

As expressões “sustentabilidade” e “função social” são empregadas diversas vezes pela legislação municipal como sinônimos de qualidade de vida, preservação, equilíbrio, adaptação, desenvolvimento. São considerados “socialmente desejáveis” (art. 2º, IV, Lei n.º 4.669/06), logo, é um anseio da população que deve ser efetivado e não meramente estar escrito em um papel. Além disso, são “exigências de ordenação do Município” (art. 2º, II, Lei n.º 4.669/06), ou seja, primordiais para o funcionamento racional da cidade de São Luís do Maranhão.

Todavia, é utopia imaginar que os princípios supracitados estão sendo exercidos como previsto no Plano Diretor ludovicense. Em entrevista ao jornal O Estado do Maranhão, o promotor Luís Fernando Cabral Barreto Júnior, da promotoria de Defesa do Meio Ambiente Urbano e Patrimônio Histórico, elencou di-

versos problemas da cidade de São Luís e destacou que todas as questões têm solução se a cidade deixar de ter um “um modelo de gestão ambiental, urbana e no patrimônio cultural de gabinete, fechado e excludente”.

Em verdade, o problema da capital do Maranhão não é falta de planejamento, mas falta de execução, avaliação e atualização das políticas já aprovadas. Nas palavras do promotor Luís Fernando, “um total desprezo pelos instrumentos e regras do atual Plano Diretor”. Ora, é evidente que se têm os instrumentos, apenas não são utilizados. Não se trata simplesmente de ter dezenas de projetos de leis que orientam excelentes políticas públicas apenas na folha de papel, mas ter a efetivação do que está disposto tanto por parte do Poder Público como por parte de toda a sociedade.

Desde o início de 2015, a revisão da legislação urbanística está em curso, todavia, a ausência de divulgação nos meios de comunicação prejudica em muito a participação dos moradores de São Luís nos debates (ARAÚJO, 2017). O resultado disso é um planejamento municipal construído sobre um jogo de interesses pessoais, e não coletivos.

Nesse sentido, com o retorno das discussões no tocante à reeleitura do Plano Diretor em 2017, é imprescindível que os debates com a população, através das audiências públicas ou debates populares, sejam inclusivos e de fácil compreensão. Em outras palavras, não podem ser carregados de linguagem técnica, caso contrário, será como uma simples palestra com a exposição de um conjunto de *slides* com mapas e fotos da cidade. O objetivo final será desvirtuado, tendo em vista que as discussões não irão fluir, o que impedirá a percepção dos reais anseios da população, principalmente das camadas de média e baixa renda, notadamente, a parcela mais necessitada.

Ademais, o Plano Diretor estabelece direitos e deveres para os proprietários de imóveis, que muito embora possam explorar sua propriedade em todas as nuances (usar, dispor e reivindicar a posse), devem respeitar os princípios da sustentabilidade e

função social. No presente estudo, pensar São Luís como cidade principal de uma região metropolitana deve ter como finalidade harmonizar o interesse geral da comunidade com o direito individual no uso da propriedade particular, na localização e exercício das atividades urbanas e na utilização do domínio público, mesmo porque não há cidadania ou dignidade humana tampouco é possível garantir direito à propriedade com cidades desordenadas, não planejadas e com ocupações urbanas sem sustentabilidade física, social, econômica e ambiental.

Ademais, a defesa do meio ambiente é um dever do Estado e de toda a sociedade civil, eis que a ambos cabe a proteção da vida humana e de todos os seus desdobramentos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se, aqui, de tema de pertinência atual que possui uma inquestionável relevância jurídico-social. Foram trazidos aportes para novas discussões e abordagens, dentro do âmbito dos Direitos Reais e do Direito Urbanístico, em especial, a importância da função socioambiental da propriedade no âmbito do Plano Diretor de São Luís. Nessa conjuntura, algumas conclusões se formaram.

Este trabalho, como já dito anteriormente, focou-se em dois princípios considerados requisitos necessários em todo Plano Diretor e para a concretização do direito à propriedade: princípio da função social e princípio da sustentabilidade. Como visto, a função social da propriedade, bem como o princípio da sustentabilidade, vem ganhando crescente importância para o Direito, mormente após o advento da Constituição Federal de 1988. O ordenamento jurídico brasileiro não permite que o direito à propriedade entre em rota de colisão com o direito coletivo ou com os princípios constitucionais, o que justifica a intervenção estatal quando não atendida a função social. Em outros termos, a propriedade deve atender os anseios da coletividade e ser cotejada com os princípios constitucionais.

A aplicação de instrumentos de política urbana é indispensável para questões voltadas às diretrizes e funcionalidades

dades no espaço urbano da cidade, principalmente para que os proprietários dos imóveis tenham parâmetros para o atendimento da função socioambiental, como forma de garantir o próprio direito à propriedade.

O Plano Diretor é considerado um mecanismo essencial para que haja o pleno desenvolvimento, e claro, organização a fim de atingir a harmonia do meio social com o meio ambiente. Ao analisar o panorama histórico-legal do Plano Diretor de São Luís, é constatado que o que falta para que haja uma melhora no modo de viver do cidadão ludovicense é a efetivação desse mecanismo e da sua adequação ao modelo sustentável. Os efeitos trazidos pela falta de comprometimento acarretam nos graves problemas sociais que a cidade vem vivendo e que atrapalham a própria ordem econômica.

Ante a pesquisa realizada, pode-se concluir que a legislação por si só não será suficiente para garantir as condições necessárias para a concretização da função social. A gestão democrática e a participação popular são canais primordiais para que os reais anseios da população, principalmente das camadas de média e baixa renda, notadamente, a parcela mais necessitada, sejam ouvidos e respeitados. Isso porque os problemas reais na sociedade não são estáticos, mas sofrem constantes mutações e necessitam de novas formas para buscar soluções.

Por fim, conclui-se que a função socioambiental deve ser considerada dentro do planejamento do Plano Diretor para fins de concretização do direito à propriedade, e, acima de tudo, do direito à vida. Assim como o processo de urbanização, a busca pelo direito à vida digna é como um processo inacabado, que deve ser diariamente conquistado e aperfeiçoado.

## REFERÊNCIAS

AHRENS, Sergio. O “novo” código florestal brasileiro: Conceitos jurídicos fundamentais. Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br/florestal/download/SAhrensCodigoFlorestal.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

ARAUJO, Ed Wilson. **Plano diretor de São Luís voltará à pauta em setembro**. Publicado em 12 ago. 2017. Disponível em: < <https://edwilsonaraujo.com.br/plano-diretor-de-sao-luis-voltara-a-pauta-em-setembro/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 set.1981. Disponível em: <<http://www.jurisambiente.com.br/ambiente/politicameioambiente.shtm>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: < <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2001/10257.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRITO, Cílicia Dias Dos Santos Belfort. **O processo de uso e ocupação do solo urbano previsto no Plano Diretor de São Luís – MA**. Dissertação (Mestrado em Geografia). Porto Velho: Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, Rondônia, 2009.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO. **Entrevista com Luís Fernando Cabral Barreto Júnior para o jornal O Estado do Maranhão**. Publicada em 03 nov. 2010. Disponível em: < <https://dp-ma.jusbrasil.com.br/noticias/2448797/estao-varrendo-o-lixo-para-debaixo-do-tapete>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JÚNIOR, Itevaldo. **Raio-X da Cidade de São Luís**. Disponível em: <[http://www.nossasaoluis.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=276%3Araio-x-da-cidade-de-sao-luis&Itemid=2](http://www.nossasaoluis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=276%3Araio-x-da-cidade-de-sao-luis&Itemid=2)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

MARANHÃO. Lei nº 5.405, de 8 de abril de 1992. Institui o Código de Proteção de Meio Ambiente e dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e o uso adequado dos recursos naturais do Estado do Maranhão. **Diário Oficial [da] Governo do Maranhão**, São Luís, MA, 08 abr. 1992. Disponível em: <[http://www.saoluis.ma.gov.br/custom\\_files/File/LEI5405.pdf](http://www.saoluis.ma.gov.br/custom_files/File/LEI5405.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACIEL, Fabianne Manhães. **Função socioambiental da propriedade**. In: Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 2, n. 1, 2012, p. 361-386.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max limonada, 2001.

PFLEGER, Ana Paula. **Função socioambiental da propriedade**. Monografia (Graduação em Direito). São José: Universidade do Vale do Itajaí, São José, Santa Catarina, 2004.

RECH, Adir Ubaldo, RECH Adivandro. **Direito urbanístico: fundamentos para construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural**. Rio Grande do Sul: EducS, 2010.

SÃO LUÍS. Lei nº 4.669, de 11 de outubro de 1996. Dispõe sobre o plano diretor do município de São Luís, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] Prefeitura Municipal de São Luís**, São Luís, MA, 11 out. 1996. Disponível em: <<http://www.gepfs.ufma.br/legurb/LEI%204669.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das coisas**. 4. ed. São Paulo: **Método**, 2012, v. 4.

SOUZA, Demétrius Coelho. **A função socioambiental da propriedade como condição necessária para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO\\_1.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO_1.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2017.

# Aborto: Direito à Vida ou Dignidade da Pessoa Humana?

**Luciana Silva Sousa**

*Graduada em Direito e pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. Advogada especializada em contencioso cível no Flexa Vieites Novaes Advogados Associados.*

**RESUMO:** Muito se fala, ao argumentar contra ou a favor do aborto, sobre seus efeitos em relação à mãe, sobre o direito à vida do feto e suas consequências sociais. A questão do aborto econômico-social em âmbito constitucional suscita uma série de temas que devem ser observados sob o prisma da legislação, da doutrina e do estado de desenvolvimento em que a sociedade se encontra atualmente. Dessa forma, o presente artigo pretende interpelar sobre o tema aborto à luz da Carta Magna, levando em consideração os direitos fundamentais previstos na norma Constitucional, quais sejam: o direito à vida por parte do feto e a dignidade da pessoa humana por parte da gestante. Inserem-se nesta pesquisa os conceitos doutrinários e tipos de aborto existentes, bem como o ativismo judicial que gira em torno do aborto econômico-social.

**Palavras-chave:** Aborto econômico-social; Direito à vida; Dignidade Humana.

**ABSTRACT:** Something is saying about in arguing against or in favor of abortion, its effects on the mother, the right fetus' life and its social consequences. The issue of economic-social abortion at the constitutional level raises a number of issues that must be observed under the prism of legislation, doctrine and the state of development in which society is now. Thus, this article intends to address abortion in the light of the Constitution,

taking into account the fundamental rights provided for in the Constitutional norm, namely: the right fetus' life and the dignity of the human person on the part of the pregnant woman. This research includes the existing doctrinal concepts and types of abortion, as well as the judicial activism that revolves around economic-social abortion.

**Keywords:** Economic-social abortion; Right to life; Human dignity

**SUMÁRIO:** Introdução: 1. DO CONCEITO DOUTRINÁRIO E OS TIPOS DE ABORTO; 2. DO ATIVISMO JUDICIAL X AUTOCONTENÇÃO NOS CASOS DE ABORTO; 3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3.1 Do direito à vida; 3.2 Da dignidade da pessoa humana; 3.3 Da ponderação entre os direitos fundamentais; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo centra-se no tema – Aborto: Direito à vida ou dignidade da pessoa humana? – levando em consideração os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, quais sejam: o direito à vida por parte do feto e a dignidade da pessoa humana por parte da gestante.

A proposta desta pesquisa é, no mínimo, emocionante, na medida em que a gravidez, com o consequente nascimento, sensibiliza e toca a emoção de todo e qualquer ser humano; na mesma direção do comportamento emotivo, a possibilidade de uma pessoa falecer antes mesmo de ter a oportunidade de conhecer a luz do sol choca e fere os sentimentos de todo indivíduo consciente acerca da importância da vida. Nesse diapasão, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui dispositivos que protegem e asseguram o direito à vida. O artigo 5º, I, por exemplo, protege a mulher, uma vez que determina que “...todos são iguais perante a lei...”. Já o artigo 293 assevera, explicitamente, a proteção “à família, à maternidade, à infância...” e diversos outros artigos que, direta ou indiretamente, têm como foco o direito ao nascimento, ou seja, à vida.

Vista sobre outro aspecto, a situação das gestantes, no que tange à proteção, na prática nem sempre ocorre, uma vez que a sociedade está vivenciando um processo de diversas transformações, em que as mulheres sofrem nas suas relações interpessoais, refletindo assim no contexto da gravidez, no seio da sociedade. À luz da maternidade, essas cidadãs precisam ter acesso aos seus direitos resguardados, no entanto, quase sempre, não encontram o alicerce ideal para que lhes sejam proporcionados os momentos de pura emoção na maternidade.

Frente à ausência dos direitos consagrados na Carta Magna e aos contextos socioeconômicos por que passam, as grávidas, em expressiva maioria, optam pelo aborto, ferindo, nessa ótica, os artigos 124 a 128 do Código Penal, o qual ratifica a concretização de um crime: prática abortiva, que, segundo a OMS – Organização Mundial de Saúde, faria parte da vida das 47 mil mulheres que morreram, em decorrência de abortos inseguros.<sup>1</sup>

Por se tratar de um tema de enorme abrangência, será feito um recorte específico, trazendo para o centro das reflexões questões relacionadas ao direito à vida, por parte do feto, e à dignidade de pessoa humana, por parte da gestante, no que se refere ao aborto econômico-social, indagando-se: O direito à vida é absoluto? Em caso negativo, como resolver a divergência entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana quando se tratar de um aborto?

A proposta deste artigo é construir uma linha lógica de pesquisa que permita uma reflexão sobre o problema, tendo em vista que “todo trabalho logicamente construído é uma demonstração que visa a solucionar um determinado problema”<sup>2</sup>

Para tanto, iniciaremos esta pesquisa fazendo uma explanação sobre os conceitos doutrinários e tipos de aborto existentes, objetivando, assim, um melhor entendimento da prática abortiva. No segundo capítulo, faz-se necessário explicitarmos o ati-

1 Aborto inseguro ainda está matando dezenas de milhares de mulheres, alertam especialistas da ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/aborto-inseguro-ainda-esta-matando-dezenas-de-milhares-de-mulheres-alertam-especialistas-da-onu/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2018 às 20:10h.

2 SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 13 ed. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1986, p.148/149

vismo judicial que gira em torno desse tema tão atual no Poder Judiciário, mencionando as ADPF's 54 e 442. Por fim, este estudo pretende, através da ponderação dos direitos fundamentais – direito à vida e direito à dignidade da pessoa humana -, demonstrar que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, uma vez que, ao “sopesar a dignidade da gestante, a política do legislador torna-se um verdadeiro imperativo constitucional”<sup>3</sup>.

## 1. DO CONCEITO DOUTRINÁRIO E TIPOS DE ABORTO

O Código Penal brasileiro não define claramente o conceito de aborto, utilizando tão somente a expressão “*provocar aborto*”, motivo pelo qual ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência a definição dessa expressão. No dicionário de Língua Portuguesa, Sacconi define que abortar é “causar a cessação prematura de gravidez ou gestação”.<sup>4</sup> A etimologia da palavra *aborto* advém do latim *ab*, que significa privação, e *outros*, nascimento, sendo assim, a palavra aborto quer dizer privação do nascimento.<sup>5</sup>

Aníbal Bruno preleciona que “segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto”.<sup>6</sup>

Segundo Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim, “aborto é a descontinuação da gravidez, da qual resulta a morte do produto da concepção. Tecnicamente, o aborto não é conduta, mas sim o resultado da conduta”.<sup>7</sup>

Nesse sentido, Nucci define o aborto como a “cessação da gravidez, antes do tempo normal, causando a morte do feto ou do embrião”.<sup>8</sup>

Para Mirabette, aborto é a:

---

3 RAMPAZZO, Adriane. A (in)constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo Comparado. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.20, n. 78, janeiro / abril, 2017, p.12

4 SACCONI, Luiz Antônio. Dicionário da Língua Portuguesa. 11ª edição. Ed: Nova Geração. 2009, p.21

5 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Ed: São Paulo, 1997, p.252

6 BRUNO, Anibal. Crimes Contra a Pessoa, 4ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1976, p.160 *apud*, GRECO, Rogério, Código Penal Comentado, 10ª edição, Niterói, RJ, Impetus, 2016, p.361

7 AZEVEDO, Marcelo André de, SALIM, Alexandre. Direito Penal – Parte Especial - Dos Crimes Contra a Pessoa aos Crimes Contra a Família. 5ª edição. Ed JusPodivm, 2000, p.94

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 7ª Edição. Ed Revista dos Tribunais, 2009, p.629

Interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção, e a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses) o feto (após 3 meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido, pelo organismo da mulher, ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão; não deixará de haver, no caso, o aborto<sup>9</sup>. (MIRABETTE, 2011, p.547)

Ressalta-se que não há previsão legal para a modalidade de provocação culposa do aborto, razão pela qual se uma gestante, com seu comportamento culposos, vier a dar causa à expulsão do feto, o fato será considerado como um indiferente penal, ressalvado o caso específico de lesão corporal seguida de aborto – artigo 129, §2º, V, Código Penal-, em que o trauma é voluntário, mas o aborto, embora previsível, não é desejado.

Segundo Bruno Gilaberte,

O aborto pode ser natural, acidental ou provocado. Natural ou espontâneo, quando o próprio organismo se encarrega de expulsar o produto da concepção. Acidental, quando decorre de um trauma não desejado. Provocado, quando há a vontade de abortar e o abortamento não acontece natural ou acidentalmente.<sup>10</sup> (GILABERTE, 2013, p.87)

No que tange às espécies dolosas, estas podem ser subdivididas em criminoso e legal. Tais previsões encontram-se no Código Penal em seus artigos 124 a 128, na seguinte forma:

- (a) aborto criminoso – artigos 124 a 127;
  - a.1. autoaborto (art 124, §1ª parte);
  - a.2. aborto consentido (ou consentimento para o aborto – art 124, 2ª parte);

<sup>9</sup> MIRABETTE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal, Ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 547

<sup>10</sup> GILABERTE, Bruno, Crimes Contra a Pessoa, Ed. Freitas Bastos, 2013, p.87

- a.3. aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125);
- a.4. aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante (art. 126);
- a.5. causas especiais de aumento de pena (art 127);
- (b) aborto legal – art 128;
- b.1. aborto necessário (art. 128, I);
- b.2. aborto sentimental ou humanitário (art 128, II).

Quanto às palavras provocar e consentir, faz-se necessário entender que *provocar* significa dar causa ou determinar, e *consentir* quer dizer dar aprovação, admitir, tolerar.

Cumpra salientar que, nos casos dos artigos 124 ao 126, em que a prática abortiva é criminalizada, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo, uma vez que o bem jurídico é a vida e o objeto material é o feto. Ainda no viés do aborto doloso, tem-se que este pode ser provocado por um profissional ou por um leigo, utilizando-se de técnicas variadas, tais como:

1. Dilatação ou corte: usa-se um instrumento para dilatar o feto, em pedaços;
2. Sucção ou aspiração: acontece até a 12<sup>a</sup> semana, com anestesia geral ou local;
3. Curetagem: após a dilatação interna, com uma cureta, a paciente passa por um processo de raspagem interna do embrião, da placenta e das membranas que envolvem o embrião;
4. Drogas e plantas: substâncias que são ingeridas para provocar o aborto;
5. Miniaborto: provocado quando a mulher está há menos de sete semanas sem menstruar;
6. Envenenamento por sal feito da 16<sup>a</sup> a 24<sup>a</sup> semana de gestação;

7. Sufocamento ou proporcional: puxa-se o feto, deixando apenas a cabeça para dentro.

Há ainda uma classificação doutrinária quanto às espécies de aborto, quais sejam: eugenésico, terapêutico, sentimental, econômico-social.<sup>11</sup>

Eugenésico ocorre quando da interrupção da gravidez nos casos de haver sérios riscos para a prole, por predisposição da sua prole ou por ocorrência de doença materna durante a gravidez que comprometam o feto, acarretando enfermidades psíquicas, corporais, ou ainda, enfermidades e sequelas permanentes.

O terapêutico ocorre quando não existe outro modo de salvar a vida da gestante, sendo autorizado pela jurisprudência, sobrepesando uma vida à outra.

O sentimental, também chamado de humanitário, ocorre nos casos de gravidez fruto de estupro.

Já o econômico-social consiste no aborto praticado em razão da dificuldade financeira da gestante e de sua família, e é considerado como aborto criminoso.

A classificação do aborto do ponto de vista da finalidade e sob o prisma da lei, aproxima-se, sensivelmente, do foco deste trabalho, uma vez que acentua a relevância de tais afirmações para a discussão do tema. Tratar-se-á, nesta direção, apenas do aborto econômico-social. Este, que, nas palavras de Alessandro, *in* *Rinascita*, pode ser considerado como:

Uma manifestação desesperada das dificuldades da mulher para realizar uma opção livre e consciente na procriação e uma forma traumática de controle da natalidade. Mesmo numa consideração não religiosa, o aborto é um signo de uma rendição, nunca uma afirmação de liberdade. <sup>12</sup> (NATA, 1975, p.41)

---

11 FRANÇA, Genival Veloso de, *Medicina Legal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017, p. 811-828

12 NATA Alessandro, *Sec. Geral do Partido Socialista Italiano in Rinascita, 1975 apud, CUNHA, Frankin, A Lei Primordial e Outros Ensaio*, Ed. AGE, p 41

Nessa esteira, é preciso ter sempre em mente que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, uma vez que o embrião vai se desenvolvendo desde a fecundação do óvulo, passando pela gestação, até chegar ao nascimento, comportando, assim, diferentes graus de proteção.<sup>13</sup> Proteção essa que, conforme será visto nesta pesquisa, encontra amparo na lei.

Dessa forma, diante da existência de conflito entre o direito à vida e o direito de dignidade da gestante, não se pode afirmar com precisão quem, diante da prática abortiva, terá seu direito violado.

Assim, cumpre ao Poder Judiciário, além de outras funções, garantir os direitos individuais, coletivos e sociais, e é justamente com o intuito de dirimir tal questionamento que nos deparamos com o **ativismo judicial**.

## 2. DO ATIVISMO JUDICIAL X AUTOCONTENÇÃO NOS CASOS DE ABORTO

*A priori*, é imprescindível esclarecer que a questão do aborto não é uma discussão recente, sendo certo que quem pensa de tal maneira comete um erro crasso. Isso porque a condenação da prática abortiva veio a partir do Cristianismo, tendo como base o mandamento bíblico “não matarás”.<sup>14</sup> Não se pode perder de vista que interesses políticos e econômicos motivaram esse posicionamento. Nesse contexto, “São Tomás de Aquino, com sua tese de criminalização tardia do feto, contribuiu para que a posição da igreja fosse mais benevolente naquela época”.<sup>15</sup> Nos últimos anos, a discussão sobre o aborto aumentou consideravelmente no Brasil devido às decisões judiciais em todo o país, principalmente após a Suprema Corte decidir, por oito votos a dois, pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, relatoria do Ministro Marco Aurélio, que autorizou a possibilidade de interrupção terapêutica da gravidez em casos de fetos anen-

13 HC 0023285-95.2015.8.19.0000, 8ª Câmara Cível do TJRJ, Relator: Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior, p.71

14 Livro de Êxodo, capítulo 20, versículo 13. Bíblia Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida. Ed. 1995, Barueri, Sociedade Bíblica do Brasil, 1995, p. 104

15 AZZI, Riolando. A Crisandade Colonial: um projeto autoritário. São Paulo: Paulinas, 1987, p.146

cefálicos, enaltecendo o direito à dignidade da pessoa humana, à autonomia, à privacidade, à liberdade sexual, bem como à integridade física, moral, psicológica e à saúde.

Tem-se que uma das motivações para a procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, com consequente reconhecimento da inconstitucionalidade da conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, foi a impossibilidade de vida extrauterina, entendendo que o feto anencefálico é um natimorto, não havendo, portanto, vida em potencial.

Aplicou-se a mesma motivação acima ao Habeas Corpus nº 0023285-95.2015.8.19.0000, que tramitou na 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatoria do Desembargador Claudio Tavares de Oliveira Junior, no qual se buscou obter autorização para a interrupção da gravidez em decorrência da grave enfermidade dos fetos siameses, o que os levaria a morte após o parto, além de gerar riscos à gestante, como polidramnia, hipertensão e esterilidade. Nas palavras do Desembargador Relator, “a tutela outorgada ao feto absolutamente saudável sofre supressão em prol dos direitos da mulher, maior razão para afastar a proteção dada ao natimorto quando os seus direitos estiverem em conflito com os da gestante.”<sup>16</sup>

Diante da similitude entre os casos, concluiu-se que não pode o Estado impor o prosseguimento de uma gestação cujo resultado final será, inquestionavelmente, a morte dos fetos. Ou seja, não há qualquer inconstitucionalidade nesses casos, uma vez que a vida da gestante mostra-se preponderante à vida intrauterina dos natimortos.

A matéria, inclusive, já havia sido apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em agosto de 2013, quando a Desembargadora Fátima Clemente concedeu a ordem ao Habeas Corpus 0035590-82.2013.8.19.0000, no qual a impetrante teve diagnosticada a gestação de fetos com gemelaridade imperfeita do tipo dicéfalo, com pescoços separados e apenas um corpo, com

16 HC 0023285-95.2015.8.19.0000 - Relator Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior – 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

a presença de coração único, existindo prognóstico de sobrevivência baixíssimo. O pedido de autorização de interrupção da gravidez formulado havia sido negado pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Todavia, diante do conteúdo dos laudos médicos que instruíram a pretensão, os quais constatavam os graves riscos à saúde da gestante e a inviabilidade da vida extrauterina, a Colenda Câmara decidiu por conceder a expedição de alvará de autorização para que a paciente fosse submetida à cirurgia de abortamento na Unidade de Medicina Fetal<sup>17</sup>

Há de ser ressaltado que a decisão definitiva de mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público<sup>18</sup>, podendo, portanto, ser aplicada analogicamente aos casos em que haja a ausência de potencialidade de o feto tornar-se um indivíduo pessoa.

Torna-se pertinente destacar a existência do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012<sup>19</sup>, o qual tem por objetivo alterar substancialmente o atual Código Penal brasileiro. Dentre as modificações propostas, tem-se a reforma do artigo 128 do Código Penal<sup>20</sup>. Tal alteração legislativa visa a discriminar a prática abortiva nos casos em que haja risco à vida ou à saúde da gestante; se a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos

17 HC 0035590-82.2013.8.19.0000 - Relatora Des. Fatima Clemente – 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Julgamento: 20/08/2013

18 Lei nº 9.882/99, artigo 10, §3º.

19 Projeto de lei do Senado n 236, de 2012 - (Novo Código Penal) – Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acessado em 03/11/2018

20 Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestados por dois médicos;

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou o psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

atestados por dois médicos ou ainda, se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou o psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade. Podemos aqui dizer que a mudança legislativa que se objetiva é também consequência de um expressivo ativismo judicial.

No que se refere ao inciso IV, artigo 128, do referido projeto de lei - se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou o psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade -, temos a decisão da 1ª Turma do STF, que considerou, através do HC 124.306, a inexistência de crime quando o aborto for praticado até o 3º mês de gestação (12ª semana).

No Habeas Corpus em comento, restou inconteste que, ao criminalizar o aborto, estaremos incompatibilizando diversos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, entre eles: os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante, a autonomia da mulher.

Fato é que a realização dos abortos vem sendo praticada às margens da lei, colocando em risco as vidas de mulheres que se submetem a tais atos. Mulheres essas, que, em regra, não possuem suporte socioeconômico, psicológico e até mesmo financeiro. Nesse sentido, o Ministro Barroso, em seu voto vista no Habeas Corpus 124.306, afirma que:

**“A tudo isso se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que essas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos”<sup>21</sup> (grifo nosso)**

---

21 BARROSO, Luís Roberto. HC 124.306.

**“(...) a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.<sup>22</sup> (grifo nosso)**

Inegável a consciência absoluta do Ministro Luís Roberto Barroso com os aspectos que dizem respeito à ótica científica, à Carta Magna e aos Tratados Internacionais, além de atender às orientações normativas do Ministério da Justiça. Barroso fundamenta a sua arguição acerca do voto à luz de três questões objetivas: a científica, a social e a jurídica. Sob o lume da ciência, tem-se que até a décima segunda semana o sistema nervoso central não está totalmente formado e, nessa ótica, o ser humano inexistente, pois ainda não é capaz de desenvolver as atividades do cérebro, na medida em que o mesmo não está completamente formado. No que tange à alegação do caráter social, torna-se necessário conhecer os contextos sociais em que vivem essas mulheres para usarem as práticas abortivas. Isso porque o aborto é praticado por cidadãs de todas as classes sociais. No entanto, não se deve deixar de assinalar a baixa escolaridade e o baixo poder aquisitivo, que estão, direta ou indiretamente, associados ao maior número de abortos. À vista disso, aos contextos científicos é adicionada a ausência da justiça social, que se materializa também na discriminação existente na sociedade.

Segundo a pesquisa feita pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), o número de abortos realizados no Brasil pode ultrapassar um milhão de mulheres. A pesquisa mostrou

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. HC 124.306.

que mais de 8,7 milhões de brasileiras com idade entre 18 e 49 anos já fizeram ao menos um aborto na vida. Destes, 1,1 milhão de abortos foram provocados. Verificou-se, ainda, que no Nordeste o percentual de mulheres sem instrução (37%) que fizeram o aborto é maior do que as mulheres que possuem nível superior (5%).<sup>23</sup>

Ressalta-se a existência da carência de informações quanto às pesquisas realizadas sobre o aborto. Isso porque, por ser ilegal, as pessoas omitem quanto a sua realização, seja por medo ou até mesmo por vergonha, uma vez que a sociedade considera a prática abortiva repugnável. Desta feita, mesmo diante de toda a incerteza numérica, temos o aborto como a 4ª maior causa de morte entre as mulheres<sup>24</sup>.

Tem-se, assim, que a cada ano morrem aproximadamente 500.000 mulheres gestantes, número esse alarmante em países mais hipossuficientes financeiramente. Essas mortes podem ser evitadas através de políticas públicas de saúde. Afinal, toda mulher tem direito à maternidade sem risco.<sup>25</sup>

Em que pese a irretocável decisão do STF ao Habeas Corpus em espeque, a interpretação jurídica deu-se de forma incidental, sem caráter vinculante, o que significa dizer que tal decisão restringiu-se ao caso concreto.

A problematização exposta no presente trabalho encontra-se intimamente ligada ao Direito, principalmente na esfera do Direito Constitucional, uma vez que o Estado é o responsável por resguardar direitos tão significativos, como o direito à vida, à liberdade de escolha e à dignidade da pessoa humana.

Além de ser um tema polêmico, considerando as infundáveis argumentações morais e éticas no âmbito social e religioso, encontrando-se expressamente previsto no Código Penal brasileiro como prática criminosa, o aborto é uma realidade social,

23 IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-mais-aborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge\\_a\\_21694557/](https://www.huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-mais-aborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge_a_21694557/)>. Acesso em 03/11/2018.

24 SOUSA, Heloisa de. Brasil de fato. Edição: Paula Adissi. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/07/31/aborto-e-a-quarta-causa-de-morte-materna-no-brasil-afirma-pesquisadora/>. Acesso em 26/11/2018 às 2:03h

25 FRYDMAN, Rene. O livro das condições das mulheres. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/.../mp-debate-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 04.10.2018.

a qual necessita urgentemente de uma intervenção legal e doutrinária, a fim de que sejam acompanhadas as modificações de nossa sociedade.

Dessa maneira, enfatiza-se a existência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), de relatoria da Ministra Rosa Weber, na qual se pleiteia a descriminalização do aborto até a décima segunda semana, acendendo ainda mais a chama na discussão sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Um dos maiores questionamentos na referida ADPF é a não recepção pela ordem constitucional vigente dos artigos 124 e 126 do Código Penal, visando assim, a uma completa e plena autonomia da mulher de interromper sua gestação, sem que haja qualquer ingerência do Estado. O arguente – Partido Socialismo e Liberdade – afirma que a criminalização, como medida estatal, é desproporcional à proteção do embrião, uma vez que, além de não coibir a prática, não dá efetividade a prevenções, nem possibilita uma educação sexual, com o consequente acesso a métodos contraceptivos. Frisou, ainda, que a descriminalização do aborto garantirá um fortalecimento da igualdade de gênero e, assim, o combate à violência sexual.

Nas palavras da Ministra Relatora Rosa Weber, a descriminalização da prática abortiva é um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicados, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, de saúde pública e de tutela de direitos fundamentais individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade.

Diante da complexidade constitucional existente, bem como de toda a valoração da tutela de direitos fundamentais, decidiu a Ministra Relatora pela convocação de audiência pública, a fim de serem debatidos os aspectos positivos e negativos que giram em torno da descriminalização, ou a manutenção da prática abortiva como crime. Foram aproximadamente 187 inscritos, sendo apenas 45 selecionados. Dentre eles, Organizações Não Governamentais - ONGs, entidades e pessoas físicas.

Apesar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 ainda não ter uma decisão final, a proposta apresentada nela é de suma importância, uma vez que o aborto inseguro ou clandestino é um problema da “mulher comum brasileira”, já que, segundo a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), publicada em 2010, uma em cada cinco mulheres com mais de 40 anos já fez, pelo menos uma vez, um aborto na vida.<sup>26</sup>

Dessa forma, incontestemente a ligação da presente pesquisa aos direitos fundamentais. Isso porque, conforme preleciona George Marmelstein, os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.<sup>27</sup>

Tem-se, portanto, a imperiosa necessidade de uma ponderação entre a vida do embrião e os direitos pertencentes à gestante, uma vez que ausente o caráter absoluto dos conflitos existentes<sup>28</sup>, conforme se verificará no próximo capítulo.

### 3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A presente pesquisa não tem como intuito analisar os aspectos secundários ou marginais que rodeiam a prática abortiva, mas sim, os direitos fundamentais que pertencem ao Homem, quais sejam, sua vida e sua dignidade. Para tanto, é necessário levar em consideração que toda eliminação voluntária da vida humana é, em si, antijurídica e ilícita. *A contrario sensu*, o direito à vida é o dever jurídico de respeitá-la e isso importa afirmar, em si, que se não observarmos a liberdade de escolha, bem como a dignidade da pessoa humana, conseqüentemente estaremos diante da ausência da plenitude do direito à vida.

26 DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciênc., saúde coletiva. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, junho/2010, p. 962.

27 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 18

28 FAVOREAU, Louis, PHIPLIP, Loic. Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel. 10ª ed., Paris: Dalloz, 1999, p.317 – 318, *apud*, Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, janeiro/abril v.20, n.78 – ano 2017, p.20.

Tais direitos norteiam o assunto de forma precisa, uma vez que, conforme já demonstrado nesta pesquisa, quando acatado um, anulado estará o outro.

Dessa forma, para fins de concatenar o trabalho, vamos primeiramente explanar sobre os direitos fundamentais – direito à vida e direito à dignidade da pessoa humana -, para somente após falarmos da ponderação que necessita ser realizada quando os direitos fundamentais estão em questão.

### 3.1 - Do direito à vida

Todo mundo tem direito à vida, todo mundo tem direito igual<sup>29</sup>. Não podemos afirmar, mas provavelmente quando Lenine e Arnaldo Antunes compuseram essa música, eles não pensavam que essa frase se encaixaria tão perfeitamente em tempos atuais. Ao escrever tal letra, eles não pensavam no aborto, mas foi justamente com o mesmo intuito de igualdade que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, previu expressamente a proteção à vida, esta que, por força legal, não se limita ao ser humano formado, estendendo-se, assim, ao embrião, o qual, embora não esteja vivo, tem resguardado o seu direito a nascer.<sup>30</sup> Isso porque, segundo preconiza o artigo 2º do Código Civil, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Constata-se assim que, enquanto feto, o embrião tem legitimamente protegido o direito à vida.

Face ao exposto, considera-se coerente trazer para centro da reflexão análises acerca do que se considera nascituro e o *dies a quo* que determina o que se considera o início da personalidade humana, porque, no ângulo do atributo jurídico, fica materializada a personalidade citada quando o feto inicia a sua vida ao sair do ventre da sua mãe, independentemente das circunstâncias que envolvem o parto, quer seja de forma natural ou artificial, pois o importante é que se tenha a vida.

---

<sup>29</sup> Letra da música Rua da Passagem, composta por Lenine e Arnaldo Antunes.

<sup>30</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 92

Nesse sentido, da simples concepção até o dia do parto, o embrião é considerado nascituro – gerado e sendo concebido no ventre da mãe, ou seja, “a lei protege os interesses do ser humano já concebido (óvulo fecundado), ordenando o respeito pelas expectativas daqueles direitos que esse ser humano irá adquirir se chegar a ser pessoa”.<sup>31</sup> Não se pode perder de vista que há uma expressiva diferença entre nascituro – a vida intrauterina – em relação ao natimorto (criança que já nasceu morta), que, nesse enquadramento, um natimorto foi, logicamente, um nascituro, ainda que o nascituro não tenha que ser, necessariamente, um natimorto.

Segundo Canotilho,

A Constituição protege igualmente a própria vida humana, o que abrange também a vida pré-natal, mesmo que ainda não investida numa pessoa. Todavia, este regime de proteção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas.<sup>32</sup> (CANOTILHO, 1985, p.175)

Nesse sentido, afirma o Ministro Luis Roberto Barroso:

(...) o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno<sup>33</sup>.

31 PAIVA, J.A. Almeida. A personalidade civil do homem começa com o nascimento da vida. Consultório Jurídico, 2003. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 06.10.2018.

32 CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 2ª ed., vol. I., Coimbra, Almedina, 1985, p.175 *apud*, Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, janeiro/abril v.20, n.78 – ano 2017, p.23.

33 BARROSO, Luís Roberto. Habeas Corpus 124.306.

É imprescindível para o ordenamento jurídico um conceito do significado de início da vida humana. O STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que tratava do artigo 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), definiu o conceito de vida, que, segundo o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, começaria com o surgimento do cérebro. Tal definição também é estabelecida no artigo 3º da Lei 9434/97 (Lei de Transplantes), que prevê a possibilidade de transplante depois da morte desde que se constate a morte encefálica. Tem-se assim que, para a lei, o final da vida se dará com a morte cerebral e, dessa forma, sem o cérebro não há que se falar em vida. Portanto, o conceito de vida para a Suprema Corte estaria ligado ao surgimento do cérebro.<sup>34</sup>

Nessa vulgar analogia, não se deve perder de vista que a discussão acerca de vida x morte, maternidade x aborto, direito x crime deverá ser cingida pela ótica da plena proteção à vida humana. Assim, temos a patente dialética no que se refere à interrupção voluntária da gestação, uma vez que, para alguns, trata-se do direito à vida, direito esse fundamental; para outros, é evidente que envolve o direito da mulher ao seu próprio corpo. De sorte que, conforme passaremos a explicar, incontestemente a ligação tênue entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

### 3.2 - Da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana tem passado ao longo da história do homem por contextos que não devem ser desvinculados da tradição bíblica, em que a dignidade era algo intrínseco ao ser humano.<sup>35</sup>

A defesa da visão moderna do princípio que rege a dignidade humana foi atribuída a Kant, uma vez que, para ele, “todo ser humano tem o direito legítimo ao respeito de seus semelhan-

---

34 LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado, 19ª ed, rev., ampl., atual. – São Paulo. Saraiva, 2015, p.1156 e 1157

35 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 213

tes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais”<sup>36</sup> A partir da concepção Kantiniana de dignidade, a ausência de respeito, o aviltamento, a exploração em qualquer aspecto e as condições sub-humanas passaram a significar valores que contrariavam a justiça e a igualdade de todos os povos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1848, ratificou a universalidade dos princípios da dignidade da pessoa humana, assegurando-nos como pessoas livres, sem que houvesse ou haja qualquer tipo de discriminação, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social. Essa indivisibilidade foi reconhecida pela Declaração internacional de Viena, em 1993, que proclama em seu artigo 5º: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados”.<sup>37</sup>

As mulheres, conseqüentemente, estão incluídas no seio dessas Declarações, em decorrência dos princípios de igualdade e da afirmação da inexistência de qualquer tipo de preconceito, ou seja, os direitos da dignidade da pessoa humana existem para todos os que fazem parte da simples condição: ser humano.

Nesse diapasão, a concepção de dignidade humana das grávidas, defendida no seio da Constituição de 1988, após passar por um processo histórico de transformações, chega ao início do século XXI como um valor supremo constituído pela razão jurídica.

Seguindo essa linha de pensamento, a dignidade humana das mulheres grávidas é um direito natural que se origina no momento do nascimento. Tem-se, assim, que “a dignidade com sua necessária compreensão histórica é condição primeira para a existência de cidadãos em uma república”<sup>38</sup>.

Ao conceituarmos dignidade, podemos nos atentar às palavras de José Luiz Quadros Magalhães, para o qual dignidade é:

---

36 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos Costumes e outros Escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 79.

37 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 214

38 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.21.

Um conjunto de condições sociais, econômicas, culturais e políticas que permitem que cada pessoa possa exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente, em meio a um ambiente de respeito e efetividade dos direitos individuais, sociais, políticos e econômicos de todos e cada uma das pessoas.<sup>39</sup> (MAGALHÃES, 2009, p.103)

Nota-se que a dignidade humana está intimamente ligada à autonomia de vontade, uma proteção implícita, uma vez que tem por objetivo conferir ao indivíduo o direito de determinar autonomamente o seu próprio destino, decidindo sobre as escolhas que digam respeito a sua vida e seu desenvolvimento, por óbvio, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas.<sup>40</sup>

Neste ponto, ao analisar friamente o direito da dignidade da pessoa humana, poderíamos então afirmar a possibilidade de a mulher responder sobre seu próprio corpo, de sorte que poderia definir sua liberdade sexual, optando ou não por uma gestação não planejada, uma vez que não caberia ao poder público interferir nessas escolhas, pois se assim o faz, sopesa a dignidade da gestante, tornando-se um verdadeiro imperativo constitucional.

Tem-se, assim, que a dignidade não é algo que alguém precise postular ou reivindicar, porque decorre da própria condição humana. Dessa forma, quando diante do direito à vida, estaremos com direitos fundamentais conflitantes, uma vez que estabelecem diretrizes em direções opostas. Desse modo, qualquer solução a ser adotada – o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana -, resultará numa restrição parcial ou total de um ou dos dois direitos. Assim sendo, conforme se demonstrará no tópico seguinte, há uma imprescindível necessidade de ponderarmos os direitos conflitantes.

---

39 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.103

40 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 16/17

### 3.3 - Da ponderação entre os direitos fundamentais

Em que pese as afirmações anteriores, é imperioso destacar que o debate sobre o aborto nunca poderá ser limitado às opiniões que defendem o direito ao nascimento das crianças ou às que optam pela possibilidade de escolha das grávidas, na medida em que é inegável o risco à vida das gestantes, sobretudo as que vivem no centro das vulnerabilidades sociais. Na verdade, há dados científicos e estatísticos referentes à mortalidade materna que incluem a tendência, cada vez maior, de países que alcançaram a redução do aborto e conseqüentemente preservaram a saúde das meninas e das mulheres, tendo como resultado, inclusive, a economia de gastos. Tem-se, portanto, que a mera preservação da vida não é suficiente quando, na verdade, é necessária a preservação da vida em condições condizentes com a condição humana.<sup>41</sup>

É inegável que os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético (aspecto material). Eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Dessa forma, eles estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana<sup>42</sup>. Há, portanto, um conflito entre o direito à vida do embrião e os direitos pertencentes à gestante.

Diante desse contexto, temos o que Robert Alexy denomina como colisão de direitos fundamentais. Isso porque, no dizer de Bobbio, “nossos sistemas jurídicos não são sistemas éticos unitários (...); eles não se fundam num único postulado ético, ou sobre um grupo de postulados coerentes, mas sistema com muitos valores e esses são muitas das vezes antinômicos entre si”<sup>43</sup>. Segundo preleciona Jane Reis,

As antinomias são contradições de normas que ocorrem quando estas atribuem conseqüências divergentes para uma mesma situação de fato, ou seja, quando, diante de

41 MELO, Alexandre José Paiva da Silva. Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.85.

42 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 16/17

43 BOBBIO, Norberto. Des critères por résoudre les antinomies. In: Essais de théorie du droit. Paris: LGDJ, 1998, P.91 *apud*, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, Interpretação constitucional e direitos fundamentais – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p.264

um mesmo suposto fático, encontramos no ordenamento comandos em sentidos opostos que não podem ser efetivados ao mesmo tempo.<sup>44</sup> (PEREIRA, 2018, p. 265)

Alexy afirma que as colisões de direitos fundamentais podem ocorrer de forma restrita ou ampla. Em sentido restrito, quando o exercício do direito de um titular produz efeitos sobre os direitos fundamentais de outro titular.<sup>45</sup> Nesse caso, podemos estar diante de direitos fundamentais idênticos ou direitos fundamentais diversos. Já em sentido amplo, são aquelas nas quais os direitos fundamentais colidem com bens coletivos ou públicos.<sup>46</sup> No caso em tela, estamos diante de uma colisão em sentido estrito, pois o exercício do direito de um titular produz efeitos sobre os direitos fundamentais de outro titular, ou seja, se acatado o direito à vida do feto, anulada estará a autonomia de vontade da gestante.

As situações que envolvem o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução, uma vez que qualquer dos direitos a ser adotado em um conflito resultará na restrição de um dos dois valores.<sup>47</sup> Para tanto, existem algumas formas de solucionar as questões quando estamos diante da colisão de direitos fundamentais, quais sejam: a categorização, a hierarquização e a ponderação<sup>48</sup>.

Na categorização, há um esforço no sentido de correlacionar os fatos em exame às categorias expressadas na norma constitucional<sup>49</sup>, delineando os contornos dos direitos e, a partir daí, qualificar as situações de fato, enquadrando-as em classes pertinentes. Nas palavras de Jane Reis, “categorizar é entender as

44 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 265

45 ALEXY, Robert, *Colisão e ponderação com problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, Tradução de Gilmar Mendes. Palestra proferida na casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 1998, Mimeo, apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 272

46 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 275

47 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 374

48 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 277/286/295

49 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 277

normas jurídicas como tipos, os quais devem ser correlacionados às questões fáticas de modo a definir seus casos de aplicação”.<sup>50</sup> É certo que, muitas das vezes, o exercício de categorizar será suficiente para resolver as questões jurídicas, mas nem sempre será um mecanismo satisfatório para resolução de todos os casos.

A hierarquização é utilizada na solução de conflitos que envolvem direitos fundamentais. Consiste em estabelecer hierarquias prévias e rígidas entre os bens constitucionalmente tutelados. Quando se aplica essa técnica, as colisões entre direitos são resolvidas de acordo com pautas preestabelecidas que determinam o peso abstrato e a importância de cada um deles, o que denotará na prevalência de quem ostentar a maior hierarquia.<sup>51</sup> Há nessa noção uma grande divergência doutrinária, porque há quem defenda a impossibilidade de uma hierarquia dos direitos fundamentais, pois possuem uma projeção de mesmo valor.

Após conceituar a categorização e a hierarquização, afirmamos que o foco deste estudo é a técnica da ponderação.

Barroso afirma que a decisão pela ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.<sup>52</sup>

Segundo o doutrinador George Marmelstein, em havendo a colisão de direitos fundamentais, fenômeno típico de um Estado Democrático de Direito, torna-se necessária a aplicação da técnica da ponderação como método facilitador de sua solução<sup>53</sup>. “A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes”<sup>54</sup>.

50 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 277

51 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 286

52 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358

53 MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 373

54 MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 391

Ao analisarmos direitos constitucionais, tem-se que não caberia o critério hierárquico nem a categorização. Diante da técnica da ponderação, o jurista deverá, primeiramente, harmonizar os direitos existentes, de sorte que sempre que possível os aplicará de forma conjunta. Em não sendo possível tal conciliação, deverá partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita. Nota-se que é imprescindível que haja, num primeiro momento, a tentativa de harmonização. Nesse sentido, Antieau afirma que “o Tribunal Constitucional identifica os interesses sociais opostos, reconcilia-os, se possível, e, se a reconciliação não é possível, determina que naquelas circunstâncias um dos interesses deve prevalecer, com uma explicação para a comunidade do porquê decidiu assim.”<sup>55</sup>

Temos aqui o que Ana Paula de Barcellos denomina como as três etapas sucessivas da ponderação<sup>56</sup>, quais sejam:

a) Primeira etapa: identificação dos enunciados normativos em tensão, ou seja, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando os conflitos entre elas;

b) Segunda etapa: identificação de fatos relevantes, as circunstâncias concretas de cada caso;

c) Terceira etapa: decisão. “É nesta etapa que se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa”<sup>57</sup>

Apesar de aparentemente ser o modelo perfeito, a ponderação não oferece nenhuma resposta segura e cem por cento objetiva para os inúmeros difíceis casos que envolvem direitos fundamentais, como, por exemplo, a problemática desta pesquisa. Não há uma resposta absoluta quanto a qual direito funda-

---

55 ANTIEAU, Chester. The jurisprudence of interest as a method of constitutional ad-judication. *Case Western Reserve Law Review*, v. 27, n.4, 1997, p. 825 *apud*, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – 2º ed.* – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 304

56 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 91

57 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.123

mental sopesar, uma vez que cada caso deverá ser analisado com parcimônia. Como explica Robert Alexy, “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto mais alto deve ser a importância do cumprimento do outro”<sup>58</sup>.

Tem-se, assim, que a ponderação é, em essência, um procedimento de argumentação e, portanto, de fundamentação. Ponderar é uma forma de interpretar, que, em sua acepção mais coerente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer<sup>59</sup>.

Barroso, em seu livro *Interpretação e Aplicação da Constituição*, utiliza uma forma didática para explicar a técnica da ponderação, vejamos:

**(...) o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação.<sup>60</sup> (grifo nosso) (BARROSO, 2004, p.357)**

58 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.15 *apud*, MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 392

59 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – 2ª ed.* – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 304

60 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357

Aplicando tal técnica ao nosso tema, temos que o intérprete constitucional não poderá sopesar somente a perspectiva do direito à vida do embrião. De igual forma, não poderão somente os direitos pertencentes à mulher – dignidade da pessoa humana, autonomia, à privacidade, à liberdade sexual, bem como à integridade física, moral, psicológica, à saúde - prevalecer incondicionalmente, uma vez que, ao fazer a análise do caso concreto, deverá proporcionalmente sopesar os direitos que os envolvem, adequando-os à necessidade existente, aplicando-se, assim, responsabilmente a técnica da ponderação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado neste estudo se apresenta como matéria de Direito Constitucional, no que tange aos Direitos Fundamentais, sendo o centro desta pesquisa a dialética do direito à vida por parte do feto, bem como a liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana por parte da gestante.

A aplicabilidade e as vertentes, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, que nortearam o presente estudo demonstraram a importância significativa de ambos os direitos, analisando suas incoerências e dicotomias.

Se, por um lado, entendermos que a criminalização da prática abortiva é um meio de proteção do embrião, por outro, poderíamos entender que a descriminalização do aborto é um meio menos gravoso para proteger a saúde, a liberdade da mulher, sua integridade física, moral e psicológica.

Em que pese as discussões éticas e religiosas, que se frisa, não fizeram parte do nosso estudo, temos que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que este é um pré-requisito para a existência dos demais, tais como o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Todavia, devemos observar que o ser humano deve ser considerado em si mesmo, sob uma ótica que respeite a sua dignidade, e, portanto, ao olharmos para a mulher como detentora da autonomia de vontade, do direito à privacidade, à liberdade

sexual, bem como à integridade física, moral, psicológica e à saúde, teremos que esta é capaz de decidir livremente, sem qualquer tipo de ingerência do Estado, sobre seu corpo e, assim, optar pela manutenção ou interrupção, mesmo que sem motivos relevantes, de uma gravidez não desejada.

Não se pode olvidar que, apesar da atual legislação proibir a prática abortiva, as mulheres não o deixam de fazer. Ocorre que, as gestantes que possuem melhores condições socioeconômicas e maior nível de escolaridade sabem como recorrer a soluções seguras, embora clandestinas. Já em se tratando das gestantes hipossuficientes, e isto é fato, “pobres e negras”, procuram soluções inseguras e acabam por encontrar complicações, sofrimento e dor.

Dessa forma, com base em todo o exposto, podemos afirmar que apesar da suma importância do direito à vida, este não é absoluto, pois quando em conflito com a dignidade da pessoa humana, deverá ser aplicado ao caso concreto a técnica da ponderação, defendida, dentre outros, por Robert Alexy.

A teoria da ponderação é uma atividade extremamente complexa, a qual envolve critérios pouco objetivos de decisão, o que dependerá do perfil ideológico do sujeito que irá realizá-la. É um método representado pela aplicação da proporcionalidade, pois, para se chegar nela, é imperioso percorrer o caminho da adequação e da necessidade. O papel do operador do direito neste caso é precisamente tentar dissipar o conflito existente através de uma harmoniosa integração de valores contraditórios, e quando não houver a possibilidade de tal harmonia, optar pelo que, no caso concreto, possuir maior valor.

Conforme já dito no desenvolvimento deste trabalho, a ponderação, embora aparentemente seja a melhor técnica de interpretação de conflitos constitucionais e direitos fundamentais, não é o meio de solução mais seguro, uma vez que há uma margem discricionária que permite que o Judiciário atue com liberdade na resolução de cada conflito, o que, e frise-se, conforme demonstrado no capítulo 2 deste artigo, vem ocorrendo ao longo dos anos.

Desta feita, caberia ao legislador, com a liberdade de sua função típica, densificar as normas constitucionais, a fim de tornar mais seguro e previsível o processo decisório.<sup>61</sup>

É forçoso dizer que o objetivo deste trabalho não é de forma alguma impor o descrito na legislação penal, tampouco adotar apenas um dos direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas sim, fazer entender que este é um problema que necessita ser sanado, visto o estado de desenvolvimento da nossa sociedade.

Assim sendo, temos que na técnica apresentada, inevitavelmente, haverá o descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional, pois uma vez acatado o direito a vida de forma incisiva, anulado estará o direito de liberdade de escolha e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana não se fará presente, o que restará, sem dúvidas, na ausência da plenitude do direito à vida.

Afirmamos, portanto, que é preciso que não só haja a preservação da vida do feto e o seu nascimento, mas, sobretudo, que se tenha o acolhimento do direito a uma existência digna e repleta de possibilidades.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA. João Ferreira de. *Bíblia Sagrada*. Traduzida em português. Revista e Corrigida. Ed. 1995, Barueri, Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

AZEVEDO, Marcelo André de, SALIM, Alexandre. **Direito Penal – Parte Especial - Dos Crimes Contra a Pessoa aos Crimes Contra a Família**. 5ª edição. Ed JusPodivm, 2000.

AZZI, Riolando. **A Cristandade Colonial: um projeto autoritário**. São Paulo: Paulinas, 1987.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Habeas Corpus 124.306**.

---

61 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018, p. 399

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004

**Comentários à Constituição Federal de 1988**. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUNHA, Franklin, **A Lei Primordial e Outros Ensaios**, Ed. AGE, p 41.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Ciênc.,saúde coletiva. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, junho/2010.

FRANÇA, Genival Veloso de, **Medicina Legal**, 11ª edição, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

FRYDMAN, Rene. **O livro das condições das mulheres**.

GILABERTE, Bruno, **Crimes Contra a Pessoa**, Ed. Freitas Bastos, 2013.

GRECO, Rogério, **Código Penal Comentado**, 10ª edição, Niterói, RJ, Impetus, 2016.

HC 0023285-95.2015.8.19.0000, **8ª CÂMARA CÍVEL DO TJRJ, RELATOR: DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR**.

HC 0035590-82.2013.8.19.0000 - Relatora Des. Fatima Clemente – 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Julgamento: 20/08/2013

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Pesquisa Nacional de Saúde 2013**.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Ed: São Paulo, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos Costumes e outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

**Lei nº 9.882/99**

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 19ª ed, rev., ampl., atual. – São Paulo. Saraiva, 2015.

Letra da música Rua da Passagem, composta por Lenine e Arnaldo Antunes.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2018.

MIRABETTE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**, Ed. Atlas, São Paulo, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 7ª Edição. Ed Revista dos Tribunais, 2009.

PAIVA, J.A. Almeida. **A personalidade civil do homem começa com o nascimento da vida**.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, **Interpretação constitucional e direitos fundamentais** – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

**Projeto de lei do Senado n 236, de 2012** - (Novo Código Penal)

RAMPAZZO, Adriane. **A (in)constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo Comparado**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.20, n. 78, janeiro / abril, 2017.

SACCONI, Luiz Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 11ª edição. Ed: Nova Geração. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 13 ed. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1986.

SOUSA. Heloisa de. **Brasil de fato**. Edição: Paula Adissi.